



## JUZGADO 25 ADMINISTRATIVO ORAL DE MEDELLÍN

Cuatro (04) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Acción	Tutela
Accionante	LINA MARÍA PABÓN AMAYA
Accionado	COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – SENA
Radicado	Nº 05001 33 33 025 <b>2021 00219 00</b>
Providencia	Sentencia de tutela No. <b>96 de 2021</b>

Procede el Juzgado a emitir sentencia de primera instancia en la acción de tutela promovida por la señora LINA MARÍA PABÓN AMAYA en contra de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y EL SENA, por considerar vulnerados los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, acceso al empleo público, confianza legítima, dignidad humana y petición.

### 1. ANTECEDENTES

Argumenta la actora que mediante Acuerdo No. CNSC-20171000000116 DEL 24-07-2017, la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), dio a conocer el documento *“Por el cual se convoca 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, Convocatoria No. 436 de 2017 - SENA”*, aclarando al juzgado que interpuso con antelación otra acción de tutela para obtener su nombramiento en la planta de cargos del SENA, donde le fue otorgado cierto amparo pero con la presente acción hay nuevos argumentos que no fueron contemplados en ese momento, porque no estaba presente el fallo de tutela T-081 de 2021 que respalda la aplicación retrospectiva de la Ley 1960 de 2019.

La señora Pabón Amaya se inscribió en la convocatoria 436 de 2017 de la CNSC destinada a proveer plazas ofertadas en concurso para el empleo de nombre Profesional, Grado 3 de la OPEC 62034 que en la actualidad registra dos vacantes, para la entidad de derecho público SENA, indicando al juzgado que cumplió con todos los requisitos necesarios para formalizar su inscripción y realizó todas las pruebas, donde actualmente ocupa el primer lugar por la recomposición automática de las listas, habiéndose ordenado el nombramiento de la primera persona, y

excluyendo a la segunda persona de la lista, cuando al mismo tiempo se han generado otras vacantes.

Surtidas las etapas del proceso, se expide la resolución N° CNSC- 20182120149415 del 17 de octubre de 2018 *“Por la cual se conforma y adopta la Lista de Elegibles para proveer una (1) vacante del empleo de carrera identificado con el código OPEC No. 62034 denominado Profesional, Grado 3, del Sistema General de Carrera del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA-, ofertado a través de la Convocatoria NO. 436 de 2017 – SENA”* quedando ubicada en el puesto 3 con 59.11 puntos y ahora en el puesto (1) por recomposición automática de la lista de elegibles, destacando que en la actualidad, e incluso antes de vigencia nominal o teórica de la lista de elegibles de la OPEC 62034 tiene ahora dos vacantes, pues la planta de Personal del SENA, es una planta Global como entidad del orden nacional y según el manual específico de funciones y competencias.

El 27 de junio de 2019, se expidió la Ley 1960 del 2019 "Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones" en cuyo artículo 6 se consignó: "El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así: "ARTICULO 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 de concurso en la misma entidad”

El 1 de agosto 2019, la CNSC emitió un "Criterio unificado sobre las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 2019", a través del cual restringió la aplicabilidad de lo dispuesto para la reforma de la Ley 909 de 2004 en lo que respecta al uso de las listas de elegibles para proveer vacancias definitivas, especificando que la reforma legal sólo podía ser aplicada para proveer vacancias en las convocatorias a concurso de mérito realizadas con posterioridad de la entrada en vigencia de la citada ley.

Posteriormente la CNSC expidió el CRITERIO UNIFICADO “USO DE LISTAS DE ELEGIBLES PARA EMPLEOS EQUIVALENTES” en sesión del 22 de septiembre de 2020, donde aprobó el Criterio Unificado USO DE LISTAS DE ELEGIBLES PARA EMPLEOS EQUIVALENTES.

Hace referencia a la sentencia presentada previamente, en la que el Juez Primero Penal del Circuito de Bello en providencia del 12 de marzo de 2021, ordenó al *“Director General del SENA y/o quien haga sus veces, que, de manera INMEDIATA, si no lo ha hecho, proceda de acuerdo con la autorización de la CNSC con radicado Nro. 20211020320101 del 24 de febrero de 2021, a verificar el cumplimiento de requisitos mínimos de la accionante, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 2.2.5.1.4 y 2.2.5.1.5 del Decreto 1083 de 2015 y en los artículos 4° y 5° de la Ley 190 de 1995 (...)”*.

Al no haberse dado cumplimiento a la orden proferida, se elevó incidente de desacato, sin embargo, el Juzgado ordenó el archivo de las diligencias.

A juicio de la actora el SENA solo tuvo en cuenta el criterio unificado del 16 de enero de 2020, pero este fue actualizado por la propia CNSC, el 22 de septiembre de 2020, vigente al igual que su lista y actualizado por el acuerdo N° 13 de la CNSC igualmente vigente por los efectos de una sentencia de tutela a favor de la accionante Graciela Pulido, sentencia que prolongó por orden judicial la vigencia de todas las listas de elegibles hasta que se resolviera el caso de esa accionante.

Considera la accionante que la decisión de no nombrarla a pesar de tener una orden judicial se fundamentó en una normativa desactualizada y donde no se ha tenido en cuenta el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional establecido con las sentencias T-340 de 2020, T-081 de 2021, citando para el efecto una larga y extensa jurisprudencia de acciones de tutela que se han elevado en materias de concursos para el ingreso a la carrera administrativa.

Asegura que para los nombramientos de las personas que están en lista de elegibles no están siendo tenidos en cuenta las personas que pueden ocupar empleos equivalentes, entre otros asuntos porque el acceso a los cargos públicos están siendo limitados por el Criterio Unificado CNSC del 16 de enero de 2020, aunque existe evidencia de empleos ocupados por personas en provisionalidad o por encargo, cuestionando las actuaciones de las accionadas sobre él porque no la han nombrado en otras OPEC que se encuentran vacantes y que tienen funciones similares como la OPEC N° 62031 o la 61848.

Teniendo en cuenta los hechos narrados con antelación, pretende la accionante que se protejan sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, acceso al empleo público tras concurso de mérito; principio de confianza legítima y a la

dignidad humana y se ordene a las entidades accionadas que en el término de 48 horas siguientes a la notificación del fallo, realicen los trámites administrativos pertinentes para dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 1 del decreto 498 de marzo de 20206 y en consecuencia se autorice y use la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. CNSC - 20182120145545 DEL 17-10-2018, respecto al cargo de profesional Grado 3 en uno de los empleos de carrera administrativa que se encuentran en provisionalidad, encargo o vacantes, teniendo en cuenta que el mismo fue convocado a concurso y considerando que su lista estaba vigente por efecto de una orden judicial que provenía de otra acción de tutela.

Solicita además que se ordene a la CNSC que se oferten los empleos del cargo de Profesional GRADO 3, en la oferta pública de empleos, con el fin de que quienes hacen parte de las listas, opten por una de ellas y debidamente notificado este acto y en firme, lo remita al SENA para que una vez recibida la lista de elegibles de la Comisión, proceda a efectuar su nombramiento en una de las vacantes declaradas desiertas o que hayan quedado vacantes, o empleos cubiertos en provisionalidad, o por encargo con posterioridad a la conformación de la lista.

Finalmente pretende que se tutelen sus garantías constitucionales mencionadas y se ordene a la CNSC aplicar el criterio expedido por ella misma el 22 de septiembre de 2020 y subsidiariamente, solicita ser nombrada en un cargo equivalente a la OPEC 62034 mientras puede acudir a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

## **2. ACTUACIÓN PROCESAL**

Avocado el conocimiento de la presente acción se corrió traslado a las entidades accionadas a fin de que se pronunciaran respecto de los hechos y pretensiones contenidos en el escrito, así como para que aportaran o solicitaran las pruebas que pretendían hacer valer.

Así mismo, se ordenó vincular a la presente acción constitucional como terceros interesados a las personas que se encontraban trabajando en dicha institución bajo el cargo de profesional grado 3 y bajo la categoría de provisionalidad o encargo, incluyendo los cargos que hayan sido creados después de la expedición de la Ley 1960 de 2019 y que puedan verse afectados con la decisión que se adopte en el presente proceso.

También se vinculó a los concursantes al cargo ofertado mediante la OPEC N° 62034 de la Convocatoria 436 de 2017 profesional grado 3 que se encuentran en la lista de elegibles conformada mediante la resolución N° CNSC - 20182120149415 del 17 de octubre de 2018.

## **2.1 Contestación CNSC.**

La **CNSC** alega la improcedencia de la acción de tutela de conformidad con el numeral 5 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 que indica que esta no procede contra “actos de carácter general, impersonal y abstracto” y en consecuencia la acción constitucional carece de los requisitos necesarios para ser procedente, pues la inconformidad de la accionante radica en la normativa que rige el concurso frente a la vigencia, firmeza y el uso de las listas de elegibles, situaciones que se están reglamentadas en los Acuerdos del concurso, así como en los criterios proferidos por la CNSC, entre los que se encuentra el Criterio Unificado de 16 de enero de 2020, actos administrativos de carácter general, respecto de los cuales la accionante cuenta con un mecanismo de defensa idóneo para controvertirlos, razón por la que la tutela no es la vía idónea para cuestionar la legalidad de dichos actos administrativos.

Refieren que la acción de tutela se torna improcedente si la actora dispone de otros medios o recursos de defensa judicial, salvo cuando se use como mecanismo transitorio a fin de evitar un perjuicio irremediable pero en el presente caso, no sólo la accionante no demuestran la inminencia, urgencia, gravedad y el carácter impostergable del amparo que se reclama, sino que no existe perjuicio irremediable en relación con controvertir las normas que rigen el concurso de méritos y el Criterio Unificado de 16 de enero de 2020 que regula la aplicación de la Ley 1960 de 2020 frente al uso de listas, porque para ello bien puede acudir a los mecanismos previstos en la ley.

La CNSC en uso de sus competencias constitucionales y legales adelantó el concurso abierto de méritos para proveer las vacantes definitivas del SENA y para tal efecto, expidió el Acuerdo No. 20171000000116 del 24 de julio de 2017, modificado por los Acuerdos Nos. 20171000000146 del 05 de septiembre de 2017, 20171000000156 del 19 de octubre de 2017 y 20181000000876 del 19 de enero de 2018, los cuales se encuentran publicados en la página Web de la CNSC y

establecen los lineamientos y parámetros respecto de los cuales se llevará a cabo la convocatoria; de ahí que de conformidad con lo establecido en el numeral 1º del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, la convocatoria es norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para su realización y a los participantes.

La accionante se inscribió al proceso de selección para el empleo denominado Profesional Grado 3, identificado con código de OPEC No. 62034, ocupando la posición No. 3 en la Lista de Elegibles, adoptada mediante Resolución No. CNSC 20182120145545 DEL 17 de octubre de 2018, para proveer una (1) vacante del empleo.

El acto administrativo fue publicado el 26 de octubre de 2018, cobró firmeza el 4 de marzo de 2019 y su vigencia fue hasta el 3 de marzo de 2021; la señora LINA MARÍA PABON AMAYA ocupó la posición tres (3) en la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. CNSC 20182120145545 del 17 de octubre de 2018, pero no alcanzó el puntaje requerido para ocupar la posición meritoria en la lista de elegibles para proveer el empleo en comento, de conformidad con el número de vacantes ofertadas ostentando frente a la misma una expectativa, reiterando que la lista de elegibles venció el pasado 03 de marzo y no es procedente hacer uso de la misma, por cuanto el uso de las Listas de elegibles, como ya se expuso, se debe dar durante su vigencia.

La CNSC indicó que con relación a los empleos de Profesional, Grado 3, se realizaron solicitudes de uso de lista de las OPEC No. 57298 y 61581, a las cuales se les dio autorización para proveer algunas vacantes de “**mismos empleos**” en cumplimiento del Criterio Unificado del 16 de enero de 2020, mediante oficio con radicado No. 20201020532491 del 15-07-2020; y la 62034 autorizada mediante radicado No. 20201020602201 del 13-08-2020, sin embargo la CNSC autorizó el uso de la misma, para la provisión de una vacante que se generó con las características de “mismos empleos”; de acuerdo al orden de la lista, con la elegible que ocupaba posición meritoria, es decir, la posición No. 2 dentro del registro de elegibles:

- **Para la provisión de una (1) vacante del empleo identificado con el Código OPEC Nro. 62034 denominado Profesional, Grado 3, es posible hacer uso de la lista de elegibles, con la elegible que se relaciona a continuación:**

POSICIÓN EN LA LISTA	RESOLUCIÓN	ENTIDAD	EMPLEO	PUNTAJE	CÉDULA	NOMBRE	FIRMEZA
2ª	20182120145545 del 17 de octubre de 2018	SENA	62034	61,66	1017169213	YULIANA ANDREA AREIZA RICO	04 de marzo de 2019

Respecto a la vigencia de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019 “*Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto-Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones*” explican que en el presente caso no resulta procedente el uso de listas solicitada por la accionante, para la provisión de empleos equivalentes a los convocados a través del proceso de selección Convocatoria 436 de 2017-SENA, en aplicación a la Ley 1960 de 2019 de manera retrospectiva, toda vez que el proceso de selección, primero, inició con anterioridad a la expedición del mentado precepto y segundo la norma (ley 1960) no estableció que la misma tendría los efectos argumentados por la actora, señalando por el contrario, que esta aplicaría a partir de su vigencia es decir desde el 27 de junio de 2019 momento que fue publicada en el diario oficial.

En consecuencia, la convocatoria 436 de 2017 se regula bajo lo previsto en el Acuerdo No. 20171000000116 del 24 de julio de 2017 y las normas vigentes cuando inicio el proceso de selección, recordando que la lista de elegibles de la accionante se encuentra vencida desde el 3 de marzo de 2021, por lo que en ninguna circunstancia podría hacer uso de lista de elegibles, pues la norma establece que esto se realiza durante los dos años de su vigencia.

La CNSC explica que 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, entendiendo por esta, su inserción en el Diario Oficial y el artículo 7 de la Ley 1960 de 2019 dispuso que esta “rige a partir de su publicación”, lo que ocurrió el 27 de junio de 2019 y 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.

A partir de la vigencia de la Ley 1960 de 2019, la CNSC aprobó un Criterio Unificado del 16 de enero de 2020 que planteo dos escenarios: 1) A las listas de elegibles conformadas y en firme en los procesos de selección convocados con anterioridad a la vigencia de la mencionada Ley 960 de 2019 y 2) A las listas de elegibles que se conformen en los procesos de selección convocados con posterioridad a la vigencia de la misma Ley 960 de 2019.

Para resolver el primer escenario la CNSC indicó que las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los **"mismos empleos"** entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC.

Frente al segundo escenario la CNSC indicó que el enfoque dado por la Ley 1960 de 2019 para los procesos de selección, implica que éstos deberán ser estructurados considerando el posible uso que pueda hacerse de las listas de elegibles para empleos equivalentes, con el objeto de lograr que ellos sean equiparables desde al proceso de selección. Por tanto, el nuevo régimen aplicable a las listas de elegibles conformadas por la CNSC en el marco de los procesos de selección aprobados con posterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes de los "mismos empleos" o vacantes en cargos de empleos equivalentes.

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



Seguidamente la CNSC precisa las definiciones de “mismos empleos” como aquellos a los que corresponde a igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, requisitos de estudio y experiencia, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número OPEC, de allí que corresponde a un empleo exactamente igual en todos los componentes descritos y definidos anteriormente, es decir denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes, siendo este el requisito *sine qua non* para que un elegible pueda ser nombrado en el empleo para el que concurso y demostró cumplir con lo exigido y no otro para el cual no se sometió a evaluación dentro del proceso de selección.

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

La CNSC explica también que aprobó un criterio unificado denominado “USO DE LISTAS DE ELEGIBLES PARA EMPLEOS EQUIVALENTES” con fecha de sesión de 22 de septiembre de 2020, pero este procede únicamente para el desarrollo del caso No. 2 planteado anteriormente, esto es, el régimen aplicable a las listas de elegibles que se conformen en los procesos de selección convocados con posterioridad a la vigencia de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019.

A manera de conclusión la CNSC indicó que para el presente caso no aplica el CRITERIO UNIFICADO con fecha de sesión del 22 de septiembre de 2020, por

cuanto la Convocatoria No. 436 de 2017 - SENA, inició con la expedición del Acuerdo No. 20171000000116 del 24 de julio de 2017, es decir con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019 y además durante la vigencia de la lista de elegibles del empleo para el cual concursó la accionante, el Servicio Nacional de Aprendizaje, solo reportó una (1) vacante adicional a las ofertadas en el marco de la Convocatoria No. 436 de 2017, que cumplía con el criterio de mismos empleos y la CNSC AUTORIZÓ el uso de la lista de elegibles mediante radicado No. 20201020602201 del 13-08-2020.

Respecto a lo aludido por la accionante en las referencias jurisprudenciales que hace de la sentencia T-340 de 2020 estuvo dirigido de forma exclusiva al proceso de selección adelantado por la CNSC para la provisión definitiva de empleos del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF y no al SENA señalando que la misma tiene efecto inter-partes.

Conforme con lo expuesto solicita declarar la improcedencia de la presente acción constitucional, toda vez que No existe vulneración alguna a los derechos fundamentales del accionante por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC).

## **2.2 contestación Sena**

**EL SENA** hace referencia a los antecedentes de la convocatoria N° 436 de 2017 y las fases de dicho proceso recalando que el ciudadano interesado debía aceptar en su totalidad las reglas establecidas en la Convocatoria y que únicamente podían inscribirse a un (1) empleo público.

Como resultado del proceso la CNSC expidió la Resolución No. CNSC - 20182120145545 del 17 de octubre de 2018, que conformó la lista de elegibles para proveer una (1) vacante del empleo de carrera administrativa identificado con el código OPEC No. 62034 denominado Profesional, Grado 03, del Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-, con el propósito, funciones y requisitos establecidos en la convocatoria referida y en el manual específico de funciones de la entidad.

En la parte resolutive del citado acto administrativo proferido por la CNSC, en el artículo primero, la lista de elegibles se conformó inicialmente con seis (6) ciudadanos, encontrándose entre ellos la accionante en el tercer (3) puesto, con un

puntaje de 59,11, el 04 de marzo de 2019, queda en firme la lista de elegibles con código OPEC No. 62034, luego el 04 de marzo de 2019, se publica la firmeza de la lista de elegibles con código OPEC No. 62034. 10 y el **03 de marzo de 2021, venció la lista de legibles con código OPEC No. 62034.**

Tal como lo establece el 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.

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

“(…) Por lo tanto, el uso de lista no procede para proveer empleos iguales o equivalentes de las plantas globales de las entidades participantes de los concursos de mérito, ni los empleos declarados desiertos y en consecuencia, si Usted no alcanzó el puntaje requerido para ocupar una de las posiciones en la lista de elegibles para proveer el empleo (…) ofertado en la Convocatoria No 436 de 2017-SENA , se encuentra por el momento en espera que se genere una vacante del mismo empleo durante la vigencia de la precitada lista (…)”

En este sentido, cabe resaltar que los participantes en los concursos de méritos no ostentan un derecho adquirido a obtener un empleo público toda vez que sólo son titulares de una expectativa que únicamente se materializa cuando cumplen todos los requisitos legales y superen todas las etapas del proceso de selección, ya que es su posición meritatoria en una lista de elegibles la que le otorga a quien ocupa el primer lugar, el derecho a ser nombrado en el empleo para el cual concursó.”

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 adelanten, por lo que no afectaría la convocatoria 436 de 2017.

Explica el SENA que la acción constitucional no cumple con el requisito de la inmediatez toda vez que la lista de elegibles quedó en firme hace 28 meses y tampoco cumple con el requisito de subsidiariedad, pues la accionante tiene otros medios de defensa judicial contra las decisiones tomadas por el SENA o la CNSC, las cuales se expresan en actos administrativos y que ella misma aportó como prueba con el escrito de tutela, por lo cual, debería demandar dichas decisiones, en

este caso la acción judicial corresponde a los medios de control en la jurisdicción contenciosa administrativa, establecidos en la Ley 1437 de 2011.

Respecto a la procedencia excepcional de la acción de tutela cuando se evidencie un perjuicio irremediable expone que la accionante, pese a que invoca la procedencia de la tutela con la finalidad de evitar un perjuicio irremediable, no solicitó una protección transitoria, ni probó o se esforzó por aportar algún material probatorio para demostrar que en este caso hay algún perjuicio irremediable que se deba tutelar y pretende que se modifique el procedimiento establecido por la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, en la Convocatoria 436 de 2017, para proveer definitivamente los empleos vacantes del personal perteneciente al sistema general de carrera administrativa del SENA.

Luego la CNSC en Concepto No. 20192120127851 del 15 de marzo de 2019, informó al SENA que 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.

Con relación al uso de listas de elegibles en otros empleos, la CNSC en Criterio Unificado de fecha 16 de enero de 2020, aclaró que: *“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”.*

En contraposición a los argumentos de la accionante el SENA explica que la pretensión de la señora Pabón Amaya de ser nombrada en una OPEC diferente a la cual concursó, no está comprendida en el ámbito de protección de la garantía fundamental al trabajo y tampoco concurren los elementos del derecho al debido proceso protegidos en concursos de méritos que den cuenta de una amenaza cierta y probable.

Sobre los efectos en el tiempo de la Ley 1960 de 2019 el SENA explica que el concurso que se adelantó con la convocatoria 436 de 2017, se surtió de manera previa a la expedición de la Ley 1960 de 2019, por lo que no le es aplicable, sus disposiciones y una interpretación diferente, vulneraría los derechos de los ciudadanos, que se sometieron a unas reglas de juego claras, en donde debían escoger una sola OPEC y que en su momento tomaron en igualdad de condiciones la decisión de inscribirse en el concurso, y los que no lo hicieron bajo la premisa que no les servía la OPEC ofertada, con la decisión posterior y acomodada de solicitar se establezcan nuevas listas.

Conforme con lo anterior se conformó la lista de elegibles para proveer una (1) vacante identificada con el código OPEC 62034, por medio de la Resolución No. CNSC – 20182120145545 del 17 de octubre de 2018, en la cual hacen parte (6) ciudadanos, quedando la accionante en el tercer (3) puesto, razón por la cual, no obtuvo el empleo.

La lista de elegibles que se conformó y en la que hacía parte la actora, tendría una vigencia de dos (2) años, la cual sería utilizada en los diversos eventos que contempla la Ley, como sería que el primero de la lista de elegibles no supere el periodo de prueba, que renuncie, que sea declarado insubsistente por no superar la evaluación de desempeño o sanción disciplinaria, entre otros eventos contemplado en la Ley 909 de 2004 y 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 en concepto No 20192120127851 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 que 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) y 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.

Se informa además que del reporte realizado hasta el momento a la CNSC de las vacantes definitivas pendientes de provisión meritocrática y frente a las cuales se solicitó el uso de listas, se constató que no existen vacantes que correspondan al mismo empleo OPEC No. 62034, el cual se denomina Profesional Grado 03, del Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-, con el propósito, funciones y requisitos establecidos en la convocatoria referida y en el manual específico de funciones de la entidad y si existieran a la fecha, la lista de elegibles ya estaría vencida.

El SENA expuso que la actora previamente había interpuesto una acción de tutela que conoció en su momento el Juzgado Primero Penal del Circuito de Bello y ordenó al Director General del SENA que de manera inmediata, proceda de acuerdo con la autorización de la CNSC con radicado Nro. 20211020320101 del 24 de febrero de 2021, a verificar el cumplimiento de requisitos mínimos de la accionante, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 2.2.5.1.4 y 2.2.5.1.5 del Decreto 1083 de 2015 y en los artículos 4° y 5° de la Ley 190 de 1995, sin embargo en virtud del fallo de tutela proferido por la SALA SEGUNDA DE DECISIÓN DE FAMILIA del Tribunal Superior de Medellín dentro de la acción de tutela promovida por el señor JAIME HUMBERTO MACÍAS en contra del SENA, la CNSC a través del oficio No. 20211020472451 del 23 de marzo de 2021, dejó sin efectos la autorización del uso de lista de elegibles para la provisión del empleo identificado con el Código OPEC Nro. 62034, que permitía efectuar el nombramiento en periodo de prueba de la elegible LINA MARÍA PABÓN AMAYA.

Para aclarar lo anterior explican que la CNSC expidió la Resolución No. 20182120145525 del 17 de octubre de 2018, por medio de la cual conformó la lista de elegibles para realizar la provisión de una (1) vacante del empleo Profesional Grado 03, ofertado en la Convocatoria No. 436 de 2017 con el Código OPEC 62031, ubicado en el Centro para el Desarrollo del Hábitat y la Construcción de la Regional Antioquia.

La lista antes mencionada la conformaron Gustavo Eduardo Molina Chiva; Edwin Alexis Traslaviña Rodríguez y Jaime Humberto Macías Moreno quienes ocuparon la primera, segunda y tercera posición, respectivamente, sin embargo, la Subdirección del Centro para el Desarrollo del Hábitat y la Construcción de la

Regional Antioquia, mediante las Resoluciones 00014 y 006446 de 2019 y la Resolución No. 04162 de 2020, se abstuvieron de nombrar en el empleo Profesional Grado 03 (OPEC 62031) a las personas antes mencionadas al verificar que no cumplían con los requisitos exigidos para el ejercicio del cargo y la vacante no pudo ser provista con ninguno de los aspirantes que conformaron la lista de elegibles de la Resolución No. 20182120145525 del 17 de octubre de 2018.

Por esta razón en el marco de lo contemplado en el Criterio Unificado del 16 de enero de 2020 de la CNSC, el Grupo de Relaciones Laborales a través de oficio con radicado No. 20203200718712 del 13 de Julio de 2020, solicitó ante la Comisión, la autorización del uso de la lista de elegibles de la OPEC No. 62034 para llevar a cabo la provisión del empleo antes señalado.

Como respuesta, la CNSC mediante el oficio No. 20201020602201 autorizó el uso de la lista de elegibles de la OPEC 62034 para efectuar el nombramiento en periodo de prueba de la elegible YULIANA ANDREA AREIZA RICO. Sin embargo, la Subdirección del Centro para el Desarrollo del Hábitat y la Construcción se abstuvo de nombrar a la elegible YULIANA ANDREA AREIZA RICO, por lo que la CNSC mediante el oficio No. 20211020320101 del 24 de febrero de 2021, autorizó el nombramiento en periodo de prueba de la accionante LINA MARÍA PABÓN AMAYA, previo cumplimiento de requisitos.

En vista que la Subdirección del Centro para el Desarrollo del Hábitat y la Construcción se abstuvo de realizar su nombramiento en periodo de prueba en el empleo Profesional Grado 03, el señor Jaime Humberto Macías Moreno interpuso acción de tutela en contra del SENA y la CNSC, solicitando que se realizara su vinculación en la plaza ofertada con el Código OPEC No. 62031 a la que se había postulado inicialmente, pretensión que fue concedida por el Tribunal Superior de Medellín Sala de Familia y la consecuencia de dicha decisión es que la vacante del empleo Profesional Grado 03, ofertada en la Convocatoria No. 436 de 2017 con el código OPEC 62031 fue provista con el señor JAIME HUMBERTO MACÍAS MORENO, por lo que no era posible adelantar la vinculación de la señora LINA MARÍA PABÓN AMAYA.

La decisión anterior se puso en conocimiento de la actora quien decidió iniciar el trámite incidental de desacato en contra del Sena, el que fue desestimado por el Juez Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bello,

ordenando su archivo mediante auto del pasado 21 de junio del 2021, al verificar el cumplimiento del fallo por parte del Sena, considerando que hay una actuación temeraria por parte de la accionante y se configura cosa juzgada constitucional.

### **2.3. Pronunciamientos de los terceros vinculados**

A la fecha de la presente providencia no se allegó ningún pronunciamiento de los terceros que fueron debidamente vinculados y frente a los cuales la CNSC realizó la debida notificación tal como lo acredita los documentos electrónicos “25ConstanciaNotificacionTutelaInteresados” y “26PublicacionPortalWeb”.

## **3. CONSIDERACIONES**

El artículo 86 de la Carta Política, establece que la acción de tutela es un instrumento excepcional de protección de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, en los casos expresamente señalados en la ley, bajo condición de que no pueda acudir a otro medio de defensa judicial.

En desarrollo del citado artículo 86 de la Constitución Nacional, el Gobierno expidió los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992, reglamentarios de la acción de tutela, a partir de los cuales se trazan las pautas para que el Juez materialice el reconocimiento de los derechos constitucionales fundamentales, ante su efectivo o eventual menoscabo.

### **3.1. Competencia para conocer de la presente acción.**

Este despacho es competente para conocer de la presente acción de tutela de conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, modificado por el artículo 1 del Decreto 1983 de 2017.

### **3.2. Problema jurídico.**

Debe determinar el despacho si de los hechos planteados se configura la amenaza o vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, acceso al empleo público, confianza legítima, dignidad humana y petición de la parte



accionante, previa verificación del cumplimiento del requisito de subsidiariedad que rige al mecanismo constitucional.

### **3.3. Procedencia de la acción de tutela en materia de concursos de méritos**

Atendiendo a lo normado en el artículo 86 de la Constitución Política y a la reglamentación contenida en el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela goza de un carácter subsidiario, tornándose improcedente en el evento que existan otros recursos o medios de defensa judiciales. Sin embargo, cuando a concurso de méritos se refiere, habrá de analizarse la procedencia excepcional del mecanismo constitucional.

Frente al principio de subsidiariedad, la Corte Constitucional<sup>1</sup> ha expresado que

« (...) en virtud de lo dispuesto en los artículos 86 Superior y 6º del Decreto 2591 de 1991, aunque exista un mecanismo ordinario que permita la protección de los derechos que se consideran vulnerados, existen algunas excepciones al principio de subsidiariedad que harían procedente la acción de tutela. La primera de ellas es que se compruebe que el mecanismo judicial ordinario diseñado por el Legislador no es idóneo ni eficaz para proteger los derechos fundamentales vulnerados o amenazados; y la segunda; que “siendo apto para conseguir la protección, en razón a la inminencia de un perjuicio irremediable, pierde su idoneidad para garantizar la eficacia de los postulados constitucionales, caso en el cual la Carta prevé la procedencia excepcional de la tutela”<sup>2</sup> (...)»

Es decir, en principio es improcedente la acción de tutela cuando existe un mecanismo judicial o administrativo ordinario que puede resolver la situación planteada, a menos que dicho mecanismo no sea idóneo o eficaz por la categoría de los derechos fundamentales afectados o siempre que ello sea necesario para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual procederá como mecanismo transitorio de protección.

Sin embargo, la doctrina constitucional ha reiterado que al estar en juego la protección de los derechos fundamentales al trabajo, la igualdad y el debido proceso de quienes participaron en un concurso de méritos y fueron debidamente seleccionados, la Corte Constitucional asume competencia plena y directa, aun existiendo otro mecanismo de defensa judicial, al considerar que la tutela puede “desplazar la respectiva instancia ordinaria para convertirse en la vía principal de

---

<sup>1</sup> 1 Corte Constitucional, Sentencia T-471-17

trámite del asunto”, en aquellos casos en que el mecanismo alternativo no es lo suficientemente idóneo y eficaz para la protección de estos derechos<sup>2</sup>.

Así, en sentencia de tutela T-682 de 2018, la Corte reiteró que, en relación con los concursos de méritos para acceder a cargos de carrera, la jurisprudencia esa Corporación ha orientado que, en principio, la acción de tutela debe declararse improcedente. Pero que no obstante lo anterior, el precedente de la Corte ha señalado que los medios de control de la jurisdicción contencioso administrativa, bien sea a través de la acción electoral, de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho o de la acción de reparación directa, no son los mecanismos idóneos y eficaces, en razón del prolongado término de duración que este tipo de procesos pudiese tener.

### **3.4. Concurso de méritos.**

El artículo 125 de la Constitución Política, establece que por regla general los empleos en los órganos del Estado deben ser de carrera administrativa, con algunas excepciones, en los siguientes términos:

“Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

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

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley. En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.

PARÁGRAFO. Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido.

En ese orden de ideas el ingreso a los cargos de carrera en el Estado debe fundamentarse en el mérito, en las calidades del servidor público y en una selección objetiva, para lo cual se ha establecido que los concursos públicos son el instrumento o mecanismo idóneo que posibilita la evaluación y determinación de la capacidad de los aspirantes para asumir las funciones propias del cargo a desempeñar, impidiendo la subjetividad o arbitrariedad por parte del nominador.

---

<sup>2</sup> Corte Constitucional Sentencia SU-913 de 2009

### 3.5 Convocatoria – ley del concurso

De conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en Sentencia SU 913 de 2009, en la cual se pronunció sobre un Concurso Público para acceder a la Carrera Notarial, las personas concursan basados en unas reglas previamente establecidas por la Administración, suficientemente publicitadas y aceptadas, por todos las personas que participaron en el concurso, en concordancia con los principios de buena fe y confianza legítima en que se respetasen las reglas del concurso impuestas por el mismo Estado. Para el efecto citó un aparte de la sentencia C-878 de 2008:

"[...] el principio de transparencia de la actividad administrativa se empaña si en contravía de las legítimas expectativas del aspirante, su posición en el concurso se modifica durante su desarrollo; el principio de publicidad (art. 209 C.P.) se afecta si las reglas y condiciones pactadas del concurso se modifican sin el consentimiento de quien desde el comienzo se sujetó a ellas; los principios de moralidad e imparcialidad (ídem) de la función administrativa se desvanecen por la inevitable sospecha de que un cambio sobreviniente en las reglas de juego no podría estar motivado más que en el interés de favorecer a uno de los concursantes; el principio de confianza legítima es violentado si el aspirante no puede descansar en la convicción de que la autoridad se acogerá a las reglas que ella misma se comprometió a respetar; se vulnera el principio de la buena fe (art. 83 C.P.) si la autoridad irrespeta el pacto que suscribió con el particular al diseñar las condiciones en que habría de calificarlo; el orden justo, fin constitutivo del Estado (art. 22 C.P.), se vulnera si la autoridad desconoce el código de comportamiento implícito en las condiciones de participación del concurso, y, en fin, distintos principios de raigambre constitucional como la igualdad, la dignidad humana, el trabajo, etc., se ven comprometidos cuando la autoridad competente transforma las condiciones y requisitos de participación y calificación de un concurso de estas características. Adicionalmente, el derecho que todo ciudadano tiene al acceso a cargos públicos, consagrado en el artículo 40 constitucional, se ve vulnerado si durante el trámite de un concurso abierto, en el que debe operar el principio de transparencia, se modifican las condiciones de acceso y evaluación..."

### 3.6 debido proceso

El artículo 29 Superior eleva a rango de derecho fundamental el debido proceso y prevé que éste es aplicable tanto en las actuaciones judiciales como en las administrativas, es decir, que obliga no solamente a los jueces sino también a los organismos y dependencias de la administración pública, o a los particulares que ejerzan función administrativa; este derecho fundamental, debe entenderse como una manifestación del Estado Social y Constitucional de Derecho que busca proteger al individuo frente a las actuaciones de las autoridades públicas, procurando en todo momento el respeto a las formas propias de cada juicio<sup>3</sup>.

Así entonces, las situaciones de controversia que surjan de cualquier tipo de proceso, requieren de una regulación jurídica previa que límite los poderes del

---

<sup>3</sup> C. Const, sentencia C-980 de 2010, MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

Estado y establezcan el respeto de los derechos y obligaciones de los sujetos procesales, de manera que ninguna actuación de las autoridades dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas a los procedimientos señalados en la ley o los reglamentos.

El debido proceso comprende un conjunto de principio, tales como el de legalidad, el del juez natural, el de favorabilidad en materia penal, el de presunción de inocencia, el de tipicidad, el de antijuridicidad y el derecho de defensa o contradicción, los cuales constituyen verdaderos derechos fundamentales<sup>4</sup> . El derecho de defensa en materia administrativa se traduce en la facultad que tiene el administrado para conocer la actuación o proceso administrativo que se le adelante e impugnar o contradecir las pruebas y las providencias que le sean adversas a sus intereses; la administración debe garantizar al ciudadano interesado tal derecho y cualquier actuación que desconozca dicha garantía es contraria a la Constitución.

Vistos los presupuestos fácticos y jurisprudenciales aplicables, procede el despacho a resolver el asunto.

#### **4. El caso concreto.**

Lo primero que debe analizar el juzgado es si en el presente caso se configura cosa juzgada respecto a la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Bello con fecha del 12 de marzo de 2021 y que fue alegada por las entidades accionadas y también deberá analizarse si se configura el fenómeno de la temeridad al haberse presentado un nuevo amparo constitucional.

Respecto al fenómeno de la temeridad, el juzgado debe indicar que en el presente caso no se observa la ocurrencia de este fenómeno, pues desde la presentación de esta acción constitucional, la actora puso en conocimiento del juzgado que ya había presentado con antelación una acción de tutela, sin embargo al presentarse nuevos hechos y nuevos argumentos que no fueron abordados inicialmente por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Bello se vio en la necesidad de interponer un nuevo amparo constitucional.

---

<sup>4</sup> Sentencia T-572 del 26 de octubre de 1992, MP Jaime Sanín Greiffenstein

La Corte Constitucional ha considerado la procedencia de la temeridad en dos dimensiones<sup>5</sup>: “(i) cuando el accionante actúa de mala fe; y (ii) cuando el demandante acude al recurso de amparo de manera desmedida, por los mismos hechos, sin esgrimir una justificación razonable que justifique dicho actuar. Ante tal circunstancia, “la Corte concluyó que para rechazar la acción de amparo por temeridad, la decisión se debe fundar en el actuar doloso del peticionario, toda vez que esa es la única restricción legítima al derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, el cual se ejerce a través de la acción de tutela” circunstancias que no se evidencian en el presente caso.

Frente a la figura de la cosa juzgada, esta tiene como finalidad evitar que sean tramitados procesos que ya fueron previamente resueltos, esto es, que no puede ser ventilado nuevamente un asunto que ya fue definido cuando concurren las características de identidad de objeto, pretensiones y partes. Al respecto ha indicado la alta Corporación Constitucional:

“ (...)

- **“Identidad de objeto**, es decir, la demanda debe versar sobre la misma pretensión material o inmaterial sobre la cual se predica la cosa juzgada. Se presenta cuando sobre lo pretendido existe un derecho reconocido, declarado o modificado sobre una o varias cosas o sobre una relación jurídica. Igualmente se predica identidad sobre aquellos elementos consecuenciales de un derecho que no fueron declarados expresamente.
- **Identidad de causa petendi** (eadem causa petendi), es decir, la demanda y la decisión que hizo tránsito a cosa juzgada deben tener los mismos fundamentos o hechos como sustento. Cuando además de los mismos hechos, la demanda presenta nuevos elementos, solamente se permite el análisis de los nuevos supuestos, caso en el cual, el juez puede retomar los fundamentos que constituyen cosa juzgada para proceder a fallar sobre la nueva causa.
- **Identidad de partes**, es decir, al proceso deben concurrir las mismas partes e intervinientes que resultaron vinculadas y obligadas por la decisión que constituye cosa juzgada. Cuando la cosa juzgada exige que se presente la identidad de partes, no reclama la identidad física sino la identidad jurídica.”

Si bien es cierto en ambas acciones de tutelas concurren las mismas partes, no se acredita que en el presente caso concorra “identidad de objeto” esto es, que versen sobre la misma pretensión como a continuación se explica:

El juzgado requirió al Juzgado Primero Penal del Circuito de Bello para que allegará copia a este juzgado de la acción de tutela presentada por la señora Lina María Pabón Amaya y en atención a dicho requerimiento el juzgado hizo entrega del escrito de tutela donde se observan las siguientes pretensiones:

PRIMERO: Amparar mis derechos fundamentales vulnerados de DIGNIDAD HUMANA, GARANTIA Y EFECTIVIDAD DE LA PROTECCION DE LOS DERECHOS POR PARTE DEL ESTADO, IGUALDAD, DERECHO DE PETICION, TRABAJO, DEBIDO PROCESO

<sup>5</sup> C. Const. Sentencia T-162 de 2018

ADMINISTRATIVO, ACCESO A CARGOS Y FUNCIONES PÚBLICAS VIA MERITO, ASÍ COMO A LOS PRINCIPIOS DE CONFIANZA LEGÍTIMA, BUENA FE Y SEGURIDAD JURÍDICA, consagrados en los artículos 1, 2, 13, 23, 25, 29, 40 83 y 125 de la Constitución Política.

SEGUNDO: ORDENAR a la Comisión Nacional del Servicio Civil, como medida cautelar, suspender provisionalmente la actuación administrativa que se encuentra adelantando con ocasión del concurso de méritos abierto por la Convocatoria 436 de 2017. A fin de suspender provisionalmente la caducidad de la lista de elegibles de la OPEC N° 62034, y la N° 62031 entre tanto no se resuelva de fondo, mi solicitud de nombramiento invocado ante usted Señor Juez, a través de esta Acción de Tutela.

TERCERO: Que en concordancia con lo anterior, se ordene al SENA que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo de tutela, realice las actuaciones pendientes iniciadas CONFORME al "USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DE 27 DE JUNIO DE 2019" 57 y a la "la Resolución No. 05 - 08215 DE 202058 Parágrafo: Que el ACCIONADO basado en la información que reposa en el aplicativo SIMO dispuesto por la Comisión Nacional del Servicio Civil, verifique el cumplimiento de mi parte, de los requisitos y competencias exigidos para el desempeño de la OPEC 62034, del empleo por la Constitución, la ley, los reglamentos y los manuales de funciones y de competencias laborales.

CUARTO: Que habiendo cumplido con los requisitos y competencias exigidas para el desempeño de la OPEC 62034 y teniendo en cuenta la lista de elegibles que se encuentra en firmeza, en la que ocupó el TERCER lugar se me NOMBRE EN PERIODO DE PRUEBA, para la opec 62031, según la Resolución N° CNSC - 20182120145545 del 17 de octubre de 2018, la cual quedó en firme el 04 de marzo de 2019 - CONVOCATORIA 436 SENA. Además, por cumplir los requisitos exigidos para un empleo reportado en la convocatoria 436 de 2017, teniendo en cuenta las equivalencias de los requisitos de estudio, las funciones y la experiencia profesional relacionada entre las opec N° 62034 con la opec N° 62031.

Por su parte la presente acción constitucional tiene las siguientes pretensiones:

" (...)

2. Se ordene a las entidades accionadas que, en el término de 48 horas siguientes a la notificación del fallo, realicen los trámites administrativos pertinentes para dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 1 del decreto 498 de marzo de 20206 y en consecuencia se autorice y use la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. CNSC - 20182120145545 DEL 17-10-2018, respecto al cargo de profesional Grado 3 en uno de los empleos de carrera administrativa que se encuentran en provisionalidad, encargo o vacantes, teniendo en cuenta que el mismo fue convocado a concurso, y también teniendo en cuenta también que mi lista estaba vigente por efecto de una orden judicial que provenía de la acción de tutela de la instructora Graciela Pulido León, y también debido a que había una plaza equivalente, todo esto cuando se expidió el acuerdo CNSC 013 del 22 de enero de 2021, otorgándome el derecho a ser nombrada, esto sumado a que situación que hace que ninguna autoridad administrativa pueda desconocer este derecho.

3. Específicamente para lo anterior: - Se ordene a la Comisión Nacional del Servicio Civil (o a quien corresponda) que se oferten los empleos del cargo de Profesional GRADO 3, en la OFERTA PÚBLICA DE EMPLEOS, con el fin de que quienes hacemos parte de las listas, optemos por una de ellas, que autorizar la lista de elegibles y debidamente notificado este acto y en firme, lo remita al Servicio Nacional de Aprendizaje SENA – y se ordene al Servicio Nacional de Aprendizaje SENA que, una vez recibida la lista de elegibles de la Comisión, proceda a efectuar mi nombramiento en una de las vacantes declaradas desiertas o que hayan quedado vacantes, o empleos cubiertos en provisionalidad, o por encargo con posterioridad a la conformación de la lista, y teniendo en cuenta la jurisprudencia actual de la Honorable Corte Constitucional, y que se consolidó mi derecho a ser nombrada en un cargo de carrera administrativa al tener presente lo reglamentado por el decreto 498 de 2020.

4. Se tomen las determinaciones que el señor Juez considere conducentes para la efectividad de la protección de los derechos vulnerados, que puede incluir una medida provisional para salvaguardar mis derechos vulnerados.

5. Solicito que también para la protección de mis garantías constitucionales, la Comisión Nacional del Servicio Civil aplique el Criterio expedido por ella misma el 22 de septiembre de 2020, que no tiene limitaciones temporales.

6. Subsidiariamente, solicito ser nombrada en un cargo equivalente a la OPEC 62034 mientras puedo acudir a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo”

Es evidente que en el presente caso la actora pretende ser nombrada en un cargo equivalente a la OPEC 62034 o ser nombrada en una de las vacantes declaradas desiertas o que hayan quedado vacantes o con empleos provisionales que se hayan consolidado con posterioridad a la conformación de la lista.

De allí entonces que el panorama factico que se puso en conocimiento del Juzgado Primero Penal del Circuito de Bello difiere del que adelanta en este despacho, toda vez que, en esa oportunidad, la actora pretendía que el SENA hiciera uso de la lista de elegibles para el cargo PROFESIONAL, Grado 3 en la OPEC 62031 de la convocatoria 436 de 2017, que presentaba similitud funcional con la OPEC 62034, toda vez que en la OPEC 62031 ya se había agotado el uso de la lista de elegibles.

Por esta razón en el presente caso no se acredita uno de los requisitos que se exigen para que se configure cosa juzgada, como lo es identidad de objeto.

Dilucidado lo anterior procede el juzgado a analizar con arreglo a las pruebas allegadas al plenario, así como de acuerdo con las reglas constitucionales, legales y jurisprudenciales sobre la materia y vigentes para la época y el acervo probatorio oportunamente allegado, la procedencia de acceder o no a las súplicas acorde con las consideraciones expuestas en el escrito de tutela, o en su lugar, negar las mismas con base en la argumentación esbozada por los extremos pasivos.

Mediante el Acuerdo No. 20171000000116 del 24 de julio de 2017, la CNSC convocó a concurso de méritos para, entre otros, proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal perteneciente al sistema general de carrera administrativa del SENA (convocatoria 436 de 2017).

En dicha convocatoria la actora se presentó al empleo denominado Profesional, Grado 3, identificado con código de OPEC No. 62034, ocupando la posición No. 3 en la Lista de Elegibles con un puntaje de 59.11 y que fue adoptada mediante Resolución No. CNSC 20182120145545 del 17 de octubre de 2018:

**RESUELVE:**

**ARTÍCULO PRIMERO.-** Conformar la Lista de Elegibles para proveer una (1) vacante del empleo de carrera denominado **Profesional, Grado 3**, del Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-, ofertado a través de la Convocatoria N° 436 de 2017, bajo el código OPEC No. **62034**, así:

Posición	Tipo Documento	Documento	Nombres	Apellidos	Puntaje
1	CC	70089344	CARLOS ALBERTO	TAMAYO CARO	68,04
2	CC	1017169213	YULIANA ANDREA	AREIZA RICO	61,68
3	CC	42786753	LINA MARIA	PABON AMAYA	59,11
4	CC	32209495	JAZMÍN ICELLY	GONZÁLEZ OCAMPO	58,47
5	CC	1040734485	JOSE ALEXANDER	ARBOLEDA GÓMEZ	58,18
6	CC	16847736	DIEGO ALEJANDRO	ALVAREZ DIAZ	56,44

( )" (Subraye propia)

La Resolución No. CNSC 20182120145545 del 17 de octubre de 2018 fue publicada el 26 de octubre de 2018 y cobró firmeza el 4 de marzo de 2019, con una vigencia de dos años que se extendió hasta el 3 de marzo de 2021 como a continuación se demuestra:

No. Acto Administrativo	Fecha del Acto Administrativo	Fecha de Publicación	Observaciones	Fecha de Firma	Fecha de Publicación Firma	Fecha de Vencimiento
20182120145545	17/10/18	26/10/18	CONFORMAR LE	04/03/19	04/03/19	03/03/21

Al respecto, es menester indicar que la lista de elegibles de la cual hace parte la actora, ya venció, de ahí que no sea procedente el amparo de sus derechos invocados, tal como se procede a explicar.

La accionante en el escrito de tutela argumenta que su lista de elegibles se encuentra vigente debido a un fallo de tutela a favor de la Instructora Graciela Pulido, sentencia que prolongó por orden judicial la vigencia de todas las listas de elegibles hasta que ser resolviera el caso de esa accionante, sin embargo, como acaba de señalarse la vigencia de la Resolución No. CNSC 20182120145545 del 17 de octubre de 2018 venció el 03 de marzo de 2021.

Adicional a lo anterior, la actora solicita ser nombrada en un empleo o cargo equivalente a la OPEC 62034 o en una de las vacantes declaradas desiertas o que hayan quedado vacantes o de aquellos empleos que estén cubiertos en provisionalidad, dando aplicación retrospectiva a la Ley 1960 de 2019, "Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras



disposiciones”, y mediante la cual se modificó el artículo 31 de la ley 909 de 2004, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 6°. El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así: "Artículo 31. El Proceso de Selección comprende:

1. (...)
2. (...)
3. (...)
4. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad”.

Por su parte la CNSC, afirmó que para el caso en concreto no es procedente el uso de listas solicitado por la actora para la conformación de nuevas vacantes, pues se estaría dando aplicación a la Ley 1960 de 2019 de manera retrospectiva, toda vez que la Convocatoria Nro. 436 de 2017 - SENA, dio inicio con la expedición del acuerdo No. 20171000000116 del 24 de julio de 2017, es decir con antelación a la entrada en vigencia de la referida ley, lo que contraviene lo dispuesto en los artículos 52 y 53 de la Ley 4 de 1913, normas que claramente establecen que la Ley rige para eventos ocurridos con posterioridad a la fecha de su promulgación.

Sin embargo, resuelta irrelevante estudiar la aplicación de dicha disposición en el caso concreto, por cuanto el nuevo texto también dice que la lista de legibles tendrá una vigencia de dos años, término que como se explicó, en el caso concreto ya venció.

En todo caso, la señora Lina María Pabón Amaya debió demandar la determinación de la CNSC -Criterio Unificado “Lista de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019”, del 1 de agosto de 2019, que determinó que los acuerdos de convocatoria que se hubiesen aprobado antes de la entrada en vigencia de esa norma debían regirse por la regulación anterior y en tal caso, las listas de elegibles que de ellas emanen solo pueden ser usadas para las vacantes ofertadas en esos mismos acuerdos, decisión que es contraria al interés de la actora.

Lo anterior, por cuanto la Corte Constitucional en sentencia T-081 de 2021 explicó que el Criterio Unificado es que se trata de un verdadero acto administrativo:

Teniendo claras estas diferencias, la Sala reitera que el denominado Criterio Unificado es un verdadero acto administrativo y, por ello, podía ser atacado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Esto porque, como ya se dijo, tuvo consecuencias jurídicas y afectó los intereses de un grupo específico. Además, toda vez que fue proferido por la Sala Plena de Comisionados, en ejercicio de sus funciones legales, previstas en el artículo 11 de

la Ley 909 de 2004, su seguimiento era imperativo y no facultativo. Esto es, no existía la opción de no acogerlo o de ir en contra de lo allí establecido.

De igual forma, el Tribunal Administrativo de Antioquia en sentencia del 27 de noviembre de 2020<sup>6</sup> explicó que resulta improcedente la aplicación retroactiva de la Ley 1960 de 2019, en tanto, dicha disposición únicamente comenzó a surtir efectos a partir de su publicación-27 de junio de 2019-, tal como el mismo artículo 7 lo consagró, por lo que continúa vigente y surtiendo efectos para el concurso de méritos del cual hace parte la actora, las normas contenidas en la Ley 909 de 2004, entre las cuales se encuentra el artículo 31 numeral 4 y que hace referencia al uso de la lista de elegibles.

Sumado a ello, precisó el Tribunal que no le compete al Juez constitucional darle una interpretación contraria a la norma, cuando la misma consagró expresamente la fecha en que comenzaría a regir y menos aún, puede desconocer los conceptos fijados por la autoridad competente- CNSC- para fijar las reglas de la convocatoria que en conjunto con el Departamento Administrativo de Función Pública establecieron como se daría aplicación a la Ley 1960 de 2019 y cuales procesos de selección quedarían sujetos a lo allí dispuesto.

Si bien es cierto la accionante argumentó que la lista conformada mediante Resolución No. CNSC 20182120145545 del 17 de octubre de 2018 se encuentra vigente por los efectos de la sentencia a favor de la Instructora Graciela Pulido, sentencia que prolongó por orden judicial la vigencia de todas las listas de elegibles hasta que se resolviera el caso de la profesora Graciela, lo cierto es que dichos efectos fueron revocados por el Tribunal ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN “A” que decidió la impugnación formulada por la CNSC y el Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA contra la sentencia proferida por el Juzgado 12 Administrativo del Circuito de Bogotá, el treinta (30) de noviembre de 2020, mediante la cual amparó los derechos fundamentales de acceso a cargos públicos y petición de Graciela Pulido León y en su numeral primero resolvió<sup>7</sup>: *“REVOCAR los efectos inter comunis declarados por el Juzgado Doce (12) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, en la sentencia de tutela de primera instancia proferida el 30 de noviembre de 2020, por las razones expuestas en las consideraciones que anteceden.”*

---

<sup>6</sup> Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Cuarta de Decisión, M.P. Gonzalo Zambrano. Radicado 05001333303120200024701. Acción de tutela instaurada por Laura Ismenia Mercado Chalá contra la CNSC y el SENA.

<sup>7</sup> Tribunal Administrativo de Cundinamarca, 28 enero de 2021. Radicado 11001-3335-012-2020-00315-01 “34Sentencia202000315FalloTutela2daGracielaPulidoLeon”

Por esta razón, cualquier pronunciamiento que realice el juzgado resulta improcedente, pues la lista conformada mediante Resolución No. CNSC 20182120145545 del 17 de octubre de 2018 ya venció, sumado al hecho que el juzgado no observa la vulneración a sus derechos fundamentales invocados, pues en modo alguno fueron desconocidos por las accionadas cuando las mismas se atienen a los lineamientos de la convocatoria al que está sometido todo aspirante.

Debe precisarse que cada concurso de méritos se rige por las reglas fijadas en la convocatoria respectiva, en las que se establecen claramente los requisitos y las etapas que se agotarán, los tiempos en se llevarán a cabo las pruebas a realizar, los puntajes, etc., esto es, es un proceso eminentemente reglado, de manera que los interesados en acceder a un cargo de carrera deben cumplir con las exigencias establecidas en el Acuerdo de convocatoria correspondiente, que es la ley del concurso, en tanto que las bases y normas allí contenidas obligan no solo a los aspirantes sino a la entidad que convoca, en aras de garantizar la igualdad, objetividad, transparencia y en suma, el mérito en el acceso a la función pública.

A esta altura, debe insistirse que el ingreso a los cargos de carrera en el Estado, debe fundamentarse en el mérito, en las calidades del servidor público y en una selección objetiva y transparente, para lo cual se ha establecido que los concursos públicos son el instrumento o mecanismo idóneo que posibilita la evaluación y determinación de la capacidad de los aspirantes para asumir las funciones propias del cargo a desempeñar, impidiendo la subjetividad o arbitrariedad por parte del nominador, debiendo garantizarse el debido proceso administrativo, por lo que en este sentido debe respetarse la igualdad, mérito, confianza legítima y oportunidad de las personas que están llamadas a proveer los cargos vacantes y que conforman la lista de elegibles vigentes, así como garantizar los principios constitucionales de la función administrativa.

Como se mencionó con antelación, si la actora estaba inconforme con el “Criterio Unificado del 16 de enero de 2020 adoptado por la CNSC” por considerar que el mismo no aplicaba retrospectivamente los efectos de la Ley 1960 de 2019 debió demandar este acto administrativo de carácter general ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo en el medio de control de nulidad simple o de nulidad y restablecimiento del derecho.

También se han expedido actos administrativos de carácter particular y concreto como lo es el oficio 59203- 05-2-2021-018794 del 3 de junio de 2021<sup>8</sup> por medio del cual se le informa que no era posible nombrarla en la OPEC 62031, ni tampoco realizar nombramientos en periodo de prueba, decisión de fondo que también puede demandarse en la jurisdicción de lo contencioso administrativo a través de los medios de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

De allí que para este juzgado no le asiste derecho a la actora a ser nombrada en una de las vacantes declaradas desiertas o que hayan quedado vacantes, o empleos cubiertos en provisionalidad, o por encargo con posterioridad a la conformación de la lista por cuanto la misma perdió vigencia al transcurrir dos años desde su ejecutoria según lo establecido en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004 y en consecuencia serán negadas sus pretensiones.

Por último, debe advertirse que no se acreditó ninguna circunstancia de inminencia, gravedad o urgencia, estando en cabeza de la parte actora la carga de aportar prueba siquiera sumaria de su configuración, para conceder un amparo de manera transitoria.

En mérito de lo expuesto, **EL JUZGADO VEINTICINCO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

### F A L L A

**Primero. NEGAR** la acción de tutela interpuesta por la señora **LINA MARÍA PABÓN AMAYA**, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

**Segundo. ORDENAR** a la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**, que den publicidad al presente fallo en los mismos términos ordenados al momento de la admisión de la acción y publicándolo en el portal web dispuesto para la convocatoria 436 de 2017 – Sena.

**Tercero. REMITIR** la actuación ante la Corte Constitucional para su eventual revisión de acuerdo con lo prescrito en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, siempre que no sea impugnado el presente fallo dentro de los tres (03) días siguientes a su notificación.

---

<sup>8</sup> 10Prueba4

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**Firmado Por:**

**Luz Myriam Sanchez Arboleda  
Juez Circuito  
Contencioso 025 Administrativa  
Juzgado Administrativo  
Antioquia - Medellin**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**d14ef1695e354d5f4f799cf4268572d82e7fdf4f3f2e79916696f8e88abfd14e**

Documento generado en 04/08/2021 12:59:47 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:  
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**