

REPUBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO VEINTIUNO ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ  
SECCIÓN SEGUNDA

EXPEDIENTE 11001 33 35 021 2023 00448 00

Bogotá, D.C, catorce (14) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

Se procede a proferir **SENTENCIA** dentro de la **ACCIÓN DE TUTELA** interpuesta en nombre propio por la señora **ORIANA VANESSA FIGUEROA**, en contra de la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC**, de la **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA**, y en contra de la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales.

**ANTECEDENTES.**

**1. Hechos:**

**1.1.** Señala el libelista que la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC mediante acuerdo No. 20171000000116 del 24 de julio de 2017 convocó a proceso de selección (Convocatoria 436 de 2017) para proveer definitivamente por concurso abierto de méritos, los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA.

**1.2.** Vencidas las etapas del concurso, la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC expidió la lista de elegibles No. 20182120150945 del 17 de octubre de 2018, con firmeza a partir del 14 de febrero de 2020, para proveer dos (02) vacantes de la OPEC No 61988, con la denominación PROFESIONAL, GRADO 2, y en donde la accionante ocupó el puesto número 3 con 66.89 puntos definitivos.

**1.3.** Dicha lista de elegibles venció en febrero de 2022, sin que se haya utilizado la lista por equivalencias, cargos que existían antes de vencerse la lista de elegibles y que no fueron ofertados ni por la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC ni por el Servicio Nacional de Aprendizaje- SENA

**1.4.** Bajo el principio de buena fe una vez agotadas las etapas del concurso y encontrándose en la lista de elegibles, las entidades debieron haber proveído los cargos vacantes equivalentes, y que en el caso de la demandante actualmente se encuentra en lista de elegibles para el cargo denominado Profesional Grado 2, lo que da derecho a que sea nombrada en un cargo similar o equivalente.

**1.5.** Las entidades demandadas no realizaron el ofrecimiento de las vacantes ni efectuaron nombramientos en periodo de prueba, omitiendo la ampliación de los dispuesto en la Ley 909 de 2004 y 1960 de 2019.

**1.6.** El 17 de junio de 2020 el Servicio Nacional de Aprendizaje- SENA reportó 170 vacantes nuevas de las denominaciones profesional, instructor, técnico, secretario y auxiliar administrativo, pero según la entidad dichas vacantes no cuentan con lista de elegibles, desconociendo las equivalencias dispuestas en la ley.

**1.7.** El 06 de junio de 2023 el Servicio Nacional de Aprendizaje- SENA volvió a reportar vacantes definitivas en la Denominación de Profesional Grado 2 en todo el territorio nacional, sin que dichos cargos hayan sido reportados para ser provistos por el Banco de lista de elegibles, es decir que, si los cargos existían antes de vencerse la lista, era deber legal del SENA realizar los nombramientos respecto de aquel banco de lista de elegibles y no a potestad de la entidad.

**1.8.** El 20 de septiembre de 2020 la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC cambió el criterio unificado donde después de que la entidad analizó el uso de lista de elegibles, aprobó su USO con empleos equivalentes, sin embargo, en el caso de la demandante el SENA Y la CNSC, ofertan solamente frente al mismo empleo.

**1.9.** La accionante junto con otras personas han presentado sendas acciones de tutela solicitando el uso dl banco de lista de elegibles y en fallo de 05 de marzo de 2021 el Juzgado 12 Administrativo de Bogotá ordenó en el proceso

11001 334204920210004200 exhortar a la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC para acatar el fallo de tutela T-340 de 2020 frente a la aplicación retrospectiva de la Ley 1960 de 2019.

**1.10.** Solo hasta el 14 de enero de 2022, la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC emitió comunicado autorizando el uso de lista de elegibles conformadas para la provisión de los empleos ofertados en el marco de la Convocatoria Nro. 436 de 2017, y para la provisión de nuevas vacantes en cumplimiento de Órdenes Judiciales, por lo que el SENA solo hasta el año 2022 comenzó a nombrar los elegibles.

**1.11.** Las autorizaciones de las listas de legibles expedidas por la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC el 14 y 21 de enero de 2022, tiene efectos jurídicos de carácter particular y concreto, pero dicha entidad no notificó a los participantes de dichas decisiones, vulnerando de esta manera el derecho al debido proceso administrativo.

**1.12.** La accionante radicó derecho de petición solicitando información respecto a las autorizaciones de nombramiento ya que ni la CNSC ni el SENA daban información, además que no se supo realmente cual fue el procedimiento para autorizar el Nombramiento de los 190 elegibles, ya que muchos concursantes tenían menos puntajes que otros, además que la CNSC nunca expidió una nueva lista de elegibles general o recompuesta.

**1.13.** Por medio del Oficio No. 2022RE204228 de 21 de diciembre de 2022 la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, adujo cual había sido el criterio para realizar las autorizaciones y posteriores nombramientos, esto es por el mismo empleo y no por equivalencia, lo que generó la falta de nombramiento en estricto orden de mérito, nombrando a personas con menor puntaje que otras.

**1.14.** El Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA en comunicado de 26 de mayo de 2023 explicó que se habían nombrado 100 personas de las 190 que autorizó la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC y que 24 han sido abstenciones de nombramiento, es decir que quedan 90 cargos que no han sido provistos.

**1.15.** Por otra parte, a pesar que en el fallo de tutela de 05 de marzo de 2021 proferido por el Juzgado 12 Administrativo de Bogotá en el proceso 11001

334204920210004200, también ordenó a la Procuraduría General de la Nacional que investigara a los presuntos responsables de la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, por no dar aplicación retrospectiva de la Ley 1960 del 2019, sin que cumpliera la orden respectiva, lo que solo vino a ser posible en agosto de 2023, cuando se dio cumplimiento a la misma.

## **2. PRETENSIONES DE LA ACCIÓN DE TUTELA:**

**2.1.-** Tutelar los derechos fundamentales a la dignidad humana, garantía y efectividad de la protección de los derechos por parte del estado, igualdad, el derecho al deber de cumplimiento de las providencias judiciales como componente del derecho fundamental al acceso a la administración de justicia, trabajo, debido proceso administrativo, acceso a cargos y funciones públicas vía mérito, así como a los principios de confianza legítima, buena fe y seguridad jurídica y el principio de inescindibilidad de la norma respecto a la ley 1960 de 2019.

**2.2.** Que se ordene al Servicio nacional de Aprendizaje -SENA que en el pazo de 48 horas verifique la planta global de los empleos que cumplen con las características de equivalencia con el empleo identificado con el código OPEC No. 61988 denominado PROFESIONAL GRADO 2 al que concursó la demandante o los cargos que hayan sido declarados en vacancia definitiva por cualquier motivo.

**2.3.** Ordenar al Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA que solicite a la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC la autorización de la lista de elegibles para proveer dichos cargos.

**2.4.** Ordenar a la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC dentro de las 48 horas siguientes proveer con listas de elegibles los empleos equivalentes a la OPEC 61988 con la denominación PROFESIONAL GRADO 2, que hayan sido declarados en vacancia definitiva en virtud de alguna de las causales de retiro del servicio referentes a la planta global del Servicio nacional de Aprendizaje -SENA.

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

**2.6.** Que el estudio de equivalencias que se le realice a la accionante deberá llevarse a cabo atendiendo los cinco (5) pasos establecidos por la Comisión Nacional de Servicio Civil mediante el referido criterio unificado “uso de listas de elegibles para empleos equivalentes” con fecha de sesión de 22 de septiembre de 2020.

**2.7.** La Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC deberá elaborar la lista de elegibles dentro de los cinco (5) días siguientes al vencimiento para optar; una vez notificado y en firme dicho acto, lo remitirá dentro de los tres (3) días siguientes al Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA quien deberá nombrar a la accionante ORIANA VANESSA FIGUEROA, dentro de los cinco (5) días siguientes al recibo de las listas.

**2.8.** Ordenar a la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN dar cumplimiento al fallo y proceda a investigar a los presuntos responsables de la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, por no dar aplicación retrospectiva de la Ley 1960 del 2019.

**2.9.** Ordenar a la Procuraduría General de la Nación realizar los respectivos nombramientos en periodo de prueba en todos los cargos no ofertados y declarados desiertos, teniendo en cuenta que si los cargos existían antes de vencer las listas de elegibles, era un deber legal hacer uso de listas de elegibles y hacer los respectivos nombramientos.

**2.10.** Ordenar a la Procuraduría General de la Nación que mediante un comité especializado con funcionarios de la misma Procuraduría General de La Nación, verificar toda la planta general del SENA, respecto a todos los cargos que se encuentren con nombramiento provisional, en encargo y en vacancia definitiva e indagar porque no se dio cumplimiento a la Ley 1960 de 2019.

**2.11.** Ordenar a la Procuraduría General de la Nación realizar una investigación por posibles casos de corrupción al no hacer uso de lista de elegibles con cargos no ofertados en todas las entidades que tienen o han tenido procesos de selección con la CNSC.

**2.12.** Ordenar a la Procuraduría General de la Nación suspender nuevo Concurso en el SENA, hasta tanto no se investiguen todas las irregularidades que se dieron en la convocatoria 436 de 2017 por posibles actos de corrupción

en el concurso, y revisar si con estos nuevos cargos ofertados se podía hacer uso de lista de ilegibles de la Convocatoria 436 de 2017 y que se haga investigación a las entidades demandas por la omisión del cumplimiento de todos los fallos de tutela.

**2.13.** Ordenar a la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC que toda autorización de uso de lista de elegible para proveer cargos declarados desiertos o cargos no ofertados en aplicación a la ley 1960 de 2019 es un acto administrativo que tiene efectos jurídicos de carácter particular y concreto para los elegibles de la convocatoria 436 de 2017, en ese sentido, debe ser notificado además de publicado para que pueda ser oponible a los que se sientan con derechos en los mismos, por tal motivo, la CNSC debe publicar y notificar todos los actos administrativos de listas recompuestas, de listas generales y de autorización de listas de elegibles para proveer cargos de carrera.

### **3. Trámite procesal:**

Mediante auto de fecha 11 de diciembre de 2023 (archivo 009 del expediente digital), se admitió la presente acción de tutela presentada en contra de la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC**, de la **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA**, y en contra de la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, con la finalidad de que esas entidades ejercieran el derecho de contradicción y defensa; las accionadas fueron notificadas el mismo 11 de diciembre de 2023 (archivo 010 del expediente digital), quienes intervinieron en el proceso en la siguiente forma:

**3.1. CONTESTACIÓN DEL SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE-SENA** (escrito presentado vía email el 12 de diciembre de 2023 – archivo 11, 12 y 14 del expediente digital): argumenta que frente al cargo en que se postuló la accionante correspondiente al empleo profesional grado 02 del proceso gestión de certificación de competencias laborales, las únicas dos (2) vacantes ofertada fueron suplidas por las señoras Laura Hernández y Ana Riaño, quienes ocuparon los dos primeros puestos en la lista de elegibles, , por cuanto se encuentran en propiedad en carrera administrativa en virtud del mérito y no en forma provisional.

Explica que el único cargo que se encuentra vacante con nombramiento provisional con el perfil profesional grado 02 del proceso gestión de

certificación de competencias laborales, es la IDP 12958 la cual ya se solicitó autorización a la CNSC para suplir por uso de listas al elegible Luis Hernán Ocampo Hincapié.

Advierte que en cumplimiento a las decisiones adoptadas por el Juzgado Doce Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá dentro las acciones de tutela promovidas por la señora MAGDA BIBIANA MARTÍNEZ, en las cuales se dispuso *“EXHORTAR a la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC para que acate el fallo constitucional T- 340 del 2020, que dispuso la aplicación retrospectiva de la ley 1960 del 2019, conforme se argumenta en esta providencia”*, el SENA reportó en el aplicativo SIMO de la Comisión Nacional del Servicio Civil-CNSC las vacantes definitivas de la planta de personal susceptibles de provisión mediante el uso de listas de elegibles de la Convocatoria No. 436 de 2017.

Aduce que el reporte de esos empleos se hizo teniendo en cuenta la definición de “empleos equivalentes” realizada por la Sala Plena de la Comisión Nacional del Servicio Civil en el Criterio Unificado del 22 de septiembre de 2020, según lo cual la equivalencia de una vacante respecto a un empleo ofertado en la Convocatoria No. 436 de 2017 eran necesario considerar los parámetros de:

- 1) Que la vacante corresponda al mismo nivel jerárquico que la OPEC ofertada en la Convocatoria No. 436 de 2017.
- 2) Que tanto la vacante de la planta de personal como el empleo ofertado tengan el mismo grado salarial.
- 3) El propósito, funciones, competencias, requisitos de estudio y requisitos de experiencia de la vacante definitiva deben coincidir con la OPEC ofertada en la Convocatoria No. 436 de 2017

Por consiguiente, el perfil de la vacante debe coincidir con el de la OPEC reportada en la Convocatoria No. 436 de 2017, ya que la Resolución No. 1458 de 2017 “Por la cual se actualiza el Manual Especifico de Funciones y de Competencias Laborales para los empleos de la Planta de Personal del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA” dispone las funciones y requisitos de experiencia y formación académica propias de todos los empleos, las cuales están encaminadas a desarrollar un proceso administrativo o área temática específicos y únicos, de tal manera que a través de los oficios Nros.

20213201737902 y 2021RE018008 de 2021, se formalizó ante la CNSC de las vacantes definitivas objeto de provisión a partir de los usos de listas de elegibles

Informa la entidad que la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC expidió la Resolución No. 3604 del 25 de octubre de 2021 “Por medio de la cual se consolida y expide la Lista de Elegibles para proveer dos (2) vacantes equivalentes reportadas por el SENA, del empleo denominado Profesional, Grado 02, identificado con el código OPEC 165194, en cumplimiento del fallo proferido por el Juzgado Treinta y Seis Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial Bogotá - Sección Tercera, dentro de la Acción de Tutela con radicado 110013336036-2021-0000178-00, instaurada por la señora ORIANA VANESSA FIGUEROA, en el marco de la Convocatoria No. 436 de 2017-SENA” y en dicho acto administrativo consolido la Lista General de elegibles del perfil PROFESIONAL G02 DEL PROCESO GESTIÓN DE CERTIFICACIÓN DE COMPETENCIAS LABORALES. De conformidad con la parte resolutive, la lista GENERAL de elegibles se conformó con 319 ciudadanos, encontrándose entre ellos la accionante en el puesto 54, con un puntaje de 66.89.

Advierte que la acción de tutela es improcedente para reclamar este tipo de situación pues la accionante cuenta con otros mecanismos judiciales para debatir lo que pretende en la tutela.

Explica que si bien, la accionante invoca la procedencia de la tutela con la finalidad de evitar un perjuicio irremediable, lo cierto es que 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.

### **3.2. CONTESTACIÓN DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**

(escrito presentado vía email el 12 de diciembre de 2023 – archivo 15 del expediente digital): explica que frente al cumplimiento de la sentencia proferida por el Juzgado 12 Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá, con oficio No. 131/2023 de 7 de julio de 2023, allegó a la entidad copia del fallo de tutela de fecha 5 de marzo de 2021, proferido dentro del proceso radicado No. 11001334204920210004200, por lo cual en cumplimiento a dicho mandato, fue radicado en el sistema de gestión documental SIGDEA con el No. E-2023-428138, la cual fue remitida por competencia con oficio SIAF No. 034615 del

8 de agosto de 2023, al jefe de la Oficina de Control Interno Disciplinario de la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC-, a fin de que se iniciara la actuación correspondiente.

Solicita que se declare la improcedencia de la tutela frente a la Procuraduría General de la Nación, dado que esta entidad no tiene injerencia alguna en una posible vulneración de los derechos invocados por la accionante, ni tampoco es la autoridad encargada de satisfacer sus pretensiones, por tratarse de asuntos de no son de su competencia y aunque esta entidad interviene o realiza gestiones preventivas ante las jurisdicciones contencioso administrativa, constitucional y ante las diferentes instancias de la jurisdicción penal, penal militar, civil, ambiental y agraria, de familia y agraria, de familia, laboral, ante la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y las autoridades administrativas y de policía, su intervención se desarrolla de forma selectiva, y obtiene trascendencia siempre que se desarrolle en defensa de los derechos y las garantías fundamentales.

Es decir que esta entidad no actúa dentro de los procesos o trámites administrativos como abogado defensor de los sujetos o intervinientes, sino que procede conforme lo prevén la Constitución y la Ley, es decir, cuando sea necesario como garante de los derechos, sin que su actuación sea obligatoria, ni su presencia sea exigible para darle validez a lo actuado.

Explica que en cuanto a las solicitudes de investigaciones, le corresponde a la parte interesada elevar petición ante esta entidad, solicitando la intervención o el inicio de acciones, pues se insiste en que la acción de tutela fue concebida por el Legislador para proteger derechos de estirpe iusfundamental, cuando se vieren vulnerados o amenazados por acciones u omisiones de cualquier autoridad pública o los particulares, no para intervenir ante autoridades estatales para lograr priorización de los procesos que éstas adelanten, pues ello contraría el principio de igualdad.

Finalmente expresa que la Corte Constitucional ha indicado que el juez de tutela no está habilitado para conceder el amparo transitorio, que por expresa disposición constitucional se condiciona a la existencia de un perjuicio irremediable, si el perjuicio alegado no aparece acreditado en el expediente, toda vez que éste no está en capacidad de estructurar, concebir, imaginar o proyectar, por sí mismo el contexto fáctico en el que ha tenido ocurrencia el presunto daño irreparable. En el caso estudiado la accionante no prueba la

existencia de un perjuicio irremediable, ni de una amenaza concreta y fehaciente contra algún derecho fundamental que haga procedente la acción de tutela de manera transitoria, debiendo ser rechazada por improcedente.

**3.3. CONTESTACIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC.** (escrito presentado vía email el 13 de diciembre de 2023 – archivo 18 del expediente digital): la entidad informa que en el caso bajo estudio hay una falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de la CNSC, toda vez que, si bien la entidad llevó a cabo el proceso de concurso para proveer los empleos vacantes definitivos en la planta de personal del Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), también lo es que no tiene competencia para administrar la planta de personal de dicha entidad, ni tiene la facultad nominadora, así como tampoco tiene incidencia en la expedición de los actos administrativos de nombramiento en periodo de prueba y posesión de los elegibles.

Explica que la señora ORIANA VANESSA FIGUEROA ocupó la posición tres (3) en la lista de elegibles conformada Resolución No. CNSC 20182120150945 DEL 17/10/18, en consecuencia, la accionante 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.

Advierte que la Lista de elegibles venció desde el 27 de agosto de 2022, y en ese sentido no es procedente hacer uso de la misma, por cuanto el uso de las Listas de elegibles se debe dar durante su vigencia.

Aduce igualmente que 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.

En ese sentido, 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.

Entonces se tiene que las listas de elegibles derivadas de la Convocatoria 436 de 2017, la cual fue aprobada antes de entrar en vigencia de la ley 1960 de 2019, solo pueden ser utilizadas para proveer vacantes de los empleos ofertados en el mencionado proceso de selección, o para cubrir nuevas vacantes de los "mismos empleos".

Frente al cumplimiento del exhorto realizado por el Juzgado 12 Administrativo de Bogotá, teniendo en cuenta las vacantes reportadas por el SENA que cumplieron con el criterio de equivalencia, la CNSC autorizó el uso de listas, para los casos en que la vacante haya surgido durante la vigencia de la lista, siendo esto lo procedente y no la consolidación, por cuanto, la Ley 1960 de 2019 NO prevé la consolidación de Listas Generales de elegibles, sino el uso de las listas de elegibles, para la provisión de empleos no convocados.

#### **4. Pruebas.**

**4.1.** Resolución No. CNSC-20182120150945 de 17 de octubre de 2018, por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer dos (2) vacantes del empleo de carrera identificado con el código OPEC No. 61988 denominado Profesional grado 2 del Sistema General de Carrera del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, ofertado a través de la Convocatoria No. 436 de 2017-SENA (Documento 05 carpeta de demanda).

**4.2.** Oficio No. 2022RS001765 de 14 de enero de 2022 a través del cual la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC- autoriza el uso de las listas de elegibles conformadas para la provisión de los empleos ofertados en el marco de la Convocatoria Nro. 436 de 2017, para la provisión de nuevas vacantes en cumplimiento de Órdenes Judiciales (Documento 02 carpeta de demanda)

**4.3.** Oficio No. 2022RS003437 de 21 de enero de 2022 a través del cual la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC- autoriza el uso de las listas de elegibles conformadas para la provisión de los empleos ofertados en el marco de la Convocatoria Nro. 436 de 2017, para la provisión de nuevas vacantes en cumplimiento de Órdenes Judiciales (Documento 03 carpeta de demanda).

Resolución No. 3604 de 25 de octubre de 2021 Por medio de la cual se

consolida y expide la Lista de Elegibles para proveer dos (2) vacantes equivalentes reportadas por el SENA, del empleo denominado Profesional, Grado 02, identificado con el código OPEC 165194, en cumplimiento del fallo proferido por el Juzgado Treinta y Seis Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial Bogotá - Sección Tercera, dentro de la Acción de Tutela con radicado 110013336036-2021-0000178-00, instaurada por la señora ORIANA VANESSA FIGUEROA, en el marco de la Convocatoria No. 436 de 2017-SENA (Documento 024 carpeta de demanda).

**4.5.** Oficio de 09 de agosto de 2023 a través del cual la Procuraduría General de la Nación remite el cumplimiento de la acción de tutela de 05 de marzo de 2021 al Jefe de Control Interno Disciplinario de la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC- (Documento 04 carpeta de demanda).

**4.6.** Oficio No. 2023RS119432 de 06 de septiembre de 2023 a través de la cual la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC- dio respuesta a la petición radica por el señor Eduin Alberto Iglesias Pérez frente a la vigencia de la lista de OPEC 58383 (Documento 012 carpeta de demanda).

**4.7.** Oficio No. 2023RS119432 de 06 de septiembre de 2023 a través de la cual la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC- dio respuesta a la petición radica por el señor José Gregorio Gómez Martínez frente a la vigencia de la lista de OPEC 62116 (Documento 013 carpeta de demanda).

**4.8.** Oficio No. 2023RS1277779 de 25 de septiembre de 2023 a través de la cual la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC- dio respuesta a la petición radica por el señor Oscar Javier Alford Muñoz (Documento 014 carpeta de demanda).

**4.9.** Oficio No. 2023RS135782 de 21 de diciembre de 2022 a través de la cual la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC- dio respuesta a la petición de información radica por la señora Alexandra Dacto Guevara (Documento 015 carpeta de demanda).

**4.10.** Oficio No. 2023RS073751 de 06 de junio de 2023 a través de la cual la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC- dio respuesta a la petición de información radica por el señor Ernesto León Manive Meek (Documento 016 carpeta de demanda).

## **5. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO**

El artículo 86 de la Constitución Política consagra la acción de tutela como un instrumento, confiado por la Constitución a los Jueces, a través del cual, toda persona puede acudir sin mayores requerimientos de índole formal, para solicitar la protección directa e inmediata del Estado con el fin de que, en cada caso, consideradas las circunstancias específicas y a falta de otros medios, se haga justicia frente a situaciones de hecho que representen quebranto o amenaza para un derecho fundamental.

Esta institución de carácter excepcional tiene dos características esenciales a saber: la subsidiaridad y la inmediatez; la primera por cuanto sólo resulta procedente cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable y, la segunda, porque se trata de un remedio de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda, efectiva concreta y actual, del derecho objeto de violación o amenaza.

Así, para la viabilidad y prosperidad de la acción de tutela, se requiere que se vea lesionado o amenazado con la acción u omisión de una autoridad pública o un particular en los eventos definidos por la ley, un derecho fundamental consagrado en la Constitución y que para la protección del mismo no exista otro medio de defensa judicial, a menos que se promueva como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Como derechos fundamentales se entienden: los señalados en la Constitución Política de Colombia a partir del art. 85 que son de aplicación inmediata, los derechos subjetivos susceptibles de ser amparados directamente por el Juez contenidos en el capítulo I del Título II de la carta, los derechos fundamentales por expreso mandato constitucional, los derechos que integran el bloque de Constitucionalidad, los derechos innominados y los derechos fundamentales por conexidad.

### **5.1. Del Ingreso a la Función Pública**

La Constitución Política Colombiana elevó el derecho al trabajo a la categoría de derecho fundamenta, artículo 53, reconociendo como obligación del Estado la reglamentación de la función pública y de la carrera administrativa bajo el concepto universal del mérito. Dentro de la regulación establecida por el artículo 122 superior, se estableció que el ingreso a la función pública podría

darse bajo las modalidades; de cargos de libre elección, trabajadores oficiales y empleados públicos. Frente a la categoría de empleados públicos para de aquellos excluidos de carrera administrativa se estableció una designación a través nombramiento ordinario o por libre nombramiento y remoción.

Mientras que para aquellos empleos que se encontraban dentro del sistema de carrera administrativa, se estableció que por regla general debían ser nombrados en periodos de prueba de aquellos candidatos que superaran un proceso de selección que atendiera a la naturaleza técnica del cargo y al principio de mérito profesional. Por lo que de manera excepcional el ordenamiento aceptó el nombramiento en provisionalidad, para aquellos casos en que aun existiendo el empleo de carrera este no se había podido proveer conforme a las reglas generales.

Los cargos alcanzados bajo el régimen de carrera administrativa distan en forma sustancial, a lo obtenidos en forma excepcional en provisionalidad, que son aquellos nombramientos llevados a cabo en tanto se realizan los procedimientos jurídicos, técnicos y organizacionales para implementar el sistema de carrera con el objetivo de garantizar y no paralizar la prestación de los servicios públicos a cargo del Estado; en consecuencia, el marco jurídico que protege los derechos laborales del empleado que ingresa en forma técnica, difiere notablemente del que corresponde al empleado nombrado en provisionalidad. Aunque uno y otro desempeñen la misma labor.

Frente a esta condición, la Jurisprudencia ha señalado que únicamente cuando se accede en razón del mérito, se puede establecer que entran a su patrimonio los derechos de carrera consagrados en la Ley 443 de 1998 y sus decretos reglamentarios. Normativa que fue desarrollada por la Ley 909 de 2004<sup>1</sup>, particularmente en su artículo 27 que estableció que la carrera administrativa es un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público<sup>2</sup>.

Esta normativa en sus artículos 11 y 12, estableció que la Comisión Nacional del Servicio Civil, sería la entidad encargada de establecer los lineamientos con que se desarrollarán los procesos de selección para la provisión de

---

<sup>1</sup> Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

<sup>2</sup> Ley 909 de 2004, artículo 27.

empleos de carrera administrativa de las entidades a las que se aplica la normativa referida, así como la elaboración de las convocatorias a concursos para desempeñar cargos de carrera, las funciones de la entidad, entre otras, como se verifica a continuación:

*“Artículo 11. Funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil relacionadas con la responsabilidad de la administración de la carrera administrativa. En ejercicio de las atribuciones relacionadas con la responsabilidad de la administración de la carrera administrativa, la Comisión Nacional del Servicio Civil ejercerá las siguientes funciones:*

*a) Establecer de acuerdo con la ley y los reglamentos, los lineamientos generales con que se desarrollarán los procesos de selección para la provisión de los empleos de carrera administrativa de las entidades a las cuales se aplica la presente ley;*

*b) Acreditar a las entidades para la realización de procesos de selección de conformidad con lo dispuesto en el reglamento y establecer las tarifas para contratar los concursos, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 30 de la presente ley;*

*c) Elaborar las convocatorias a concurso para el desempeño de empleos públicos de carrera, de acuerdo con los términos y condiciones que establezcan la presente ley y el reglamento;*

*d) Establecer los instrumentos necesarios para la aplicación de las normas sobre evaluación del desempeño de los empleados de carrera administrativa;*

*e) Conformar, organizar y manejar el Banco Nacional de Listas de Elegibles; el Banco de Datos de ex empleados con derechos de carrera cuyos cargos hayan sido suprimidos y que hubieren optado por ser incorporados y, el Banco de Datos de empleados de carrera desplazados por razones de violencia;*

*f) Remitir a las entidades, de oficio o a solicitud de los respectivos nominadores, las listas de personas con las cuales se deben proveer los empleos de carrera administrativa que se encuentren vacantes definitivamente, de conformidad con la información que repose en los Bancos de Datos a que se refiere el literal anterior;*

g) *Administrar, organizar y actualizar el registro público de empleados inscritos en carrera administrativa y expedir las certificaciones correspondientes;*

h) *Expedir circulares instructivas para la correcta aplicación de las normas que regulan la carrera administrativa;*

i) *Realizar los procesos de selección para el ingreso al empleo público a través de las universidades públicas o privadas o instituciones de educación superior, que contrate para tal fin;*

j) *Elaborar y difundir estudios sobre aspectos generales o específicos de la gestión del empleo público en lo relacionado con el ingreso, el desarrollo de las carreras y la evaluación del desempeño;*

k) *Absolver las consultas que se le formulen en materia de carrera administrativa.*

**Parágrafo.** *El Banco Nacional de lista de elegibles a que hace alusión el presente artículo será departamentalizado y deberá ser agotado teniendo en cuenta primero la lista del departamento en donde se encuentre la vacante.*

**Artículo 12.** *Funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil relacionadas con la vigilancia de la aplicación de las normas sobre carrera administrativa. La Comisión Nacional del Servicio Civil en ejercicio de las funciones de vigilancia cumplirá las siguientes atribuciones:*

a) *Una vez publicadas las convocatorias a concursos, la Comisión podrá en cualquier momento, de oficio o a petición de parte, adelantar acciones de verificación y control de la gestión de los procesos con el fin de observar su adecuación o no al principio de mérito; y, dado el caso, suspender cautelarmente el respectivo proceso, mediante resolución motivada;*

b) *Dejar sin efecto total o parcialmente los procesos de selección cuando se compruebe la ocurrencia de irregularidades, siempre y cuando no se hayan producido actos administrativos de contenido particular y concreto relacionados con los derechos de carrera, salvo que la irregularidad sea atribuible al seleccionado dentro del proceso de selección impugnado;*

*c) Recibir las quejas, reclamos y peticiones escritas, presentadas a través de los medios autorizados por la ley y, en virtud de ellas u oficiosamente, realizar las investigaciones por violación de las normas de carrera que estime necesarias y resolverlas observando los principios de celeridad, eficacia, economía e imparcialidad. Toda resolución de la Comisión será motivada y contra las mismas procederá el recurso de reposición;*

*d) Resolver en segunda instancia las reclamaciones que sean sometidas a su conocimiento en asuntos de su competencia;*

*e) Conocer de las reclamaciones sobre inscripciones en el Registro de Empleados Públicos, de los empleados de carrera administrativa a quienes se les aplica la presente ley;*

*f) Velar por la aplicación correcta de los procedimientos de evaluación del desempeño de los empleados de carrera;*

*g) Poner en conocimiento de las autoridades competentes los hechos constitutivos de violación de las normas de carrera, para efectos de establecer las responsabilidades disciplinarias, fiscales y penales a que haya lugar;*

*h) Tomar las medidas y acciones necesarias para garantizar la correcta aplicación de los principios de mérito e igualdad en el ingreso y en el desarrollo de la carrera de los empleados públicos, de acuerdo a lo previsto en la presente ley;*

*i) Presentar un informe ante el Congreso de la República dentro de los diez (10) primeros días de cada legislatura, o cuando este lo solicite, sobre sus actividades y el estado del empleo público, en relación con la aplicación efectiva del principio de mérito en los distintos niveles de la Administración Pública bajo su competencia.*

*(...)*

**Parágrafo 2º.** *La Comisión Nacional del Servicio Civil podrá imponer a los servidores públicos de las entidades nacionales y territoriales sanciones de multa, previo el debido proceso, cuando se compruebe la violación a las normas de carrera administrativa o la inobservancia de las órdenes e instrucciones impartidas por ella. La multa deberá observar el principio de*

*gradualidad conforme el reglamento que expida la Comisión Nacional del Servicio Civil, cuyos mínimos serán cinco (5) salarios mínimos legales vigentes y máximos veinticinco (25) salarios mínimos legales vigentes.*

Lo anterior en concordancia con lo dispuesto en el artículo 130 de la Constitución Política, señala que corresponde a la Comisión Nacional del Servicio Civil la administración y vigilancia de los sistemas de carrera, con excepción de las carreras especiales de origen Constitucional.

Especificadas las funciones de la CNSC, también se destaca lo establecido en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004 y el artículo 13 del Decreto 1227 de 2005, que establecieron que el acto administrativo que convoca a concurso público de méritos para acceder a cargos de carrera administrativa, es la norma reguladora de todo el concurso y a ella quedan obligados, tanto la Comisión Nacional del Servicio Civil, la entidad que convoca, como todos los participantes, tal y como ha sido delimitado por el Honorable Consejo de Estado<sup>3</sup>

*“La finalidad de los concursos es que la vacante existente se llene con la mejor opción, es decir, con aquel de los concursantes que haya obtenido el más alto puntaje, parámetro que evalúa y califica el mérito del aspirante para ser elegido o nombrado.*

**La entidad estatal que convoca a un concurso (abierto o cerrado), debe respetar las reglas que ella ha diseñado y a las cuales deben someterse, tanto los participantes en la convocatoria como ella misma.**

**La Sala resalta que quien participa en un concurso público para proveer un cargo lo hace con la seguridad de que se respetarán las reglas impuestas y que, cuando éstas no son tenidas en cuenta por la entidad que lo ha convocado o se cambian en el curso de su desarrollo, se desconoce el principio constitucional de la buena fe”.** (Subrayado y negrilla fuera de texto).

A su vez, la norma que regula la convocatoria al concurso, contiene entre otros aspectos las reglas y, los presupuestos que rigen dicho procedimiento, los cuales tienen fuerza vinculante y, exigen obligatoriedad y acatamiento en cuanto al cumplimiento se refiere; quiere decir lo anterior, que quien aspira a

---

<sup>3</sup> Sentencia de 25 de marzo de 2010, Radicación número: 17001-23-31-000-2009-00384 01, Consejo de Estado, Sección Cuarta, C. P. Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia.

un cargo ofertado en una convocatoria, debe sujetarse a las reglas que esta contiene, pues al momento de postularse e inscribirse, el concursante está aceptando las condiciones que la misma prevé, entre ellas, los requisitos mínimos exigidos, para la ocupación del cargo ofertado, de manera tal, que lo mínimamente exigido no puede quedar al albedrío de quien se postula.

Respecto a las diversas etapas que se deben agotar en desarrollo del concurso público de méritos, la Corte Constitucional en sentencias SU-913 de 2009 y SU-446 del 26 de mayo de 2011, explicó cada una de ellas, indicando que las mismas se encuentran contenidas en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004, indicando en algunos apartes:

*“Como consecuencia de lo anterior, en dicho pronunciamiento se concluyó que “la carrera administrativa es, entonces, un principio constitucional y, por lo mismo, una de las garantías cuyo desconocimiento podría acarrear la sustitución de la Constitución”, en donde la inscripción automática, sin el agotamiento de las etapas del proceso de selección, resultaba abiertamente contraria a los principios y derechos en los que se erige la Constitución de 1991.*

*3.3. Por tanto, si lo que inspira el sistema de carrera es el mérito y la calidad, son de suma importancia las diversas etapas que debe agotar el concurso público. En las diversas fases de éste, se busca observar y garantizar los derechos y los principios fundamentales que lo inspiran, entre otros, los generales del artículo 209 de la Constitución Política y los específicos del artículo 2 de la Ley 909 de 2004. La sentencia C-040 de 1995 reiterada en la SU-913 de 2009], explicó cada una de esas fases, las que por demás fueron recogidas por el legislador en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004. Así:*

*“1. Convocatoria. ... es la norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes. (subrayas fuera de texto).*

*2. Reclutamiento. Esta etapa tiene como objetivo atraer e inscribir el mayor número de aspirantes que reúnan los requisitos para el desempeño de los empleos objeto del concurso.*

*3. Pruebas. Las pruebas o instrumentos de selección tienen como finalidad apreciar la capacidad, idoneidad y adecuación de los aspirantes a los*

*diferentes empleos que se convoquen, así como establecer una clasificación de los candidatos respecto a las calidades requeridas para desempeñar con efectividad las funciones de un empleo o cuadro funcional de empleos.*

(...)

*4. **Listas de elegibles.** Con los resultados de las pruebas...se elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con ésta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso.*

*5. **Período de prueba.** La persona no inscrita en carrera administrativa que haya sido seleccionada por concurso será nombrada en período de prueba, por el término de seis (6) meses, al final de los cuales le será evaluado el desempeño, de acuerdo con lo previsto en el reglamento.*

(...)

*3.4. La convocatoria es, entonces, **“la norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes”**, y como tal impone las reglas de obligatoria observancia para todos. En ella la administración impone los parámetros que guiarán el proceso y los participantes, en ejercicio del principio de la buena fe y la confianza legítima, esperan su observancia y cumplimiento. La Corte Constitucional, sobre este particular, ha considerado que el Estado debe respetar y observar todas y cada una de las reglas y condiciones que se imponen en las convocatorias, porque su desconocimiento se convertiría en una trasgresión de principios axiales de nuestro ordenamiento constitucional, entre otros, la transparencia, la publicidad, la imparcialidad, así como el respeto por las legítimas expectativas de los concursantes. En consecuencia, las normas de la convocatoria sirven de auto vinculación y autocontrol porque la administración debe “respetarlas y que su actividad, en cuanto a la selección de los aspirantes que califiquen para acceder al empleo o empleos correspondientes, se encuentra previamente regulada”*

De tal forma, la convocatoria es la norma reguladora del concurso y, las reglas impuestas en ella deben ser respetadas por todos, en especial por la entidad que regula el concurso, pues el Desconocimiento por parte del Estado

constituiría una transgresión a los principios fundamentales del Ordenamiento Constitucional, afectando con ello la imparcialidad, transparencia, publicidad, por lo que la administración debe *“respetarlas y que su actividad, en cuanto a la selección de los aspirantes que califiquen para acceder al empleo o empleos correspondientes, se encuentra previamente regulada”*<sup>4</sup>

## 5.2. Agotamiento de la Lista de Elegibles

Ahora bien, el resultado del proceso de selección que transita por las etapas de convocatoria, reclutamiento y pruebas se concreta con la formación de una lista de elegibles, acto administrativo de carácter particular y concreto que durante su vigencia materializa el principio del mérito mediante el establecimiento de un orden para proveer los cargos de carrera que se encuentran vacantes dentro de las entidades.

La aplicación y vigencia de la lista de elegibles fue regulada en un principio por el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, la cual durante su vigencia estableció la obligación de la Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC de elaborar la respectiva lista en orden de mérito, con una vigencia de 2 años y aplicable a las vacantes convocadas y las vacantes no convocadas dentro de la entidad que fueran equivalentes en el cargo.

Esta disposición fue parcialmente derogada por la Ley 1033 de 2006 en lo que correspondía a la posibilidad de proveer cargos no convocados a través del concurso de méritos, por lo que las entidades se encontraban limitadas a agotar las listas de elegibles, únicamente con los señalados al inicio del proceso concursal. Situación que se reiteró con la expedición del Decreto 969 de 2013 que estableció la misma limitación al interior de la DIAN y que sería anulado por el Consejo de Estado<sup>5</sup> mediante sentencia del 27 de septiembre del 2018.

Finalmente, con la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, se retomó la posición asumida en el año 2004 al establecer en su artículo 6 y 7 lo siguiente:

**ARTÍCULO 6.** El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así: (...) *“4 Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en*

---

<sup>4</sup> SU-446 del 26 de mayo de 2011

<sup>5</sup> Consejo de Estado Sección Segunda, Sentencia 11001032500020130130400 (33192013)

*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” (subrayado fuera de texto)*

**ARTÍCULO 7.** La presente Ley rige a partir de su publicación, modifica en lo pertinente la Ley [909](#) de 2004 y el Decreto-Ley [1567](#) de 1998, y deroga las demás disposiciones que le sean contrarias.

Por lo que existen dos situaciones jurídicas distintas, las listas de elegibles conformadas en vigencia de las Leyes 909 de 2004 y 1033 de 2006; y las listas de elegibles conformadas en vigencia de la nueva Ley 1960 de 2019.

Ahora bien, las situaciones que antecedieron a la expedición de la Ley 1960 de 2019 se prestaron para interpretaciones que oscilaban entre la exegética, al considerar que la lista de elegibles solo puede proveer los cargos ofertados en las convocatorias, al garantismo, al considerar que a través de las listas de elegibles se pueden proveer cargos en carrera no ofertados, siempre y cuando, se realice en estricto orden descendente con las nuevas vacantes que se presenten en el mismo empleo<sup>6</sup>.

En este sentido se puede observar en la jurisprudencia las sentencias C-319 de 2010 y T-294 de 2011 en las que se señaló que una correcta interpretación de la Constitución permitía a la administración la utilización de la lista de elegibles para proveer vacantes en la entidad en cargos de igual grado y denominación no ofertados, en el entendido de que (i) se están nombrando personas que superaron un concurso de méritos para el mismo cargo, es decir, no se trata de un mecanismo de ingreso automático a la función pública; (ii) se presenta durante la vigencia de la lista (iii) Las dificultades y los costos presupuestales de realizar un nuevo concurso justifican que el nominador acuda a una lista de elegibles, debidamente conformada por ciudadanos que participaron en igualdad de condiciones, a efectos de proveer otro cargo de idéntico grado y denominación que yace vacante, en vez de recurrir al expediente de la provisionalidad.

---

<sup>6</sup> Entiéndase por “mismos empleos”, los que corresponden a 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 OPEC.

Posición que se opone a la presentada por la Corte Constitucional en Sentencia SU- 446 de 2011, en la cual, bajo una interpretación exegética y formalista, estableció que la convocatoria era la norma reguladora del concurso, por lo que la entidad estaba obligada únicamente a proveer los cargos ofertados en dicha convocatoria, por lo que, ni el legislador ni la entidad, previeron la utilización de la lista de elegibles para proveer cargos no ofertados.

Ahora bien, en sentencia T-112 de 2014, la Corte Constitucional en sede de revisión estudio y revocó el fallo de tutela de segunda instancia proferido por la Corte Suprema de Justicia que aplicó el criterio restrictivo de interpretación antes presentado. En su lugar dio aplicación a un criterio garantista en el cual,

*“(...)el mérito debe ser el criterio predominante para seleccionar a quienes deben ocupar los cargos al servicio del Estado, y la jurisprudencia de la corte ha entendido que una interpretación ajustada a la Constitución apunta a que cuando se trate de proveer una vacante de grado igual, que tenga la misma denominación, el uso de la lista de elegibles es un deber y no una facultad del nominador, por lo tanto la administración deberá solicitar la respectiva autorización de las listas de elegibles para los empleos con vacancia definitiva.”*

Sin embargo, estableció que los nombramientos en estas situaciones no son automáticos puesto que se deben realizar los estudios de equivalencia entre los cargos no ofertados al interior de la entidad y los cargos para los cuales el candidato concursó.

Como se puede observar, a nivel jurisprudencial no existe un consenso claro frente a la posibilidad de utilizar las listas de elegibles para proveer cargos no ofertados en las respectivas convocatorias realizadas por las entidades del Estado con anterioridad a la vigencia de la Ley 1960 de 2019. Por lo que hay 2 interpretaciones que deben ser analizadas en cada caso.

Finalmente, se debe recordar que la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC de conformidad con el artículo 130 de la Constitución y la Ley 909 de 2004 es la entidad encargada de administrar la carrera administrativa en el país, por lo que puede establecer los reglamentos y los lineamientos para desarrollar los procesos de selección para la provisión de empleos de carrera

administrativa, y puede expedir las circulares instructivas para la correcta aplicación de las normas en la materia.

Es por ello, que se trae a colación el último pronunciamiento de la entidad, la cual en ejercicio de estas facultades legales y constitucionales expidió la Circular externa N°0001 del 16 de enero del 2020 en la que unificó su posición frente a dos situaciones distintas. **Frente a la provisión de mismos empleos** sostuvo 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”.*

En dicho contexto, el Jefe de la Unidad de Personal de la entidad convocante, deberá solicitar a la Comisión el uso de las listas de elegibles, con el propósito de cubrir las nuevas vacantes definitivas que corresponden a los “mismos empleos”, esto es, aquello que tenga igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes.

Sin embargo, **frente a cargos equivalentes**, sostuvo que la Ley 1960 de 2019 debía aplicarse de manera ultractiva, esto es, únicamente para los procesos de selección y listas de elegibles conformadas con posterioridad a la expedición de dicha Ley, de acuerdo a los efectos dados por el legislador en el artículo 7 de la norma en mención.

Por lo que se puede concluir, que las listas de elegibles que estén vigentes antes de la expedición de la Ley 1960 de 2019 permiten a la administración proveer los cargos existentes en la entidad para las cuales se efectuó el concurso y también para las vacantes definitivas de **los mismos cargos no convocados** que surjan con posterioridad. Lo que **no ocurre con los cargos equivalentes**, toda vez, que la Ley 1960 de 2019 estableció efectos a partir de su publicación.

## 5.2. Sobre la subsidiaridad de la acción de tutela – Reiteración

Como se explicó con anterioridad, el artículo 86 superior consagró la acción de tutela como un instrumento de carácter excepcional, con dos características esenciales a saber: la subsidiaridad y la inmediatez; la primera por cuanto sólo resulta procedente cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa ordinario y la segunda, porque se trata de un remedio de aplicación urgente.

Frente a este primer criterio, el articulado constitucional fue claro en señalar que la acción de tutela “(...) *solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.*”<sup>7</sup> Disposición que consagró dentro el articulado constitucional el principio de subsidiariedad.

Este principio, fue posteriormente regulado por el numeral 1 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 como una causal de improcedencia de la acción constitucional, en palabras del legislador:

**“ARTICULO 6o. CAUSALES DE IMPROCEDENCIA DE LA TUTELA.** *La acción de tutela no procederá:*

*1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.” (subrayado fuera del texto original)*

Situación que en una temprana producción jurisprudencial significó, la imposibilidad del Juez constitucional de resolver el fondo de estas acciones cuando el accionante contaba con otro mecanismo de defensa judicial, esto, con el fin de evitar que el mecanismo extraordinario se convirtiera en un medio alternativo o facultativo de las vías judiciales ordinarias<sup>8</sup>.

Posteriormente, el principio de subsidiariedad fue observado no solo a través del criterio de existencia de un mecanismo ordinario paralelo, sino de su eficacia e idoneidad para evitar la conjuración de un perjuicio. En este sentido el Alto Tribunal señaló que el Juez de tutela en cada caso debía determinar si

<sup>7</sup> Párrafo tercero del artículo 86 de la Constitución Política Colombiana.

<sup>8</sup> Ver la Sentencia de la Corte Constitucional C-543 de 1992.

el medio ordinario otorgaba una protección completa y eficaz o si por el contrario un fallo de tutela podía conjurar de manera transitoria el objeto de la violación.<sup>9</sup>

En términos generales, la eficacia e idoneidad de la acción ordinaria debían analizarse en cada caso en concreto teniendo en cuenta tres aspectos a saber, “(i) las características del procedimiento; (ii) las circunstancias del peticionario; y (iii) el derecho fundamental involucrado”.<sup>10</sup>

Ahora bien, estos criterios no presentan mayores discusiones a nivel jurisprudencial, sin embargo, el alcance de las consagraciones constitucionales “cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales” y si el “afectado no disponga de otro medio de defensa judicial” pueden llegar a generar confusión en el operador judicial.

Al respecto debe indicarse, que el criterio de subsidiaridad no solo cobija el agotamiento de los recursos ordinarios dentro de un proceso judicial, también cobija el agotamiento de todos los trámites administrativos previos tendientes a corregir las situaciones que pueden devenir en una violación de un derecho fundamental, en este sentido la Corte Constitucional en sentencia T-241 de 2013 señaló que:

*“La Corte ha manifestado de forma reiterada que acudir a la acción de tutela cuando existen mecanismos ordinarios de defensa, desconoce que los procedimientos administrativos y los procesos ante la administración de justicia son los primeros y más propicios escenarios para garantizar la vigencia de los derechos fundamentales. En particular, si el mecanismo con que cuenta la persona que considera afectados sus derechos es una acción judicial, desconocer la prevalencia de ésta “desfigura el papel institucional de la acción, ignora que los jueces ordinarios tienen la obligación de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales y vulnera el debido proceso al convertir los procesos de conocimiento en procesos sumarios”. “Por estas razones, un requisito de procedencia formal de la acción de tutela es que se hayan agotado todas las instancias y recursos en los cuales el afectado hubiera podido solicitar la protección del derecho amenazado o vulnerado.”*

<sup>9</sup> Ver la sentencia de la Corte Constitucional SU-961 de 1999

<sup>10</sup> Ver la Sentencia de la Corte Constitucional C-132 de 2018 citando la sentencia de la misma corporación T-230 de 2013.

En efecto, los procedimientos ante la administración son los primeros y más propicios escenarios para garantizar la vigencia de los derechos fundamentales, por lo que el requisito de subsidiariedad o de procedencia formal de la acción de tutela, incluye la revisión de las actuaciones realizadas por el accionante ante la administración. En otras palabras, la activación de la actuación administrativa y el agotamiento de los procedimientos previos ante la entidad o entidades de las cuales se predica la vulneración del derecho fundamental concreto, son requisitos fundamentales para la interposición de la acción constitucional.

Efectuado el estudio anterior, se abordará el caso concreto analizando si le asiste razón a la accionante, quien considera vulnerados sus derechos fundamentales por parte de la entidad accionada.

## **6. ANÁLISIS DEL CASO EN CONCRETO.**

En esta acción de tutela la señora **ORIANA VANESSA FIGUEROA**, pretende la protección de sus derechos fundamentales de la dignidad humana, garantía y efectividad de la protección de los derechos por parte del estado, igualdad, el derecho al deber de cumplimiento de las providencias judiciales como componente del derecho fundamental al acceso a la administración de justicia, trabajo, debido proceso administrativo, acceso a cargos y funciones públicas vía mérito, así como a los principios de confianza legítima, buena fe y seguridad jurídica y el principio de inescindibilidad de la norma respecto a la ley 1960 de 2019, con la finalidad de que se ordene a la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC y, el Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA , hacer el uso de la lista de elegibles conformada por la Resolución No. 3604 de 25 de octubre de 2021, para proveer vacantes definitivas del cargo denominado Profesional Universitario Grado 02, OPEC 61988, que surgieron con posterioridad a la convocatoria del concurso de méritos con categoría de mismo empleo o empleo equivalente, lo anterior dando cumplimiento a lo establecido en la Ley 1960 de 2019.

Frente a esta situación vale la pena señalar que la acción de tutela por su propia definición es subsidiaria, residual y autónoma, la cual tiene un procedimiento preferente y sumario, que busca la protección inmediata de los derechos fundamentales cuando éstos resultaren vulnerados o amenazados por la acción o por la omisión de cualquier autoridad pública, **siempre y cuando el afectado, conforme lo establece el artículo 6º del Decreto 2591**

**de 1991, no disponga de otro medio de defensa judicial**, a menos que la referida acción se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, posición que ha sido expuesta en varias ocasiones por la Corte Constitucional, que frente al tema estableció<sup>11</sup>:

*“Sin embargo, de manera excepcional, la jurisprudencia de este Tribunal ha contemplado la viabilidad del amparo constitucional para obtener el reintegro de un trabajador, en aquellos casos en que se encuentra inmerso en una situación de debilidad manifiesta, con la capacidad necesaria de impactar en la realización de sus derechos al mínimo vital o a la vida digna[22]. En este escenario, la situación particular que rodea al peticionario impide que la controversia sea resuelta por las vías ordinarias, requiriendo de la procedencia de la acción de tutela, ya sea para brindar un amparo integral o para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable en su contra.”*

Respecto a la procedencia de la tutela para evitar un perjuicio irremediable, el Consejo de Estado<sup>12</sup> tuvo la oportunidad de pronunciarse el siguiente sentido:

*“Al respecto resalta la Sala que de conformidad con los argumentos planteados por el actor, se censura la legalidad de la decisión la entidad accionada, que está contenida en un acto administrativo, en concreto, Circular No. 00014 del 18 de noviembre de 2014. Así, es claro para la Sala que lo solicitado por el actor, al derivarse del cumplimiento de un acto administrativo debe ventilarse a través de los mecanismos dispuestos por el legislador para censurar su legalidad, es decir, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011. Sobre el particular en criterio de la Sala, el actor puede exponer, a través del citado medio de control, todos los argumentos que presenta en esta oportunidad, contra las decisiones de la Fiscalía General de la Nación. En ese orden de ideas, la acción de tutela es improcedente para resolver la controversia que el actor plantea en esta oportunidad, sobre todo cuando tampoco acredita el solicitante alguna situación constitutiva de un perjuicio irremediable, que haga procedente el amparo como mecanismo transitorio. Se advierte así que el accionante no acredita que se encuentre en una situación de perjuicio*

---

<sup>11</sup> CORTE CONSTITUCIONAL – EXPEDIENTE T-347/16 del 30 de junio de 2016.

<sup>12</sup> Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección B, C.P. Dr. GERARDO ARENAS MONSALVE, en providencia de fecha 12 de febrero de 2015, dentro del expediente 11001-03-15-000-2014-04080-00.

*irremediable que haga procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio... Por otra parte, de llegar al considerar el actor que no puede esperar a la resolución definitiva del medio de control y nulidad y restablecimiento del derecho, éste puede solicitar desde la presentación de la demanda, que se adopte la medida cautelar de urgencia, establecida en el artículo 234 de la Ley 1437 de 2011.*

*“Sin embargo, teniendo en cuenta el valor vinculante de la Constitución Política (artículo 4°), y la supremacía que la misma le asigna a los derechos fundamentales (artículo 5°), por el valor jurídico y axiológico que los mismos tienen dentro de nuestro ordenamiento jurídico, el numeral primero del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, ha previsto que la acción de tutela es procedente a pesar de la existencia de otro mecanismo judicial de defensa, cuando con ella se persigue evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable”.*

En esta medida, al abordar los planteamientos expuestos por la parte actora en contra de las entidades demandadas, se tiene que los mismos pueden ser debatidos ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, pues como quedó visto con anterioridad, con el ejercicio de la presente acción constitucional se pretende discutir las actuaciones y decisiones efectuadas por las accionadas; lo anterior al considerar la parte actora, tener derecho a ser nombrada pese a haber ocupado la tercera posición en la lista de elegibles y quedar en la posición número 54 en la lista efectuada respecto a los cargos equivalente que surgieron con posterioridad.

Frente a ello es pertinente traer a colación la Resolución No. 3604 de 25 de octubre de 2021 *“Por medio de la cual se consolida y expide la Lista de Elegibles para proveer dos (2) vacantes equivalentes reportadas por el SENA, del empleo denominado Profesional, Grado 02, identificado con el código OPEC 165194, en cumplimiento del fallo proferido por el Juzgado Treinta y Seis Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial Bogotá - Sección Tercera, dentro de la Acción de Tutela con radicado 110013336036-2021-0000178-00, instaurada por la señora ORIANA VANESSA FIGUEROA, en el marco de la Convocatoria No. 436 de 2017-SENA”* y en donde se conforma la lista de elegibles para proveer tan solo dos vacantes equivalentes al empleo sobre el cual se postuló la accionante y en donde en dicha lista ocupa el puesto No. 54, el cual al no haber más puestos equivalentes solo se pudieron ofertar dos plazas para 319 personas que se encontraban en el banco de lista de elegibles.

En consecuencia, se observa que las entidades accionadas, en especial la CNSC, al momento de contestar las peticiones radicadas por la entidad nominadora, ha esgrimido las razones por las cuales no ha sido posible reportar la existencia de otras vacantes definitivas adicionales que sean susceptibles de ser provistas con la lista de elegibles antes referida, teniendo en cuenta para ello los conceptos de vacantes iguales y vacantes equivalentes; decisiones que son adoptadas por la administración y que de no estar de acuerdo el administrado pueden ser debatidas ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa y no en sede de tutela.

Entonces es evidente que lo realmente pretendido por la actora, es discutir las razones expuestas por las entidades accionadas en los actos administrativos proferidos que han impedido su nombramiento en las vacantes adicionales a las ofertadas dentro del proceso de selección N° 436 de 2017-SENA, entre otras cosas, porque esa entidad ha realizado las actuaciones administrativas de validación pertinentes para poder reportar ante la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC- las vacantes definitivas que cuenten con mismos empleos o empleos equivalentes a los ofertados en el Proceso de Selección 436 de 2017, la habilitación del sistema dispuesto por la CNSC y, porque ante solicitudes de autorización de uso de la lista ante la Comisión Nacional del Servicio Civil, esa entidad en algunas ocasiones las ha autorizado y, en otras las ha negado, al considerar que existen empleos no equivalentes por la falta de cumplimiento de los requisitos establecidos en el Criterio Unificado para el “uso de listas de elegibles para empleos equivalentes”, una vez realizado el estudio técnico respectivo. Adicionalmente porque la lista de elegibles para el empleo denominado PROFESIONAL UNIVERSITARIO Grado 02, identificado con el Código OPEC 61988 en la modalidad abierto del Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del SENA, feneció el pasado 27 de agosto de 2022, con las consecuencias que ellas involucren, decisiones que se itera deberán ser discutidas ante el Juez Natural competente y no a través de esta acción constitucional, pues la misma no resulta ser un medio alternativo, adicional o complementario, para hacerlo o, para reemplazar dicho procedimiento, pues al Juez Constitucional no le es dable invadir competencias que no le corresponden.

Como ha quedado visto, también se pretende controvertir el procedimiento con el que las entidades buscarán establecer las vacantes adicionales a las ofertadas dentro del proceso de selección N° 436 de 2017, sin que la tutela sea un medio complementario para revisar dichas actuaciones, ni tampoco se

torna procedente para omitir todo el procedimiento establecido, como los estudios técnicos que debe realizar la entidad frente a los demás cargos y sus equivalencias, con la finalidad de determinar si existe algún cargo igual, o “mismo empleo” dentro de la entidad que pudiera ser suplido por la accionante, entiéndase por “mismo empleo”, aquello que tenga igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes.

A lo anterior se suma que el Servicio nacional de Aprendizaje SENA, certificó en el informe rendido y probó **que los dos cargos ofertados** para el empleo de PROFESIONAL UNIVERSITARIO Grado 2, identificado con el Código OPEC 61988, fue provisto en carrera por LAURA HERNÁNDEZ y ANA RIAÑO, y los cargos equivalentes también fueron provistos conforme el orden dispuesto en la Resolución No. 3604 de 25 de octubre de 2021, sin que con ello tampoco se vislumbre un perjuicio irremediable que deba ser protegido con esta tutela, pues los dos cargos ofertado ya fue provisto en carrera administrativa, a lo que se suma que la accionante ocupó la tercera posición en la lista inicial, por lo que deberá sujetarse a las actuaciones administrativas realizadas por la entidad, para el estudio de los empleos equivalentes y mismo empleo, que deberán ser reportados con posterioridad a la CNSC, las que se encuentran plasmadas en los actos administrativos con los que la parte demuestra su desacuerdo.

En esta medida, la discusión planteada que deberá darse ante el Juez Natural, no supone la existencia de un perjuicio irremediable, más aún cuando los dos cargos ofertados ya fueron provistos en carrera administrativa; adicionalmente porque las razones empleadas por las entidades accionadas para la provisión de cargos que exceden los ofertados, deberán ser objeto de revisión por el Juez Contencioso Administrativo, quien de acuerdo a las pruebas que se aporten, tendrá la obligación de establecer si en realidad las decisiones tomadas fueron lesivas a los derechos de la parte actora. Adicionalmente en ese proceso **la parte demandante contará con las medidas cautelares correspondientes**, en aras de efectivizar la garantía de sus derechos fundamentales que se consideran vulnerados.

Conforme a todo lo anterior se evidencia que no se probó dentro de esta tutela que exista un perjuicio irremediable para obrar conforme al mecanismo transitorio contemplado en la Ley y, sin que le asista la convicción al Despacho sobre la necesidad de desplazar el mecanismo ordinario, que si bien no es

inmediato como la tutela, sí es un medio eficaz para estudiar la legalidad de las decisiones tomadas por las entidades, proceso donde además la parte cuenta con la posibilidad de solicitar las medidas cautelares de urgencia en caso de que la situación lo amerite.

De esta forma, se impone denegar la presente acción por existir otros mecanismos de defensa judicial que hacen improcedente la tutela, art. 6 del decreto 2591 de 1.991, y por no haber demostrado el perjuicio irremediable para obrar conforme al mecanismo transitorio contemplado en la ley.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO VEINTIUNO ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ – SECCIÓN SEGUNDA, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO.- NEGAR** por improcedente la acción de tutela presentada por la señora **ORIANA VANESSA FIGUEROA**, en contra de la la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC**, en contra del **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA**, y en contra de la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, conforme a la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** En virtud a lo informado por la parte actora se tiene como canal de comunicaciones el correo electrónico de la parte actora [saneva222007@hotmail.com](mailto:saneva222007@hotmail.com) y, se tiene como canal de notificaciones de las entidades demandadas los correos dispuestos para tal fin y los siguientes correos: [notificacionesjudiciales@cns.gov.co](mailto:notificacionesjudiciales@cns.gov.co); [procesosjudiciales@procuraduria.gov.co](mailto:procesosjudiciales@procuraduria.gov.co); [servicioalciudadano@sena.edu.co](mailto:servicioalciudadano@sena.edu.co); [yperaza@sena.edu.co](mailto:yperaza@sena.edu.co)

**TERCERO: SE ORDENA** a la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC**, publicar esta decisión en la página web de la entidad correspondiente a la presente convocatoria, el auto admisorio esta tutela para que los integrantes para el cargo de Profesional Universitario Grado 2 identificado con el código OPEC 61988, modalidad abierto del Sistema General de Carrera Administrativa de la Planta de Personal del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, en aras de comunicar y notificar a los interesados e inscritos dentro de la OPEC referida, para lo que consideren pertinente.

**CUARTO: SE INDICA** a las partes y a los terceros intervinientes que todos los actos procesales deberán surtirse a través del correo electrónico [jadmin21bta@notificacionesrj.gov.co](mailto:jadmin21bta@notificacionesrj.gov.co); debido a la emergencia sanitaria decretada en todo el territorio nacional.

**QUINTO:** En el evento de no ser impugnada esta providencia, envíese a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**ROSSE MAIRE MESA CEPEDA**  
**JUEZ**

mfgg