

Señor

Juez Constitucional

Chocó

E.S.D.

- REFERENCIA:** Acción constitucional de tutela
- DERECHOS:** AL DEBIDO PROCESO (ART 29 C.P.), IGUALDAD (ART. 13 C.P.) Y AL ACCESO AL EMPLEO PUBLICO TRAS CONCURSO DE MERITO (ART 40 NUMERAL 7 Y ART 125 C.P.); PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGITIMA (ART 29 C.P.), A LA DIGNIDAD HUMANA (ART 1 C.P.)
- ACCIONANTE:** JESICA ALEJANDRA SUAREZ ESCOBAR
- ACCIONADOS:** SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA
COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC
- VINCULADOS:** Miembros de la Lista de Elegibles de la OPEC **56955** y Personas vinculadas con empleos de Nombre **Técnico, grado 01** que se encuentren vinculados en provisionalidad, temporalidad o encargo en el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE

Yo, **JESICA ALEJANDRA SUAREZ ESCOBAR**, mayor de edad, identificado con la cedula de ciudadanía número 1040503420, me permito interponer ACCION CONSTITUCIONAL DE TUTELA en ejercicio de las facultades que me otorga el artículo 86 de la Constitución Política y las normas concordantes de los Decretos 2591 de 1991¹, 306 de 1992² y 1382 de 2000³, de la siguiente manera:

CONTENIDO

1. ENTIDADES ACCIONADAS ENUNCIACION DE DERECHOS VULNERADOS - SOLICITUD DE VINCULACION.....	2
2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS.....	3
3. PRETENSIONES.....	14
4. FUNDAMENTOS DE DERECHO.....	16
4.12. Violación al derecho a la dignidad humana. C.P Art. 1. Colombia es un Estado Social de derecho.	20
5. EL DERECHO DE LOS PROVISIONALES FRENTE A LOS QUE SE ENCUENTRAN EN LISTAS DE ELEGIBLES EN CUANTO A LOS EMPLEOS PÚBLICOS.....	20
6. LA NO APLICACIÓN DE LOS ARTICULOS 6 Y 7 DE LA LEY 1960 de 2019 – Revisar el Anexo A.....	24
7. PRINCIPIO DE INESCINDIBILIDAD DE LA LEY, Y CONFUSIÓN TRANSMITIDA EN EL COMUNICADO -CNSC- DEL 16 DE ENERO, ACUERDO 165 DEL 12 DE MARZO DE LA CNSC EVADIRÁ EL CUMPLIMIENTO DE LA LOS ARTICULOS 6 Y 7 DE LA LEY 1960 DE 2019.....	25
8. NOTIFICACIONES.....	30

¹ "...por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política".

² "... por el cual se reglamenta el Decreto 2591 de 1991".

³ "... por el cual establecen reglas para el reparto de la acción de tutela.""

1. ENTIDADES ACCIONADAS ENUNCIACION DE DERECHOS VULNERADOS - SOLICITUD DE VINCULACION.

La actual Acción de Tutela la presento en contra de la entidad de derecho público conocida como **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA** representada ésta por su representante legal, gerente o quien haga sus veces, y quien operará como ENTIDAD ACCIONADA en el presente proceso constitucional, el cual se ha iniciado a fin de que sean salvaguardados mis DERECHOS FUNDAMENTALES AL DEBIDO PROCESO, DE PETICION, IGUALDAD Y AL ACCESO AL EMPLEO PUBLICO TRAS CONCURSO DE MERITO.

De igual modo pretendo que sean VINCULADOS a la siguiente Acción de Tutela la entidad de derecho público Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), representada por su representante legal, gerente o quien haga sus veces, pues la misma ha participado en la organización, preparación, coordinación y adelantamiento del concurso de Merito a través de la Convocatoria 436 de 2017, ha emitido conceptos y criterios interpretativos al respecto del modo y mecanismos de utilización de las Listas de Elegibles emanantes de la citada convocatoria, y debe ser participe de los procesos de nombramiento de los citados elegibles, ya que, en el caso concreto, el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA, de cara a utilizar la Lista de Elegibles de la OPEC 56955 de la Convocatoria 436, debe solicitar autorización a la CNSC y adaptarse a los procedimientos internos de la entidad.

Por otro lado, y al ser este un proceso de su entero interés, se considera oportuno y necesario que sean vinculados al presente Proceso de Tutela los ciudadanos incluidos en la Lista de Elegibles de la OPEC 56955 de la Convocatoria 436 de 2017 y las Personas vinculadas con empleos de Nombre Técnico, grado 01, en el **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE** que se encuentren trabajando en dicha institución y que se encuentren nombrados bajo la categoría de provisionalidad, temporalidad o encargo que incluye cargos hayan sido creados después de la expedición de la Ley 1960 de 2019, todo ello ya no solo porque las personas mencionadas puedan tener interés legítimo en la resolución del problema ius fundamental que a través de la presente acción de tutela se está planteando, sino porque es posible que alguno de ellos pueda verse afectado por las decisiones que a través del presente proceso puedan tomarse.

2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

- 2.1.** Mediante Acuerdo No. CNSC-20171000000116 DEL 24-07-2017, la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), se 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" <https://www.cnsc.gov.co/index.php/normatividad-436-de-2017-servicio-nacional-de-aprendizaje-sena>
- 2.2.** Me inscribí en la Convocatoria 436 de 2017 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, proceso destinado a proveer plazas ofertadas en concurso para el empleo de nombre Técnico, grado 01 de la OPEC 56955, para la entidad de derecho público SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE Cumplí con todos los requisitos necesarios para formalizar mi inscripción, y realicé todas las pruebas, ahora ocupo el segundo lugar por la recomposición automática de las listas.
- 2.3.** La planta de Personal del SENA, es una planta Global como entidad del orden nacional y según el manual específico de funciones y competencias.
- 2.4.** Superé todas las etapas del proceso de selección citadas en el puesto tres (3), dos (2) ahora por la recomposición de la misma. Las etapas definidas en la convocatoria fueron (página 3 del Acuerdo CNSC-20171000000116 DEL 24-07-2017):
"ARTÍCULO 4º. ESTRUCTURA DEL PROCESO. *El presente Concurso Abierto de Méritos para la selección de los aspirantes tendrán las siguientes fases:*
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 Antecedentes.
 - 4.4 Prueba Técnico-Pedagógica para cargos de Instructor.
 5. Conformación de Listas de Elegibles.
- 6. Período de Prueba.**
PARÁGRAFO. *En los artículos posteriores a este Acuerdo se desarrollarán cada una de las etapas previstas en este artículo, incluyendo las reclamaciones procedentes y el término para presentarlas en cada caso."*
- 2.5.** El día veintisiete (27) de junio de dos mil diecinueve (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:
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 de concurso en la misma entidad”

- 2.6.** El día uno (01) de agosto de dos mil diecinueve (2019), la Comisión Nacional del Servicio Civil 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.
- 2.7.** La COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC expidió el CRITERIO UNIFICADO "USO DE LISTAS DE ELEGIBLES PARA EMPLEOS EQUIVALENTES" Fecha de sesión: 22 de septiembre de 2020. La Sala Plena de la CNSC, en sesión del 22 de septiembre de 2020, aprobó el Criterio Unificado USO DE LISTAS DE ELEGIBLES PARA EMPLEOS EQUIVALENTES.
- 2.8.** El 16 de enero de 2020 la CNSC expide el **CRITERIO UNIFICADO "USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DE 27 DE JUNIO DE 2019"** y con el revoca el anterior CRITERIO UNIFICADO de 1 agosto de 2019.

2.10. Muy importante es mencionar en lo relacionado con la Ley 1960 de 2019, y casos análogos al de la presente acción constitucional, que El día treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020) el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona Sala Única de decisión emitió fallo de segunda instancia en un proceso de tutela que definitivamente marca otro hito, y donde se ordenó lo siguiente:

"SEGUNDO: INAPLICAR por inconstitucional el "criterio unificado de "uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019", emanado de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL el 16 de enero de 2020."

Que había sido el criterio con el cual la Comisión Nacional del Servicio Civil reemplazó el también inconstitucional criterio inicial del 1 de agosto mencionado en el punto anterior

2.11. Sobre casos análogos, existen por lo menos 49 fallos de Tutela de sentencias de segunda instancia de tribunales de diferentes especialidades que han apoyado la aplicación con efecto retrospectivo de la Ley 1960 de 2019 en sus artículos 6 y 7, en acciones de tutela contra el ICBF y la CNSC cuya relación presento a continuación, y que se apartan con sus decisiones de la aplicación del CRITERIO UNIFICADO del 16 de enero de 2020, esta aplicación retrospectiva de dicha Ley apoya de forma tácita la aplicación del decreto 498 de 2020, 42 sentencias de tutela que son prueba fehaciente de lo ocurrido con las convocatorias anteriores al 27 de junio de 2019, y prueba fehaciente que el decreto 498 de 2020 es de aplicación retrospectiva.

Todos estos casos relacionados están relacionados en el Anexo C

2.12. El TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA en una sentencia cuyo proceso tenía el radicado: 05001 33 33 019 2020 00221 - 01; Accionante: HERNANDO ANDRÉS SÁNCHEZ CASTAÑO; Magistrado Ponente: Álvaro Cruz Riaño; proferido el Fecha: dieciocho (18) de noviembre de dos mil veinte (2020), confirmó la sentencia del JUZGADO DIECINUEVE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN donde se resolvió:

FALLA:

PRIMERO: AMPARAR los derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo y de petición invocados por el señor Hernando Andrés Sánchez Castaño, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: INAPLICAR por inconstitucional los Criterios Unificados emitidos por la CNSC de 16 de enero y 6 de agosto de 2020, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

TERCERO: ORDENAR a la Comisión Nacional del Servicio Civil, CNSC y al Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA que, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la notificación del presente fallo, de manera conjunta, efectúen el estudio de equivalencia de los empleos vacantes no convocados, en el territorio nacional, respecto del empleo relacionado con la OPEC 61424, al cual concursó el accionante.

CUARTO: Cumplido lo anterior y, de ser procedente, en el término de diez (10) días hábiles siguientes, la Comisión Nacional del Servicio Civil –CNSC y al Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA deberán efectuar la consolidación de una lista de elegibles para ocupar los empleos vacantes no convocados que tengan equivalencia con los empleos relacionados con la OPEC 61424, tal como lo dispone la ley 1960 de 2019.

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

SEXO: ORDENAR al SENA que una vez consolide la lista de elegibles para ocupar los empleos vacantes no convocados que tengan equivalencia con los empleos relacionados con la OPEC 61424, en el término de cinco (5) días hábiles, contestará de fondo las solicitudes contenidas en los numerales 1 a 4 de la petición elevada por el actor el 13 de septiembre de 2020.

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

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

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

Frente a estas órdenes impartidas por el juez el Tribunal decidió Confirmar la sentencia de esta forma:

FALLA

PRIMERO. Se **ACEPTA** la coadyuvancia presentada por los señores Elizabeth Lopera León, Cristhian Felipe Salinas Cruz, José Ferney Montes Moreno, Dina Luz Sánchez Ardila, Leidy Alexandra Infante Camargo, José Ricardo López Caro, Yoneid Patricia Villa García, Damaris Gómez Díaz, Aleyda Asprilla Avila, Jorge Enrique Correa Castellar.

SEGUNDO. CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Diecinueve Administrativo de Oralidad del Circuito de Medellín, el 16 de octubre de 2020.

TERCERO: Notifíquese a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO. Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, y envíese copia de esta al Juzgado de origen.

La ratio decidendi del Tribunal fue:

“De lo anterior se desprende que luego de haberse presentado las pruebas, se elaborará una lista de elegibles, que será utilizada para cubrir las vacantes para las cuales se efectuó el concurso de méritos. La citada norma, también es clara en señalar que, las listas de elegibles, pueden ser utilizadas para cubrir las vacantes definitivas de cargos equivalentes, que no fueron convocados en el concurso de méritos, siempre que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso de la misma entidad.

*Así las cosas, podría decirse, en principio, que le asiste razón al accionante, al señalar que las vacantes “no convocadas” pueden ocuparse a partir de listas de elegibles que se conformen, pues, la norma no hace una distinción geográfica ni temporal, en cuanto a las listas que se encontraban vigentes antes de la expedición de la Ley 1960 de 2019. Pese lo anterior, las entidades accionadas, con vehemencia, señalan que la aplicación de la citada ley, no es procedente, toda vez que su artículo 7, señala que “rige a partir de su publicación”, esto es, el 27 de junio de 2019, por lo que, al haberse conformado la lista de elegibles, en la que se encuentra el accionante, mediante la Resolución número 20182120176165 del **13 de diciembre de 2018**, no le es aplicable las disposiciones de la ley 1960 de 2019.*

La Comisión Nacional del Servicio Civil, en documento denominado, Criterio Unificado “Uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019”, con fecha de sesión del 16 de enero de 2020, estableció que las listas de elegibles que quedaron en firme con anterioridad a la vigencia de la Ley 1960 de 2019, les son aplicables las reglas previstas antes de la modificación de la Ley 909 de 2004 y las que se hubiesen previsto en los acuerdos de convocatoria, en virtud del principio de ultractividad de la norma. Al respecto, en dicho documento se dijo lo siguiente:

“En virtud de los apartes jurisprudenciales en cita y teniendo en cuenta que el concurso está integrado para diferentes actos administrativos iniciando con el de convocatoria al proceso de selección y culminando con el de evaluación del

periodo de prueba, se concluye que las convocatorias para proveer vacantes definitivas de empleos de carrera, iniciadas antes de la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, deberán agotar el procedimiento conforme a las reglas previamente establecidas en la convocatoria y en las normas que le sirvieron de sustento, con el fin de garantizar seguridad jurídica a las entidades y a los aspirantes. Las Listas de Elegibles que adquirieron firmeza, así como aquellas (listas de elegibles) expedidas como consecuencia de una convocatoria aprobada con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, seguirán las reglas previstas antes de la modificación de la Ley 909 de 2004 y las establecidas en los respectivos Acuerdos de Convocatoria.

“De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNJSC 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 corresponda 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 el OPEC”.

Por su parte, el accionante señala que, en virtud del principio de retrospectividad, la Ley 1960 de 2019 debe ser aplicada en su caso. Sobre el tema, la Corte Constitucional en Sentencia SU 309 de 2019, señaló lo siguiente:

“El fenómeno de la retrospectividad, por su parte, es consecuencia normal del efecto general e inmediato de la ley, y se presenta cuando las normas se aplican a situaciones que, si bien surgieron con anterioridad a su entrada en vigencia, sus efectos jurídicos no se han consolidado al momento en que cobra vigor la nueva ley. En efecto, la jurisprudencia constitucional ha puntualizado que ‘el efecto en el tiempo de las normas jurídicas es por regla general, su aplicación inmediata y hacia el futuro, ‘pero con retrospectividad, [...] siempre que la misma norma no disponga otro efecto temporal...’. De este modo, ‘aquello que dispone una norma jurídica debe cumplirse de inmediato, hacia el futuro y con la posibilidad de afectar situaciones que se han originado en el pasado (retrospectividad), es decir, situaciones jurídicas en curso al momento de entrada en vigencia de la norma.”⁶

La retrospectividad de la norma, hace referencia a la posibilidad de aplicar una ley a una situación jurídica que surgió con anterioridad a su vigencia, pero que para este momento (a la entrada en vigencia) aún no se ha consolidado, situación que se asemeja al narrado por el señor HERNANDO ANDRÉS SÁNCHEZ CASTAÑO, toda vez que existe una situación que surgió con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019 (conformación de lista de elegibles), pero a la fecha, sus efectos jurídicos no se han consolidado, pues solo se consolidarán, individualmente, en la medida en que se produzcan los nombramientos en período de prueba que es, precisamente, la finalidad de esas listas.”

Debo destacar el señor Hernando Andrés Sánchez Castaño ocupada el Cuarto (4) puesto, las situaciones planteadas por el señor Hernando Andrés Sánchez Castaño son muy similares a las mías, Pues tanto en el caso del señor Sánchez como en el mío:

- Se inaplicó el Criterio Unificado del 16 de enero de 2020 por parte del juzgado y del Tribunal, de la misma forma en que yo lo estoy solicitando.
- Se solicitó el nombramiento por empleos equivalentes tal como yo lo hago
- El SENA y la CNSC al unísono dicen que la Ley 1960 de 2019, no es posible aplicarla con efecto retrospectivo a pesar de la sentencia T-340 de 20 de agosto de 2020
- El juez ordena reconfirmar una nueva lista de elegibles, orden confirmada por el Tribunal.

2.13. El Tribunal Administrativo De Boyacá en la Sala De Decisión No. 6 en un proceso de radicado: 15238 3333 003 2020 00081 01; en una sentencia a favor de las pretensiones de la Accionante: LEIDY ALEXANDRA INFANTE CAMARGO; con Magistrado Ponente: FÉLIX TO RODRIGUEZ RIVEROS; en un fallo proferido el Fecha: doce (12) de noviembre del veinte (2020), determinó:

Contra el SENA y LA CNSC
POR LA 436 DE 2017

RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR el numeral PRIMERO de la parte resolutive de la sentencia proferida el 01 de octubre de 2020 por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Boyacá en el que se dispuso **"INAPLICAR"** por inconstitucional para el caso de la accionante el Criterio Unificado de uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de

Muy importante

2019, proferido por la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL el 16 de enero de 2020”, por las razones antes expuestas.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral SEGUNDO de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, en la que se negó el amparo de los derechos fundamentales invocados por la accionante. En su lugar, **TERCERO: AMPARAR** los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a cargos públicos de la señora LEIDY ALEXANDRA INFANTE CAMARGO, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: ORDENAR a las entidades accionadas lo siguiente:

- Al **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA:**

Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de la presente decisión, deberá establecer si el empleo denominado **Profesional, Grado 8, con código**, del Sistema General de Carrera del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, ofertado a través de la Convocatoria No. 436 de 2017 SENA – **OPEC 60375**, es **EQUIVALENTE** a los 4 cargos de profesional 8 que se encuentran vacantes, y que se relacionaron en el cuadro precedente, surgidos después de la convocatoria 436 de 2017, según lo reportado por el Director y el Coordinador Grupo de Relaciones laborales – Secretaría General Dirección General- SENA.

El estudio de equivalencia 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, así como las definiciones de “mismo empleo” y “empleo equivalente” allí establecidos, debiendo determinarse si la señora LEIDY ALEXANDRA INFANTE CAMARGO, cumple con las exigencias necesarias para el desempeño de los mentados empleos. Dicho estudio deberá ser puesto en conocimiento de la CNSC.

- Al **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA:**

Hecho lo anterior, y de hallarse que la tutelante es apta para el ejercicio de uno de los 4 cargos de profesional 8 que se encuentran vacantes- surgidos después de la convocatoria 436 de 2017, la CNSC autorizará el uso de la lista de elegibles, contenida en la Resolución No. CNSC – 20182120139695 del 17 de octubre de 2018, respetando el orden de mérito que le corresponda al actor.

- Recibida la autorización, el **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA**, dentro de los ocho (8) días siguientes, procederá a dar nombramiento y posesión a la demandante en periodo prueba, respetando el orden de mérito que le corresponda a la actora.

La ratio decidendi de la sentencia:

“Lo antedicho significa que las demandadas están vulnerando el derecho al debido proceso y el acceso a cargos públicos de la accionante, dado que en la Resolución 20182120138255 del 17 de octubre de 2018 ocupó la posición N° 3, pero por la recomposición automática de las listas de elegibles contemplada en el Artículo 57 del Acuerdo N° CNSC – 20171000000116 del 24 de julio de 2017, ocupa actualmente la posición 1 - según lo informado en el escrito de tutela y no cuestionado -; adicionalmente, conforme a lo informado existen cuatro (4) vacantes definitivas en el empleo de Profesional Grado 8 que no fueron ofertadas en la Convocatoria 436 de 2017; en consecuencia, contrario a lo señalado por el Coordinación del grupo de Relaciones Laborales – Secretaría General Dirección General del SENA, mediante oficio de 21 de septiembre del año en curso, en el que da respuesta a los derechos de petición elevados por la actora, es procedente aplicar lo dispuesto en el artículo 6° de la Ley 1960 de 2019, al tratarse de vacantes definitivas no convocadas que surgieron luego de dicha convocatoria, debiéndose verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos para el empleo – artículo 11 de la Ley 909 de 2004.

El Consejo de Estado, al resolver un asunto de similares contornos fácticos al que es objeto de estudio, a fin de proteger el derecho conculcado, ordenó:

"SEGUNDO. - ORDÉNASE a la Agencia Nacional de Minería para que en el término de cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de la presente providencia, realice el estudio pertinente a efectos de determinar si el accionante cumple las exigencias requeridas para los empleos de Gestor, Código T1, Grado 11, identificados con los Nos. OPEC 206904 y 206929. Finalizado el término señalado la Agencia Nacional de Minería deberá remitir a la Comisión Nacional del Servicio Civil el acto administrativo donde se plasme el anterior análisis.

De constatarse que el accionante reúne los requisitos que exige el cargo, se ordena a la Comisión Nacional del Servicio Civil remitir a la Agencia Nacional de Minería la autorización de nombramiento en periodo de prueba del accionante. (Término dos días hábiles).

Una vez recibida la autorización, la Agencia Nacional de Minería deberá realizar el nombramiento y posesión del accionante en uno de los cargos mencionados. (Término ocho días hábiles).

Efectuado lo anterior, la Agencia Nacional de Minería deberá acreditar el pago correspondiente por el uso de las listas de elegibles, señalado en el Oficio No. 20171020088861 de 6 de marzo de 2017, suscrito por la Comisión Nacional del Servicio Civil. (Término: dos meses, contados a partir de la posesión del accionante en uno de los cargos mencionados)".

La sentencia de la señora Leidy Alexandra Infante Camargo es muy similar a la mía debido a que:

- a. El Tribunal inaplicó el Criterio Unificado del 16 de enero de 2020
- b. Se solicitó el nombramiento por empleos equivalentes tal como yo lo hago
- c. El SENA y la CNSC al unísono dicen que la Ley 1960 de 2019, no es posible aplicarla con efecto retrospectivo a pesar de la sentencia T-340 de 20 de agosto de 2020
- d. El juez ordena reconformar una nueva lista de elegibles, orden confirmada por el Tribunal.

2.14. El Tribunal Administrativo De Santander en una sentencia cuyo proceso tenía el **Radicado:** 680013333007-2020-00114-01; amparando los derechos de la Accionante: **Estefanía López Espinosa**; con Magistrada Ponente: Solange Blanco Villamizar; en fallo proferido el trece (13) de Octubre de dos mil veinte (2020), determinó:

Contra el SENA y LA CNSC
POR LA 436 DE 2017

Primero. Revocar la Sentencia del 28/08/2020, proferida por el señor Juez Séptimo Administrativo del Circuito Judicial de Bucaramanga, Santander, de acuerdo a las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente providencia. En su lugar, **CONCEDER** el amparo de los derechos fundamentales de la señora **ESTEFANÍA LÓPEZ ESPINOSA**, identificada con cédula de ciudadanía No. 63534120.

Segundo. ORDENAR A la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC y al Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA lo siguiente:

1. Dentro del marco de sus competencias y dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del presente fallo, de manera conjunta, efectúen el estudio de equivalencias de los empleos vacantes no convocados o nuevos empleos surgidos con posterioridad a la convocatoria de la OPEC 57604 y los que allí se contienen.

2. Cumplido lo anterior y, de ser procedente, dentro del marco de sus competencias, en el término de cinco (5) días siguientes, la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC y al Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, previo al estudio de cumplimiento de requisitos mínimos, que efectúen la consolidación de una lista de elegibles para ocupar los empleos vacantes no convocados que tengan equivalencia con los empleos relacionados con la OPEC 57604, tal como lo dispone la ley 1960 de 2019, con el fin de proveer los nuevos cargos creados.

Todas estas decisiones deberán ser comunicadas a los interesados.

Cuarto. Notificar el presente fallo por el medio más expedito o en la forma señalada en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991. 15 Tribunal Administrativo de Santander, MP. Solange Blanco Villamizar. Sentencia de tutela de segunda instancia. Expediente A.T. No. 680013333007-2020-00114-01. Accionante: Estefanía López Espinosa vs. SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA y COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC.”

Quinto. Comunicar la presente decisión al juzgado de origen.

Sexto. Ejecutoriada esta decisión, remítase por la Secretaría de la Corporación el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, en concordancia con lo establecido en los Acuerdos PCSJA20-11517, PCSJA20-11518, PCSJA20-11519 y PCSJA20-11521 del mes de marzo de 2020, proferidos por el Consejo Superior de la Judicatura.

La sentencia de la señora Leidy Estefanía López Espinosa es muy similar a la mía debido a que:

- e. El Tribunal inaplicó tácitamente el Criterio Unificado del 16 de enero de 2020
- f. Se solicitó el nombramiento por empleos equivalentes tal como yo lo hago
- g. El SENA y la CNSC al unísono dicen que la Ley 1960 de 2019, no es posible aplicarla con efecto retrospectivo a pesar de la sentencia T-340 de 20 de agosto de 2020, sin embargo, la sentencia del Tribunal les demostró todo lo contrario
- h. El Tribunal ordenó reconstituir una nueva lista de elegibles

Ratio decidendi:

*De la reseña que antecede, se tiene, en síntesis, que la aquí accionante, busca el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, petición y acceso al empleo público, que dice, se encuentran amenazados por la negativa de las accionadas de no autorizar el uso de la lista de elegibles que integra para proveer los cargos de PROFESIONAL (SENA) Código (no aplica), Grado 6, de la OPEC 57604 en el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA y que se encuentren en vacancia definitiva o no convocados, en el área, en los cargos con similitud funcional, particularmente, de conformidad con lo previsto por la Ley 1960 de 2019. **En consecuencia**, solicita se ordene a la CNSC que oferte los empleos del precitado cargo en la oferta pública de empleos, con el fin de que quienes hacen parte de las listas vigentes, opten por uno de ellos, que de igual manera, proceda a elaborar la lista de elegibles y debidamente notificado este acto y en firme, lo remita al SENA, para que éste, con su nombre en la lista de elegibles correspondiente al cargo para el cual concursó, la nombre en periodo de prueba en uno de los empleos que se encuentren en provisionalidad, encargo o vacancia definitiva, teniendo en cuenta que el mismo fue convocado a concurso y la lista se encuentra vigente. Dicho lo anterior, y teniendo en cuenta que, la tutela se torna improcedente como mecanismo principal para cuestionar decisiones de nombramientos y uso de listas de elegibles ya consolidadas, la Sala se circunscribe a determinar si:*

PJ1: ¿Es procedente la acción de tutela, pese a la existencia de otros mecanismos judiciales, para la protección del derecho fundamental al debido proceso administrativo?

Tesis: Sí

Fundamento Jurídico: La H. Corte Constitucional ha sostenido en reiterados pronunciamientos, que cuando se endilga la vulneración del derecho al debido proceso administrativo, la tutela es procedente, aun cuando existan otros medios de defensa ordinarios para debatir el asunto, pues la violación de este derecho fundamental delimita la frontera entre el ejercicio de una potestad legal y una actuación arbitraria y caprichosa. Al respecto se ha indicado “...La garantía fundamental del debido proceso se aplica a toda actuación administrativa desde la etapa de inicio del respectivo procedimiento hasta su terminación, y su contenido debe asegurarse a todos los sujetos. En este sentido, la actuación de las autoridades administrativas debe desarrollarse bajo la observancia del principio de legalidad, marco dentro del cual pueden ejercer sus atribuciones con la certeza de que sus actos podrán producir efectos jurídicos. De esta manera, se delimita la frontera entre el ejercicio de una potestad legal y una actuación arbitraria y caprichosa.”¹

¹ Corte Constitucional, sentencia T-1082 de 2012.

De esta manera, concluye la Sala que la acción de tutela es procedente en el caso que nos ocupa de manera excepcional, pues aun cuando existen medios de defensa ordinarios para debatir las decisiones de la administración tendientes al uso de listas de elegibles vigentes para proveer el cargo en el que aspira la accionante ser nombrada, atendiendo a que se debate la violación del derecho al debido proceso administrativo, se da paso al estudio de la impugnación con el fin de establecer si los derechos fundamentales endilgados en la demanda están siendo vulnerados.

Expuesto lo anterior, el problema jurídico se circunscribe a determinar lo siguiente:

PJ2. ¿Vulneran las entidades accionadas los derechos fundamentales al debido proceso administrativo, la igualdad, al trabajo y al acceso y ejercicio de cargos públicos, al no realizar los trámites correspondientes para las conformación de las listas de elegibles tendientes a proveer nuevas vacantes en la planta de personal del SENA -atendiendo a que fueron creados con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1960 de 2019-, con el análisis de la inclusión de aquellas listas vigentes de convocatorias anteriores que pudieran tener equivalencias, como es el caso de la OPEC 57604?

Tesis: Sí.

Fundamento Jurídico: Análisis de las pruebas de cara a los supuestos de hecho de la Ley 1960 de 2019 y el criterio unificado del 16 de enero de 2020 de la CNSC.

La Ley 1960 de 2019², en su Art. 6 establece que con las listas de elegibles que se conformen de los concursos de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y aquellas definitivas en cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso, así:

2 “Por la cual se modifican la ley 909 de 2004, el decreto ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones”

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

“Artículo 31. El proceso de selección comprende:

“1. (...)

“2 (...)

“3 (...)

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

El artículo 7 de la citada norma, dispone que su aplicación rige a partir de su publicación, esto es, el 27 de junio de 2019. **No obstante**, frente a ello, la CNSC señaló en el Criterio Unificado “Uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019” complementado el 16 de enero de 2020, 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”; entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, mismos requisitos de estudio y experiencia reportados en la OPEC, 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.**”*

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

Para dar alcance al mencionado criterio unificado, la CNSC expidió la circular externa No. 0001 del 21 de febrero de 2020, por medio de la cual impartió lineamientos a las entidades para el reporte de nuevas vacantes que correspondan a mismos empleos, respecto de los cuales existen listas vigentes conformadas con anterioridad.

En el caso que nos ocupa, encuentra la Sala que la accionante se inscribió a la Convocatoria No. 436 de 2017 de la Comisión Nacional Del Servicio Civil – CNSC - dentro del proceso de selección para proveer el cargo de PROFESIONAL (SENA) Código (no aplica), Grado 6, de la OPEC 57604 en el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, aprobando todas las etapas del concurso y por ende, se ubicó en la lista de elegibles, ocupando en la actualidad el cuarto puesto, como se extrae del expediente digital. Dicha lista en la actualidad se encuentra en firme y, vigente de acuerdo con lo establecido en el artículo sexto de la Resolución No. CNSC - 20182120138235 DEL 17-10-20183. Por su parte, no obra dentro del expediente prueba tendiente a demostrar qué trámite surtieron las accionadas en acatamiento de las

disposiciones proferidas con ocasión del cambio normativo, como los lineamientos que contempla la circular externa No. 0001 de 2020 y el uso de las listas de elegibles ya existentes.

De esta manera, considera la Sala que en el caso que nos ocupa las entidades accionadas vulneran los derechos fundamentales de la accionante, pues no se prueba dentro del expediente que hayan agotado los trámites correspondientes para incluir en las listas de elegibles actuales y tendientes a proveer los nuevos cargos vacantes del SENA, aquellas listas vigentes y consolidadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1960 de 2019 y conformadas respecto de los mismos empleos, entiéndase con las mismas características descritas por la CNSC en el tantas veces citado criterio unificado.

Por lo anterior, se revocará la sentencia de primera instancia para en su lugar acceder al amparo constitucional.

El juez ordena reconstituir una nueva lista de elegibles, orden confirmada por el Tribunal.

2.15. El Tribunal Administrativo Del Tolima (relacionado en el listado inmediatamente anterior), y de radicado: 73001-33-33-005-2020-00058-01, en la Acción de Tutela contra el ICBF y la CNSC, es importante mencionar, aunque una de las entidades accionadas es diferente (el ICBF), se trata de casos análogos a la presente acción constitucional porque entre otras cosas en su ratio decidendi acoge la aplicación del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019 con **efecto retrospectivo** que no retroactivo, mencionando en tal sentencia:

"Adicionalmente, se debe tener en cuenta que aunque la redacción original del numeral 4º del artículo 31 de la ley 909 del 23 de septiembre de 2004 dictó que con la lista de elegibles "se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso", la ley 1960 del 27 de junio de 2019, modificó tal artículo, según el cual con la lista de elegibles "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".

Resulta, entonces, evidente que ha operado un tránsito de legislación en cuya virtud, compete la sala evaluar si se dan los presupuestos para que la Ley 1960 de 2019 sea aplicable a Alexis Díaz González, María Cecilia Arroyo y Yennifer Ruiz Gaitán o si, por el contrario, debe seguirse con la Ley 909 de 2004 sin modificaciones.

Respecto a esto, es claro que, por regla general, las normas rigen hacia el futuro una vez son divulgadas, y excepcionalmente regirán ultra activa o retroactivamente, pero adicionalmente se ha aceptado otra modalidad de aplicación temporal de las normas denominada retrospectividad, que a las luces de la sentencia T-564 de 2015 consiste en: "...la posibilidad de aplicar una determinada norma a situaciones de hecho que, si bien tuvieron lugar con anterioridad a su entrada en vigencia, nunca vieron definitivamente consolidada la situación jurídica que de ellas se deriva, pues sus efectos siguieron vigentes o no encontraron mecanismo alguno que permita su resolución en forma definitiva.

En este sentido, ha sido unánimemente aceptado por la jurisprudencia de todas las Altas Cortes que si bien en principio las normas jurídicas solo tienen aplicabilidad a situaciones que tuvieron lugar con posterioridad a su vigencia, ello no presenta impedimento alguno para que, en los casos en los que la situación jurídica no se ha consolidado o sus efectos siguen surtiéndose, una nueva norma pueda entrar a regular y a modificar situaciones surtidas con anterioridad a su vigencia."

Como consecuencia de lo anterior, siendo la generalidad de las leyes que surjan efectos ex nunc, una norma posterior podrá regular situaciones anteriores siempre y cuando sean meras expectativas y no situaciones jurídicas consolidadas, como quiera que de estas últimas se entenderán finiquitadas sus consecuencias bajo la ley antigua.

Bajo esta premisa de que los aspirantes que figuran en una lista de elegibles cuentan con una mera expectativa salvo aquél que ocupe el primer lugar, único de quien se predica un derecho adquirido, y teniendo de presente que el nominador no cuenta con una facultad sino con un deber al momento de recurrir a la lista de elegibles, a efectos de proveer un cargo de grado y denominación iguales para el cual se abrió originalmente el concurso de méritos, la sala encuentra que es dable aplicar retrospectivamente la Ley 1960 de 2019 a las accionantes, puesto que su situación no se encuentra consolidada dentro de la Convocatoria 433 de 2016."

2.16. De la misma forma que en el numeral anterior a pesar de que en el fallo una de las entidades no es la misma, es importante destacar que la sentencia a continuación mostrada trataba de un caso referente a la aplicación del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019 con **efecto retrospectivo** (no retroactivo).

En: el **Consejo De Estado** Sala de Lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección A; **Consejera Ponente:** María Adriana Marín el día, diecinueve (19) de junio de dos mil veinte (2020) en un proceso cuyo número de Radicación es 11001-03-15-000-2020-01727-00; **Demandante:** Roberto Salazar Fernández; **Demandado:** Tribunal Administrativo Del Tolima; **Referencia:** Sentencia De Tutela De Primera Instancia; En la parte considerativa de su sentencia, afirma la sala del Consejo de estado frente al fallo de tutela tomado por el Tribunal Administrativo Superior del Tolima y proceso de radicado: **73001-33-33-005-2020-00058-01** , lo siguiente:

"Visto lo anterior, es claro que la presente solicitud de amparo deviene en improcedente, justamente porque busca revivir la discusión del proceso de tutela que ahora se cuestiona, concerniente a la viabilidad del uso de la lista de elegibles que se conformó luego de haberse concluido todas las etapas de la Convocatoria 433 de 2016, a fin de proveer unas vacantes de iguales características a las del cargo denominado defensor de familia, código 2125, grado 17, lo cual fue estudiado y resuelto razonablemente por el Tribunal Administrativo del Tolima en la providencia atacada, decisión que se fundó no solo en la ley y la jurisprudencia, sino en el mérito como postulado constitucional de indispensable aplicación en casos relacionados con el acceso a la carrera administrativa."

2.17. Para los nombramientos de las personas que estamos 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 está 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 como mostraré a continuación, no es un daño menor que el acceso a los empleos públicos de carrera administrativa se vea restringido injustificadamente por las entidades aquí accionadas, pues la constitución me respalda en mis pretensiones, la jurisprudencia y el hecho que aún persisten vacantes, o también empleos ocupados por persona en provisionalidad, el perjuicio irremediable se ocasiona precisamente por el hecho de detener sin ninguna causa legal.

2.18. La Corte Constitucional en fallo muy reciente estableció un importante precedente jurisprudencial en su sentencia T-340 de 2020, fallo proferido el 21 de agosto de 2020, fallo que en su ratio decidendi determino la aplicación de la Ley 1960 de 2019

3. PRETENSIONES

Por lo expuesto, con base en los hechos, con fundamento en las pruebas que se aducen y conforme al derecho, debe entenderse que el Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA no ha dado el tratamiento que corresponde a la vacancias definitivas de empleos de carrera administrativa, o a los empleos que se encuentran en provistos en provisionalidad, o por encargo y que corresponden a un empleo equivalente, misma o similar denominación, mismas o similares funciones, mismo o similar grado, y mismo o similar salario que el de los empleos contenidos en la Lista de Elegibles de la OPEC 56955 de la Convocatoria 436 de 2017 de la CNSC, en la cual aparezco, sobre todo teniendo en cuenta que existen empleos ocupados en provisionalidad o en Encargo que son **equivalentes** al empleo por el cual concursé.

Por todo lo expuesto, respetuosa y comedidamente me permito SOLICITARLE lo siguiente:

1. Se protejan mis derechos fundamentales AL DEBIDO PROCESO (ART 29 C.P.), IGUALDAD (ART. 13 C.P.) Y AL ACCESO AL EMPLEO PUBLICO TRAS CONCURSO DE MERITO (ART 40 NUMERAL 7 Y ART 125 C.P.); PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGITIMA (ART 29 C.P.), A LA DIGNIDAD HUMANA (ART 1 C.P.), vulnerados por la Comisión Nacional del Servicio Civil y el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA

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 2020⁴ y en consecuencia se autorice y use la lista de elegibles conformada mediante RESOLUCIÓN No. 20182120146205 DEL 17/10/2018 con fecha de firmeza 23/09/2019, respecto al cargo de Técnico, grado 01 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, cuando se expidió el acuerdo CNSC 013 del 22 de enero de 2021, otorgándome el derecho a ser nombrado, **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 Técnico, grado 01, 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 nombrado 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.

⁴ Que Modificó el artículo 2.2.5.3.2 del Capítulo 3 del Título 5 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1083 de 2015, Único Reglamentario del Sector de Función Pública

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

6. Adicionalmente, ruego a usted señor juez utilizar su poder oficioso para INAPLICAR por inconstitucional el "criterio unificado de "uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019", emanado de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL el 16 de enero de 2020. Debido a las razones que expondré a continuación en mis argumentos.

4. FUNDAMENTOS DE DERECHO

4.10. La Sentencia muy reciente de la Honorable Corte Constitucional T-340 de 2020 proferida el 21 de agosto de 2020

Hace pocos días la Corte Constitucional estableció una clara línea jurisprudencial en relación con la aplicación de la aplicación en el tiempo de la Ley 1960 de 2019.

En dicha sentencia, la corte estableció una clara interpretación y donde señalaré con rojo lo relacionado para mi caso:

“3.6. Ley 1960 de 2019 y su aplicación en el tiempo

*3.6.1. El 27 de junio de 2019, el Congreso de la República expidió 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". En ella se alteraron figuras como el encargo, se dispuso la profesionalización del servicio público, se reguló la movilidad horizontal en el servicio público y, en particular, respecto de los concursos de méritos, se hicieron dos cambios a la Ley 909 de 2004. El primero de ellos consistió en la creación de los concursos de ascenso, para permitir la movilidad a cargos superiores de funcionarios de carrera dentro de la entidad, así, en la referida ley, se establecieron unas reglas puntuales para la procedencia de estos concursos y se dispuso que la Comisión Nacional del Servicio Civil, en los seis meses siguientes contados a partir de su expedición, debía determinar el procedimiento para que las entidades y organismos reportaran la OPEC, para viabilizar el referido concurso. El segundo cambio consistió en la modificación del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, en el sentido de establecer que, como se mencionó con anterioridad, con las listas de elegibles vigentes se cubrirían no solo las vacantes para las cuales se realizó el concurso, sino también aquellas “vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad”. **Por último, la normativa en comento dispuso que su vigencia se daría a partir de la fecha de publicación. Como se aprecia, el cambio incluido en el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, comporta una variación en las reglas de los concursos de méritos**, particularmente en relación con la utilización de las listas de elegibles. Así, la normativa anterior y la jurisprudencia de esta Corporación sobre el tema, partían de la premisa de que la norma establecía que las listas de elegibles únicamente podrían usarse para los cargos convocados y no otros, a pesar de que con posterioridad a la convocatoria se generaran nuevas vacantes definitivas. Con ocasión de la referida modificación, esta Sala deberá definir la aplicación en el tiempo de dicha norma, comoquiera que, su uso, en el caso concreto, prima facie, proveería un resultado distinto de aquel que podía darse antes de su expedición, no solo debido al cambio normativo, sino también a la consecuente inaplicabilidad del precedente señalado de la Corte respecto del uso de la lista de elegibles, ya que la normativa en la cual se insertaron esos pronunciamientos varió sustancialmente.*

3.6.2. Previo a realizar este análisis, es preciso recordar que en otras ocasiones el legislador ha establecido, para casos concretos, que las listas de elegibles deben ser usadas para proveer los cargos convocados, así como aquellas vacantes de grado igual, correspondientes a la misma denominación. Este es el caso de la Ley 201 de 1995 47, que, para el caso de la Defensoría del Pueblo, estableció la aplicabilidad de dicha regla. Esta ley fue demandada en ejercicio de la acción pública de constitucionalidad y en la Sentencia C-319 de 2010 48 se decidió su exequibilidad⁴⁹. Uno de los argumentos que explican la validez de la referida norma es que con ella se logran los principios de la función pública, particularmente los de economía, eficiencia y eficacia, en tanto permite hacer más eficiente el uso del talento humano y de los

recursos públicos, ambos escasos para el caso de la Defensoría del Pueblo. *Es innegable que la obligación de uso de listas de elegibles vigentes para proveer cargos de igual denominación pero no convocados, en el contexto expuesto, busca garantizar el mérito como criterio exclusivo de acceso a cargos públicos, ya que únicamente se podrá nombrar en las vacantes a las personas que hayan superado todas las etapas de la convocatoria y, además, sean los siguientes en orden de la lista, después de haberse nombrado a las personas que ocuparon los primeros lugares para proveer los cargos ofertados. Adicionalmente, ello permite un uso eficiente de los recursos públicos y del recurso humano, con lo cual se garantiza la plena vigencia los principios que rigen la función administrativa.*

3.6.3. Ahora bien, en lo que respecta a la aplicación del artículo 6 la Ley 1960 de 2019 a las listas de elegibles conformadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil y a aquellas que se expidan dentro de los procesos de selección aprobados antes del 27 de junio de 2019, sea lo primero advertir que, por regla general, esta disposición surte efectos sobre situaciones que acontecen con posterioridad a su vigencia. Sin embargo, el ordenamiento jurídico reconoce circunstancias que, por vía de excepción, pueden variar esta regla general dando lugar a una aplicación retroactiva, ultractiva o retrospectiva de la norma, por lo que se deberá definir si hay lugar a la aplicación de alguno de dichos fenómenos, respecto de la mencionada ley. El primero de estos fenómenos, esto es, la **retroactividad**, se configura cuando la norma expresamente permite su aplicación a situaciones de hecho ya consolidadas. Por regla general está prohibido que una ley regule situaciones jurídicas del pasado que ya se han definido o consolidado, en respeto de los principios de seguridad jurídica y buena fe⁵⁰, así como del derecho de propiedad. Por otro lado, el fenómeno de la **ultractividad** consiste en que una norma sigue produciendo efectos jurídicos después de su derogatoria, es decir “se emplea la regla anterior para la protección de derechos adquiridos y expectativas legítimas de quienes desempeñaron ciertas conductas durante la vigencia de la norma derogada, no obstante existir una nueva que debería regir las situaciones que se configuren durante su período de eficacia por el principio de aplicación inmediata anteriormente expuesto” . Ninguno de los anteriores efectos de la ley en el tiempo se aplica en el caso subjudice. El último fenómeno, que por sus características es el que podría ser utilizado en el caso concreto, es el de la retrospectividad, que ocurre cuando se aplica una norma a una situación de hecho que ocurrió con anterioridad a su entrada en vigencia, pero que nunca consolidó la situación jurídica que de ella se deriva, “**pues sus efectos siguieron vigentes o no encontraron mecanismo alguno que permita su resolución en forma definitiva**”⁵². Este fenómeno se presenta cuando la norma regula situaciones jurídicas que están en curso al momento de su entrada en vigencia. Para el caso de la modificación introducida al artículo 31 de la Ley 909 de 2004 por la Ley 1960 de 2019, se tiene que la situación de hecho respecto de la cual cabe hacer el análisis para determinar si hay o no una situación jurídica consolidada es la inclusión en la lista de elegibles. De esta forma, deberá diferenciarse, por un lado, la situación de quienes ocuparon los lugares equivalentes al número de vacantes convocadas y que, en virtud de ello tienen derecho a ser nombrados en los cargos convocados y, por el otro, la situación de aquellas personas que, estando en la lista de elegibles, su lugar en ellas excedía el número de plazas convocadas. Como fue planteado en el capítulo anterior, la consolidación del derecho de quienes conforman una lista de elegibles “se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer”⁵³. Así las cosas, las personas que ocuparon los lugares equivalentes al número de vacantes convocadas tienen un derecho subjetivo y adquirido a ser nombrados en período de

prueba en el cargo para el cual concursaron, de suerte que respecto de ellos existe una situación jurídica consolidada que impide la aplicación de una nueva ley que afecte o altere dicha condición. Sin embargo, no ocurre lo mismo respecto de quienes ocuparon un lugar en la lista que excedía el número de vacantes a proveer, por cuanto estos aspirantes únicamente tienen una expectativa de ser nombrados, cuando quiera que, quienes los antecedan en la lista, se encuentren en alguna de las causales de retiro contenidas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004 ⁵⁴. **Para la Sala, el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la Ley 1960 de 2019, regula la situación jurídica no consolidada de las personas que ocupaban un lugar en una lista de elegibles vigente que excedía el número de vacantes ofertadas, por lo que las entidades u organismos que llevaron a cabo los concursos deberán hacer uso de estas, en estricto orden de méritos, para cubrir las vacantes definitivas en los términos expuestos en la referida ley.** Lo anterior no implica que automáticamente se cree el derecho de quienes hacen parte de una lista de elegibles a ser nombrados, pues el ICBF y la CNSC deberán verificar, entre otras, que se den los supuestos que permiten el uso de una determinada lista de elegibles, esto es, el número de vacantes a proveer y el lugar ocupado en ella, además de que la entidad nominadora deberá adelantar los trámites administrativos, presupuestales y financieros a que haya lugar para su uso. Por último, se aclara que en este caso no se está haciendo una aplicación retroactiva de la norma respecto de los potenciales aspirantes que podrían presentarse a los concursos públicos de méritos para acceder a los cargos que ahora serán provistos con las listas de elegibles vigentes en aplicación de la nueva ley. En efecto, tanto la situación de quienes tienen derechos adquiridos como de quienes aún no han consolidado derecho alguno, están reservadas para las personas que conformaron las listas de elegibles vigentes al momento de expedición de la ley, de manera que el resto de la sociedad está sujeta a los cambios que pueda introducir la ley en cualquier tiempo, por cuanto, en esas personas indeterminadas no existe una situación jurídica consolidada ni en curso.

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

En síntesis la Corte Constitucional establece en su ratio decidendi que la Ley 1960 de 2019 aplica *"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"*, y explica la sentencia de una forma clara y precisa ***"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"***.

Teniendo claro que la aplicación de la Ley 1960 de 2019 en el tiempo, solicito a su señoría tomar las medidas para que, en mi caso concreto, se dé aplicación a lo establecido en el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, que es:

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.**

Y sabemos muy bien como lo prueba la relación de cargos de este escrito de acción de tutela que hay mismos empleos como lo define la CNSC y también cargos equivalentes o “empleos equivalentes” como lo define la Ley 1083 de 2015. La sentencia de la Corte Constitucional T-340 de 2020 es una prueba más para solicitar la inaplicación por inconstitucional del Criterio Unificado expedido por la CNSC el 16 de enero de 2020, pues ahora no solo contradice La Ley 1960 de 2019, sino que además contradice una Sentencia de la Corte Constitucional, precedente jurisprudencial diáfano y vinculante para el caso en concreto.

4.11. Sobre la procedibilidad de la presente acción de tutela

Como aspectos preliminares sobre la procedibilidad de la presente acción de tutela, me permito presentar lo siguiente:

Por favor revisar el **Anexo B – Sobre la procedibilidad de la presente acción de tutela**

Sentencia T-340 de 21 de agosto de 2020

(Destacaré con color lo más relevante para el caso en concreto)

“Ahora bien, desde una perspectiva general, la Corte ha sostenido que, pese a la existencia de las vías de reclamación en lo contencioso administrativo, existen dos hipótesis que permiten la procedencia excepcional de la acción de tutela. La primera, se presenta cuando existe el riesgo de ocurrencia de un perjuicio irremediable, causal que tiene plena legitimación a partir del contenido mismo¹⁵ del artículo 86 del Texto Superior y, por virtud de la cual, se le ha reconocido su carácter de mecanismo subsidiario de defensa judicial. Y, la segunda, cuando el medio existente no brinda los elementos pertinentes de idoneidad y eficacia para resolver la controversia, a partir de la naturaleza de la disputa, de los hechos del caso y de su impacto respecto de derechos o garantías constitucionales.

(...) Continua la sentencia T-340 ... “En el marco específico de las medidas cautelares, la Corte también ha dicho que el juez de tutela tiene la facultad de proteger los derechos fundamentales como objetivo prioritario de acción, y ello lo hace de forma inmediata y con medidas más amplias²²; y, además, precisó que, aunque se debe revisar dicha herramienta al hacer el estudio de subsidiariedad, lo cierto es que existen importantes diferencias entre la medida cautelar y la acción de tutela, las cuales pueden resumirse así: *“(i) es necesario seguir y ajustarse al procedimiento descrito en la norma y acudir mediante abogado debidamente acreditado, situación que no ocurre con la acción de tutela, como quiera que este es un instrumento que puede ser usado de manera personal por el titular de los derechos vulnerados, sin necesidad de seguir una forma preestablecida, (ii) por regla general, para que una medida cautelar sea decretada, es imperativo prestar caución para asegurar los posibles perjuicios que con ésta se puedan causar²³ y, (iii) la suspensión de los actos que causen la vulneración de los derechos no es de carácter definitivo, puesto que estas*

herramientas son transitorias y, en esa medida, la orden final está sometida a las características propias de cada juicio, en contraposición con la protección que brinda el amparo constitucional, que en principio, es inmediato y definitivo.”²⁴

En este orden de ideas, se concluye que la acción de tutela es procedente por vía de excepción para cuestionar actos administrativos dictados en desarrollo de un concurso de méritos, y que, más allá de la causal del perjuicio irremediable, cabe examinar la eficacia en concreto del medio existente y de la viabilidad sumaria de las medidas cautelares, teniendo en cuenta, como ya se dijo, la naturaleza de la disputa, los hechos del caso y su impacto respecto de derechos, principios o garantías constitucionales, siendo, prevalente, en este escenario, la protección del mérito como principio fundante del Estado colombiano y del actual modelo democrático, como lo señaló expresamente Sentencia T-059 de 2019²⁵.”

Frente a esta explicación tan clara entregada por la H. Corte constitucional solo agregaré que, lo explicado en la sentencia T-340 se asimila perfectamente a mi caso en concreto, pues someterme a una acción legal diferente de la tutela, es permitir que se sigan vulnerando mis derechos fundamentales ya reclamados aquí, derechos que evidentemente han sido vulnerados para mí y para muchas otras personas dentro de las convocatorias cuyos acuerdos fueron firmados antes del 27 de junio de 2019, por la ya bien conocida posición tomada por la CNSC con sus controvertidos criterios unificados del 1 de agosto de 2019 y 16 de enero de 2020, Criterios que claramente contradicen la jurisprudencia establecida con la sentencia T-340 de 21 de agosto de 2020, no es una daño menor que las entidades accionadas con diferentes excusas sin fundamento jurídico y/o fáctico me nieguen el acceso a un cargo en carrera administrativa por mérito, más teniendo en cuenta que hay vacantes, y que el día de hoy ocupo el primer de elegibilidad en mi área en toda Colombia.

Mismo empleo es diferente de **Empleo Equivalente**

4.12. Violación al derecho a la dignidad humana. C.P Art. 1. Colombia es un Estado Social de derecho.

Es de anotar que las entidades accionadas SENA y la CNSC no me han dado un trato justo equitativo e igualitario al negarse a proveer un cargo de los NO CONVOCADOS, siendo de la misma convocatoria 436 de 2017 y además, habiendo aplicado las mismas pruebas rigurosas para la selección de los concursantes a nivel nacional, en el área temática de mi OPEC. Se niegan a una elaboración y uso del Banco Nacional de Listas de Elegibles para acceder a cargos en periodo de prueba, que me permita ingresos laborales estables para una vida digna, va en contra de la Dignidad Humana por lo que pido se me proteja este derecho.

5. EL DERECHO DE LOS PROVISIONALES FRENTE A LOS QUE SE ENCUENTRAN EN LISTAS DE ELEGIBLES EN CUANTO A LOS EMPLEOS PÚBLICOS

Comenzaré realizando la siguiente pregunta: **¿Quiénes tienen derecho a ocupar los cargos públicos frente a la constitución?**

Para contestar esta pregunta, me remitiré al “Concepto Marco N.º 9 DESVINCULACIÓN DE PROVISIONALES EN SITUACIONES ESPECIALES PARA PROVEER EL CARGO CON QUIEN GANÓ LA

PLAZA MEDIANTE CONCURSO DE MÉRITOS”, emitido y publicado por el Departamento Administrativo de la Función Pública el 29 de agosto de 2018⁵:

(...)

"1. *Los concursos de méritos y sus efectos*

El artículo 125 de la Constitución Política de Colombia, consagra:

"ARTICULO 125. 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."

De conformidad con lo anterior, la provisión definitiva de los empleos públicos de carrera debe hacerse mediante el sistema de mérito. Este se considera un óptimo instrumento para la provisión de cargos públicos basado en criterios meritocráticos y constituye uno de los ejes definitorios de la Constitución Política de 1991, es especial por su relación estrecha con el principio de acceso al desempeño de cargos públicos, la igualdad, la estabilidad y demás garantías contempladas en el artículo 53 de la Constitución."

(...)

De lo anterior se deduce que la constitución política de 1991, privilegia el **sistema de mérito**, el concepto también hace referencia a lo siguiente:

(...)

"De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.2.5.3.4. del Decreto 1083 de 2015, y el criterio expuesto por la Corte Constitucional, la terminación del nombramiento provisional o el de su prórroga, procede por acto motivado, y sólo es admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación

⁵ <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=88299>

insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el empleado concreto.

En conclusión, los servidores públicos que ocupan en provisionalidad un cargo de carrera gozan de una estabilidad laboral relativa, lo que implica que únicamente pueden ser removidos por causas legales que obran como razones objetivas que deben expresarse claramente en el acto de desvinculación, dentro de las que se encuentra la provisión del cargo que ocupaban, con una persona de la lista de elegibles conformada previo concurso de méritos⁶. En esta hipótesis, la estabilidad laboral relativa de las personas vinculadas en provisionalidad cede frente al mejor derecho de quienes superaron el respectivo concurso.

En ese sentido, la situación de quienes ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa, encuentra protección constitucional, en la medida en que, en igualdad de condiciones pueden participar en los concursos y gozan de estabilidad laboral, condicionada al lapso de duración del proceso de selección y hasta tanto sean reemplazados por quien se haya hecho acreedor a ocupar el cargo en virtud de sus méritos evaluados previamente⁷. "(El énfasis por fuera del texto original)

(...) Con el análisis del texto se hace muy claro que los empleos en provisionalidad pueden participar también en los concursos y gozan de estabilidad laboral, estabilidad que está condicionada al lapso de duración del proceso de selección y hasta cuando sean reemplazados por quien se haya hecho acreedor a ocupar el cargo público en un concurso de méritos.

Retomo el siguiente párrafo de la sentencia C-588 de 2009:

*"De conformidad con la interpretación realizada por la Corte Constitucional, la carrera administrativa se fundamenta única y exclusivamente en el mérito y la capacidad del funcionario público, mérito que, en tanto elemento destacado de la carrera administrativa, comparte el carácter de regla general que a ésta le corresponde, **siendo en consecuencia el mérito el factor definitorio para el acceso**, permanencia y retiro del empleo público y, en esa medida, el artículo 125 superior establece el criterio del mérito como regla general. Estrechamente vinculado al mérito se encuentra el concurso público, que el Constituyente previó como mecanismo para establecer el mérito y evitar que criterios diferentes a él sean los factores determinantes del ingreso, la permanencia y el ascenso en carrera administrativa, constituyéndose el concurso en un instrumento que garantiza la selección fundada en la evaluación y la determinación de la capacidad e idoneidad del aspirante para desempeñar las funciones y asumir las responsabilidades propias de un cargo, e impedir que prevalezca la arbitrariedad del nominador y que, en lugar del mérito, favorezca criterios subjetivos e irrazonables. **La jurisprudencia constitucional, también ha manifestado que se quebranta la igualdad cuando se permite el acceso automático a la carrera administrativa, esto es, cuando a determinadas personas se les autoriza el ingreso a la carrera sin necesidad de pasar por un proceso orientado a valorar sus capacidades o méritos y con fundamento en la sola***

⁶ Al respecto, pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-1011 de 2003, T-951 de 2004, T-031 de 2005, T-267 de 2005, T-1059 de 2005, T-1117 de 2005, T-245 de 2007, T-887 de 2007, T-010 de 2008, T-437 de 2008, T-087 de 2009, T-269 de 2009, SU-9717 de 2010 y SU-446 de 2011.

⁷ Sentencias C-064 de 2007, T-951 de 2004 y C-588 de 2009.

circunstancia de haber desempeñado en provisionalidad el cargo de carrera, y se quebranta por cuanto no tienen adquirido un derecho de ingreso a la carrera, ni siquiera por el simple hecho de haber ejercido el cargo por un periodo largo de tiempo.” (El énfasis por fuera del texto original

Adicional a esto, seguir con el nombramiento de los empleos provisionales, va en contra de lo estipulado en el plan nacional de desarrollo 2018-2020, “ARTÍCULO 149°. REDUCCIÓN DE LA PROVISIONALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO. Las entidades coordinarán con la Comisión Nacional del Servicio Civil la realización de los procesos de selección para el ingreso a los cargos de carrera administrativa y su financiación; definidas las fechas del concurso las entidades asignarán los recursos presupuestales que le corresponden para la financiación, si el valor del recaudo es insuficiente para atender los costos que genere el proceso de selección, de acuerdo con lo señalado en el artículo 9 de la Ley 1033 de 2006.” Quiero decir con otras palabras, tenemos la oportunidad de cumplir con lo establecido en el artículo 125 de la constitución, por lo cual esperamos que de las instituciones del estado sigan ese camino, pero ¿Cómo reducir la provisionalidad en el empleo cuando el SENA y la CNSC no toman las medidas necesarias con las herramientas que les da la propia ley el día de hoy?

6. LA NO APLICACIÓN DE LOS ARTICULOS 6 Y 7 DE LA LEY 1960 DE 2019 – Revisar el Anexo A

Antes quiero resaltar que me están vulnerando derechos fundamentales, ya reclamados en esta acción, y una parte de la vulneración de estos derechos se debe a la equivocada interpretación de la Ley 1960 de 2019, que fue explicada por la Sentencia T-340 de 21 de agosto de 2020, la Ley 1960 de 2019 es de aplicación retrospectiva, y aplica precisamente para la **Convocatoria 436 SENA DE 2017**

Para convocatorias anteriores a la firma expedición de la ley, afirmación reiterativa de la CNSC, aplicación de la ley más favorable frente a la ultraactividad aplicada por la CNSC en el segundo criterio inconstitucional

Referente a este punto debo hacer notar que la comisión Nacional del Servicio Civil, con sus criterios Unificados 1 y 2 no se ciñen a la Ley 1960 de 2019 ni tampoco a la sentencia de la H. Corte Constitucional T-340, podemos sintetizar que no se ciñen a la Ley 1960 de 2019 debido básicamente a dos razones:

1. Separa el contenido de lo establecido en el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, en dos conceptos: El del "mismo empleo" y el de "cargos equivalentes" y solo toma el concepto de "mismo empleo" excluyendo la parte de "cargos equivalentes" y no dándoles aplicación, es decir viola el principio de **inescindibilidad** de la Ley e igualmente el de **legalidad**.
2. El criterio expone que solo aplicará para convocatorias que se firmen con posterioridad al 27 de junio de 2019, fecha de expedición de la Ley 1960 de 2019, para nuestro caso la convocatoria SENA 436 de 2017 no aplica *según el criterio* dicha Ley 1960 de 2019, esto contradice abiertamente la sentencia de la Honorable Corte Constitucional T-340 de 21 de agosto de 2020.

Explico el error de la CNSC en su Criterio Unificado en el **Anexo A** de esta acción de tutela en su parte final

7. PRINCIPIO DE INESCINDIBILIDAD DE LA LEY, Y CONFUSIÓN TRANSMITIDA EN EL COMUNICADO -CNSC- DEL 16 DE ENERO, ACUERDO 165 DEL 12 DE MARZO DE LA CNSC EVADIRÁ EL CUMPLIMIENTO DE LA LOS ARTICULOS 6 Y 7 DE LA LEY 1960 DE 2019

Analizado el fenómeno de la retrospectividad y el principio de favorabilidad aplicables en el caso en concreto, analizaré ahora otro aspecto del criterio del día 16 de enero de 2020 la Comisión Nacional del Servicio Civil, donde se afirma en uno de sus apartes:

“De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de 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 las 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 identifica el empleo con un número de OPEC”

Observamos que la CNSC al hacer referencia a la fecha de expedición de la Ley 1960 de 2019 (27 junio de 2019) hace una asociación entre la ley 1960 y el comunicado del 16 de enero de 2020, dándonos a entender que en la Ley 1960 de 2019 se afirma:

*“los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera-OPEC- de la respectiva convocatoria y para las **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 identifica el empleo con un número de OPEC” (negrita fuera de texto)*

Pero en ningún momento la ley 1960 de 2019 afirma lo del anterior párrafo, lo que verdaderamente se afirma en la ley 1960 es:

*“4. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional de/ 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 fuera de texto)*

Retomaré algunas definiciones del **Diccionario del español jurídico**:

Cargo Gra. Oficio que ejerce un órgano del que es titular una persona en una determinada organización⁸.

Empleo 1. Lab. Puesto de trabajo⁹

⁸ <https://dej.rae.es/lema/cargo>

⁹ <https://dej.rae.es/lema/empleo>

En el ámbito laboral normalmente empleo y cargo se toman como sinónimos¹⁰.

De tal forma que cuando la Ley 1960 afirma **cargos equivalentes**, podemos tomar el concepto como **empleos equivalentes**, y este concepto está muy claramente definido en el Decreto 1083 del 26 de mayo de 2015 se establece: “**Artículo 2.2.11.2.3. Empleos equivalentes.** Se entiende que un cargo es equivalente a otro cuando tienen asignadas funciones iguales o similares, para su desempeño se exijan requisitos de estudio, experiencia y competencias iguales o similares y tenga una asignación básica mensual igual o superior, sin que en ningún caso la diferencia salarial supere los dos grados siguientes de la respectiva escala salarial cuando se trata de empleos que se rijan por la misma nomenclatura, o en el 10% de la asignación salarial cuando a los empleos se les aplique nomenclatura diferente.”

Si la interpretación mencionada en el concepto CNSC del 16 de enero de 2020 se refiere solo a los “**mismos empleos**” en realidad lo que está es **escindiendo** lo dispuesto en la ley 1960 de 2019 al tomar solo la parte referente a las **vacantes para las cuales se efectuó el concurso** y las vacantes definitivas de **cargos equivalentes** no convocados.

Es decir, el comunicado del 16 de enero de 2020 de la **CNSC**, crea confusión en el lector al asociar la fecha del 27 de junio de 2019, (en la que salió a la luz la ley 1960) con el concepto “**mismos empleos**” concepto que es **de facto** similar a “**vacantes para las cuales se efectuó el concurso**” según el mencionado comunicado CNSC, pero completamente diferente al concepto “**cargos equivalentes**” mencionado en la Ley 1960 de 2019 de donde todos los ciudadanos debemos partir en este tema aquí tratado.

¹⁰ <https://www.xn--sinnimo-n0a.es/busqueda.html?Search%5Bsection%5D=&Search%5Bsection%5D=S&Search%5Bword%5D=cargo&Search%5Bcontained%5D=0>

Y si lo que pretendía hacer la CNSC con su comunicado del 16 de enero de 2020 era equiparar “**mismos empleos**” del comunicado de esa fecha con “**empleos equivalentes**” de la ley 1083 de 2015, estaría cometiendo un grave error.

Además, la CNSC ha seguido emitiendo comunicados con diferentes nombres donde claramente expresa que no va aplicar la Ley 1960 de 2019 para convocatorias cuyos acuerdos se hayan firmado con anterioridad a la fecha de promulgación de dicha ley. Como muestra de ello es el ACUERDO N.º 0165 DE 2020, situación que se evidencia en el último párrafo donde se informa lo siguiente: “PARAGRAFO: Para los procesos de selección aprobados con anterioridad a la expedición de este Acuerdo, se aplicaran las disposiciones contenidas en la normatividad vigente al momento de su aprobación.”

Y con este último párrafo de dicho acuerdo evade una parte de la aplicación de la Sentencia del TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA en contra de la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, E INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR ICBF, en sentencia de segunda Instancia, con número de radicación 76 0001 33 33 021 2019 00234 01, donde se declaró inconstitucional el Criterio 1 (del 1 de agosto de 2019) relacionado con el artículo 6 de la ley 1960 de 2019 donde dentro de sus consideraciones manifestó:

“7.4. Tesis de la Sala Mixta de Decisión La Sala considera que las demandadas vulneran los derechos de la actora y de todos los integrantes de la lista de elegibles al no aplicar el artículo 6º e ley 1960 de 2019 so pretexto del “Criterio Unificado sobre las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019” reglamento que excede la norma de mayor jerarquía desarrollada, al condicionar las listas de elegibles vigentes a la fecha de la

convocatoria del concurso, limitante que no establece la ley y que desconoce principios constitucionales como el del mérito para acceder a cargos públicos; en consecuencia, la sentencia será revocada en su lugar para en su lugar, tutelar los derechos fundamentales de la accionante, con efectos intercomunis, respecto de quienes hacen parte de la lista de elegibles de conformidad con lo establecido T-946 de 2011”

Lo que hace entonces la CNSC es no aplicar de Facto el artículo 6 de la ley 1960 debido a que los fallos de tribunales que han inaplicado el criterio solo han tenido efectos inter partes para los ciudadanos de la lista de elegibles del caso decidido en ese momento, pero se hace evidente con esto que la ley debe aplicarse a todas las personas por el principio de igualdad que es el que finalmente pedimos se aplique todos los que figuramos en las listas de elegibles.

Sin embargo, y como ya se mencionó, no puede seguir presumiendo la CNSC del Criterio Unificado del 16 de enero de 2020 cuando el Tribunal de Pamplona lo declaró inconstitucional, ¿o estará esperando la CNSC que las tutelas lleguen a la H. Corte Constitucional para poder corregir el camino?

PRUEBAS Y ANEXOS

Para dar sustento a lo anterior, Solicito al señor Juez que ordene al SENA presente las siguientes pruebas:

- 7.10.** Un listado con todas los empleos, actualizado con fecha de corte al 22 de noviembre o una fecha anterior muy cercana, de los empleos Técnico, grado 01 y/o empleos equivalentes o empleos 1 grado superior cuyo Estado de Provisión sea en provisionalidad, en encargos y vacantes de los empleos y que incluya los siguientes campos: "Cargo", "Código", "Grado", "Regional", "Municipio", "Dependencia", "Perfil OPEC Rol", " Estado Provisión", "Reten Social", "Empleo Equivalente" , en el campo "empleo equivalente" que escriban verdadero o falso, dependiendo si el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA considera que el empleo en mención es equivalente al de esta tutela, esta prueba es importante para obtener información actualizada.

7.11. Se le informe al Despacho **la actual** situación jurídica de los empleos para Técnico, grado 01 declaradas desiertas, es decir, si a la fecha, están provistos por algún funcionario y bajo que modalidad esta provista cada cargo (carrera, encargo, provisionalidad, temporal, no provista u otros), y su respectiva ubicación geográfica.

7.12. En digital se aportan los siguientes documentos (para el oportuno traslado y valoración del Juez Constitucional)

- a. Copia del Acuerdo de la Convocatoria 436 de 2017
- b. Ley 1960 del 27 de junio de 2019 que modifica la ley 909 de 2004.
- c. Criterio Unificado "USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DE 27 DE JUNIO DE 2019", fechado 16 de enero del año 2020 por del presidente de la CNSC, doctor Fridole Ballen Duque.
- d. Decreto N° 498 del 30 de marzo del año 2020., por medio del cual el Departamento Administrativo de la Función Pública, modifica y adiciona el Decreto 1083 de 2015, Único Reglamentario del Sector de la Función Pública.
- e. Copia de los derechos de petición y sus respuestas
- f. Relación y copias digitales de los siguientes fallos de Tutela que su señoría puede solicitar con la rama judicial, y que siendo análogos a los de esta acción constitucional también favorecen la aplicación de los artículos 6 y 7 de la Ley 1960 de 2019
- g. Lista de elegibles

8. NOTIFICACIONES

