

REPÚBLICA DE COLOMBIA**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.
SALA DE FAMILIA****Bogotá D.C., veinticuatro de febrero de 2021****MAGISTRADA: LUCÍA JOSEFINA HERRERA LÓPEZ****ACCIÓN DE TUTELA DE LIADIS ZENITH LAGUNA ORTEGA EN CONTRA DE LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (CNSC) Y SENA (Impugnación). Radicación: 11001-31-10-012-2020-00478-01.**

Aprobado según Acta N° 017 del 24 de febrero de 2021

Oportunamente y en ejercicio de la competencia atribuida en los Decretos 2591 de 1991 y 1983 de 2017, resuelve el Tribunal la impugnación de la accionante frente a la sentencia del 21 de enero de 2021, proferida en el Juzgado Doce de Familia de Bogotá D.C., que le negó la protección de sus derechos fundamentales a la dignidad humana, garantía y efectividad de la protección de los derechos por parte del estado, igualdad, derecho de petición, trabajo, debido proceso administrativo, acceso a cargos y funciones públicas vía mérito, así como a los principios de confianza legítima, buena fe y seguridad jurídica, presuntamente vulnerados por la **CNSC** y el **SENA** en el marco de la Convocatoria No. 436 de 2017, realizada para proveer definitivamente por concurso abierto de méritos 4.973 cargos del Nivel Asistencial, Técnico, Instructor, Profesional y Asesor (Administrativos).

En concreto, solicita se ordene a las accionadas: (i) nombrarla y posesionarla “*en periodo de prueba*” en uno de los empleos de instructor, código 3010, grado 1 hayan sido o no ofertados, haciendo uso de la lista de elegibles, y “*sin tener en cuenta el Criterio unificado de enero de 2020 si no la similitud funcional*” (sic), (ii) verificar “*toda la planta de personal del SENA, para identificar todos los cargos con la denominación INSTRUCTOR CODIGO (sic) 3010 GRADO 1 con los núcleos*

*básicos de conocimiento contemplados en la OPEC No 59387 a la cual se presentó”, (iii) responder, de fondo, el derecho de petición radicado ante la **CNSC** el 26 de agosto de 2020, y (iv) “rendir un informe escrito a este Despacho, con los soportes respectivos, dentro de un término igual y siguiente al concedido para el cumplimiento del presente fallo”.*

En lo basilar, manifiesta la accionante que concursó en la convocatoria mencionada, optando por la Oferta Pública de Empleos de Carrera (OPEC) No. 59387, creada para cubrir cinco vacantes en el cargo de Instructor, Código 3010, Grado 1, y obtuvo un puntaje definitivo de 76,78, el octavo lugar dentro de la lista de elegibles, conformada mediante la Resolución No. 20192120048655 del 2 de mayo de 2019.

Al encontrarse en lista de elegibles, considera tener derecho a ser nombrada en uno de los cargos similares al de instructor, código 3010, grado 1 al cual se presentó que es de Nivel Asistencial, haya sido o no ofertado, en aplicación de lo establecido en las leyes 909 de 2004 y 1960 de 2019, ésta con efecto retrospectivo, además de lo reglamentado en el acuerdo 562 de 2016; sin embargo, no ha recibido de los accionados ofrecimiento, ni nombramiento alguno “*en periodo de prueba*”, es decir, no se le ha garantizado la posibilidad de acceder a un “*USO (sic) de Lista de Elegibles con cargos no ofertados*”, conforme lo autorizan las leyes mencionadas y “*lo confirmó la CNSC en auto de enero de 2020*”, atendiendo además el principio de la buena fe, y pese a que “*mi lista de elegibles se vence el 12 de mayo de 2021*”. Agrega que el **SENA** “*reportó a la CNSC, unos cargos no ofertados (sic) para que se haga el USO de lista de elegibles, sin embargo, este proceso tampoco se ha adelantado ya que siguen existiendo solicitudes de exclusión sin resolver*” (mayúscula textual).

Refiere que el 26 de agosto de 2020 presentó tres derechos de petición: uno ante la **CNSC**, solicitando ser nombrada en periodo de prueba “*haciendo USO DE LISTA DE ELEGIBLES con cargos no ofertados y dando aplicación a la ley 1960 de 2019 para los cargos con similitud funcional*”, no contestado por la entidad; los otros dos en el **SENA**, en uno le solicitó a la entidad nombrarla “*en un cargo no ofertado con la Denominación Instructor de los cargos no ofertados y desiertos*”, sin recibir respuesta de fondo, pues “*me envían unos archivos en Excel, pero en ningún momento me dicen puntualmente cuales son los cargos a nivel nacional que*

se encuentran desiertos, y no ofertados con la denominación de INSTRUCTOR, de igual manera no respondieron las peticiones puntualmente como las había solicitado” (mayúscula textual), sin embargo, cree “no es difícil descubrir (sic) que el SENA, tiene bastantes cargos con la denominación de INSTRUCTOR 1, que no fueron ofertados y con los que tiene el deber legal de Hacer (sic) uso de lista de elegibles, dando aplicación a la ley 1960 de 2019”; en el otro derecho de petición, le solicitó “información de cargos con la denominación instructor, con eje temático de gestión logística y red del conocimiento logística y gestión de la producción”, recibiendo por respuesta información de “CARGOS DESIERTOS CON LA DENOMINACIÓN DE INSTRUCTOR CON LOS CUALES TENGO SIMILITUD FUNCIONAL”, “NUEVAS VACANTES SIN LISTAS” y “NUEVAS VACANTES”.

Recalca que “El 16 de enero de 2020 La (sic) CNSC expide EL CRITERO UNIFICADO ‘USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DE 27 DE JUNIO DE 2019’ donde se deja la claridad y la obligatoriedad de hacer el uso de lista de elegibles con los cargos no ofertados posteriores a la entrada en vigencia de la mencionada LEY 1960 de junio de 2019” (Mayúscula textual).

Con escrito radicado el 20 de octubre de 2020, la accionante solicitó tener en cuenta “tres nuevos fallos de tutela con la misma situación FACTICA Y JURIDICA, que presenté en mi acción constitucional, y el nuevo criterio Unificado emitido por la CNSC, el pasado 22 de septiembre de 2020, donde después de que la entidad analizó el uso de lista de elegibles, aprobó su USO CON EMPLEOS EQUIVALENTES, que es lo que yo solicito en la acción de tutela”.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Admitida la acción de tutela en el Juzgado Doce de Familia de Bogotá D.C., autoridad de conocimiento en primera instancia, ordenó notificar a las accionadas, y en respuesta manifestaron *in extenso*, lo siguiente:

- La **CNSC** solicitó declarar la improcedencia del amparo, ante la existencia de otros mecanismos ordinarios para cuestionar los acuerdos reglamentarios del concurso; no obstante, se refirió a los empleos de carácter temporal como aquellos que a la luz del artículo 21 de la Ley 909 de 2004, surgen para suplir las necesidades de los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva con la

finalidad de cumplir funciones que no realiza el personal de planta por no formar parte de las actividades permanentes de la administración, desarrollar programas o proyectos de duración determinada, suplir necesidades de personal por sobre carga de trabajo, determinada por hechos excepcionales y desarrollar labores de consultoría y asesoría institucional de duración total, no superior a doce meses con directa guarda relación al objeto y naturaleza de la institución; en la opción de empleo acogida por la señora **LIADIS ZENITH LAGUNA ORTEGA** se ofertaron únicamente cinco vacantes, los elegibles que adquirieron el derecho a ser nombrados en período de prueba para el cargo, fueron los aspirantes que ocuparon las primeras posiciones en la lista de elegibles, la accionante ocupó la posición octava, es decir, *“tres (3) vacantes por encima de los primeros lugares, razón por la cual, no era posible que se realizara su nombramiento, pues queda claro que no ocupó una posición meritatoria en cuanto al número de vacantes ofertadas en el empleo, en ese sentido, se precisa que el empleo No. 59387 se encuentra provisto con los elegibles ubicados en la posición uno (1) a la cinco (5)”*.

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, advirtió, 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 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, lineamiento establecido en Criterio Unificado del 16 de enero de 2020, a fin de acatar lo dispuesto en la Ley 1960 de 2019, por la cual se modificó la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictaron otras disposiciones. En tal sentido agregó *“Ante lo expuesto, se tiene que las listas de elegibles derivadas de la convocatoria 436 de 2017, la cual fue aprobada antes de entrar en vigencia de la ley 1960 de 2019, solo pueden ser utilizadas para proveer vacantes de los empleos ofertados en el mencionado proceso de selección, o para cubrir nuevas vacantes de los “mismos empleos” o vacantes en cargos de empleos equivalentes de la respectiva convocatoria”*.

Indicó, así mismo, que *“Realizadas las precisiones a que hubo lugar y consultado el Sistema de Apoyo para la Igualdad el Mérito y la Oportunidad – SIMO se constató que durante la vigencia de las listas el SENA no ha reportado la existencia de vacante definitiva alguna que cumpla con el criterio de mismos empleos respecto de la lista de la OPEC 59387. De tal manera, se concluye imperiosamente que el empleo ofertado fue provisto conforme a las reglas del proceso de selección”*, tampoco ha acaecido alguna de las situaciones administrativas que dan lugar a la vacancia definitiva de uno de los empleos ofertados.

Agregó que, atendiendo una orden judicial, *“la CNSC expidió el AUTO N° 0353 DE 2020 15-05-2020 en el cual dispuso: Conformar las Listas Generales de Elegibles para los empleos denominados Instructor Código 3010 Grado 01, declarados desiertos en atención a los resultados del estudio realizado por la Dirección de Administración de Carrera Administrativa de la CNSC, cuya expedición deberá producirse una vez se resuelvan las actuaciones administrativas de exclusión elevadas por la Comisión de Personal del SENA y los recursos de reposición elevados ante esta entidad, en garantía del debido proceso que le asiste a todos los aspirantes dentro de la Convocatoria”*. En tal sentido, informó que procedería a expedir las listas de elegibles resultantes del estudio realizado por la Dirección de Administración de Carrera Administrativa de la Entidad, *“una vez resueltas las actuaciones administrativas de exclusión elevadas por la Comisión de Personal del SENA y los recursos interpuestos ante esta entidad, en garantía del debido proceso que le asiste a todos los aspirantes dentro de la Convocatoria”*, amén de que por virtud de la emergencia sanitaria, se reanudaron las actuaciones relacionadas con reclamaciones, solicitudes de exclusión, expedición de listas y firmeza individual y general de listas hasta el 11 de mayo de 2020.

Señaló que en atención a los autos Nos. *“0317 DE 2020 05-05-2020, 0324 DE 2020 13-05-2020, 0367 DE 2020 28-05-2020, 0370 DE 2020 29-05-2020, 0492 DE 2020 29-07-2020, 0497 DE 2020”*, se han conformado *“listas generales para proveer los empleos declarados desiertos de las áreas de Biotecnología Industrial, Instrumentación y Control de Procesos, Derechos Humanos Y Funda Mentales En El Trabajo, Minería, Gestión de la Fabricación en Calzado y Marroquinería, Forestal, Gestión de la Producción Textil, Mecanización Agrícola, Producción Audiovisual”*, expidiendo *“lista general para proveer tres (3) vacantes declaradas*

desiertas del área del conocimiento de Gestión logística, las cuales se relacionan a continuación:

empleo_id	denominación	ARE TEMÁTICA	Dependencia	Ciudad	Departamento
58452	Instructor	GESTIÓN LOGÍSTICA	Norte de Santander-Centro de Industria, Empres y los Servic	CÚCUTA	NORTE DE SANTANDER
59957	Instructor	GESTIÓN LOGÍSTICA	Guajira-Centro Agroempresarial y Acuicola	FONSECA	LA GUAJIRA
59221	Instructor	GESTIÓN LOGÍSTICA	Distrito Capital-Centro de Tecnologías del Transporte	BOGOTÁ D.C	BOGOTÁ, D.C.

Con relación a las plantas temporales, indicó, *“la competencia de la CNSC se circunscribe a realizar un estudio técnico para determinar si es posible proveer los empleos temporales con las listas de elegibles vigentes administradas por la CNSC, para lo cual los nominadores de las entidades solicitan aprobación de uso de listas relacionando la información establecida en el artículo 19 de la Ley 909 de 2004, para el diseño del respectivo empleo”*.

Concluyó “no resulta razonable hacer uso de la lista de elegibles del empleo 59387, toda vez que sobre el acto administrativo respectivo no se ha solicitado autorización por parte de la entidad, ni es quien continúa en estricto orden de mérito en la lista. 3.1. Frente a la petición que argumenta el accionante es preciso manifestar que esta CNSC ya dio respuesta completa y de fondo mediante el radicado de salida No. 20205000656311 del 1 de septiembre de 2020 contestando a cada una de las inquietudes hechas por el accionante, respuesta que fue enviada al correo electrónico del accionante junto con otros más” (Se subraya).

-. La entidad accionada, **SENA** ubicó en la **CNSC** la responsabilidad en la elaboración de las listas de elegibles en estricto orden de mérito, el **SENA** *“solo tiene el deber legar de realizar el nombramiento dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al envío de la lista de elegibles, de conformidad con el Decreto 1083 de 2015”*, por tanto, *“las listas de elegibles solo serán usadas en caso que se presente alguna vacante definitiva en el empleo inicialmente convocado, con ocasión a la generación de las causales de retiro del servicio establecidas en la*

Ley, siempre y cuando las mismas se encuentren vigentes, previa autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil, motivo por el cual, en caso que el accionante continúe en orden de mérito para ser nombrado en la OPEC 60508 (sic), será oportunamente informado”.

El análisis funcional de los empleos con las vacantes existentes y autorización de uso de listas, dijo, es “competencia legal y funcional de la CNSC de acuerdo con lo previsto en el artículo 11 de la Ley 909 de 2004”, y “teniendo en cuenta que el SENA efectuó el reporte de vacantes definitivas existentes en la planta de personal a la CNSC, corresponde a dicha Entidad aprobar el uso de las listas de elegibles conformadas en la Convocatoria 436 de 2017, que cumplan con las características previstas en el Criterio Unificado y que aún se encuentren vigentes, motivo por el cual, en caso de que se determine que el accionante cuenta con el orden de mérito para ser nombrado”, no obstante, agregó que si bien en el área temática “GESTIÓN LOGÍSTICA”, se reportaron desiertos tres cargos para las OPEC 58452, 59997 y 9221 [mismas referidas por la CNSC], ninguno se encuentra en la ubicación geográfica solicitada por la accionante, por tanto, *“No existen cargos con igual característica, funciones, perfil y ubicación geográfica al cual se presentó la accionante”* (Se subraya).

Se refirió a las diferentes consultas jurídicas y verificaciones adelantadas por el **SENA**, a raíz de las *“diferentes inquietudes que surgieron por el uso de las Listas de Elegibles suministradas por la CNSC y obtenida la última prórroga de la planta hasta el 31 de diciembre de 2021, el SENA inició el proceso de provisión de los empleos vacantes de la planta temporal, para lo cual se elaboró una Guía de Provisión de Empleos Temporales, con el objetivo de hacer públicos los lineamientos para proveer los empleos temporales en el SENA, conforme a los requisitos establecidos legal y jurisprudencialmente”,* lo cual *“demuestra con claridad señor juez, que la provisión de los empleos de la planta temporal se rige por una actuación administrativa completamente diferente a las normas de provisión de los empleos de carrera administrativa y un debido proceso especial, regulado por el SENA”,* y en relación con el derecho al acceso a cargos públicos, considera *“no existe certeza del acaecimiento del perjuicio irremediable, precisamente, porque de los hechos que fundamentan la tutela no se derivan los presupuestos fácticos que permitan concluir la titularidad del derecho subjetivo a ocupar el cargo, OPEC, al cual no concurso”*.

Agotado el trámite, la Juez *a quo* negó la protección solicitada en sentencia del 27 de octubre de 2020, anulada por este Tribunal el 9 de diciembre siguiente con la orden de integrar el contradictorio vinculando “a los demás aspirantes de la lista de elegibles en la cual se encuentra la accionante, así como a quienes actualmente ocupan en provisionalidad o encargo los empleos temporales y permanentes de Instructor, Código 3010, Grado 1, ofertados por el SENA con posterioridad a la Convocatoria 436 de 2017”. Renovada la actuación, se emitió nuevo fallo desestimando el amparo por improcedente, tras considerar:

“...que la accionante contaba no sólo con los recursos propios de la vía gubernativa en las diferentes fechas publicadas en la página web, sino con las acciones posteriores que pueden ser instauradas ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa para controvertir los actos administrativos que lesionen sus derechos y obtener así el restablecimiento de los mismos, pues de la revisión del expediente es palmar que la señora LIADIS ZENITH LAGUNA ORTEGA, no controvertió los actos administrativos expedidos en función del... Concurso Público Convocatoria 436 de 2017 de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL.//Entonces, no puede entenderse la acción de tutela, como vía gubernativa alguna, o como instrumento válido para dejar sin efecto resoluciones, actos administrativos, etc., pues en primer lugar el Juez Constitucional de tutela, tiene un marco específico sobre el cual no puede extralimitarse, pues violaría derechos fundamentales como debido proceso, igualdad, etc.; de las demás partes.//Para finalizar, el Despacho negara el amparo solicitado como quiera que la accionante cuenta con otros medios de defensa judicial para solicitar el amparo de sus derechos; y toda vez que no se enunció ni demostró que existieran razones excepcionales como un caso fortuito o una fuerza mayor que le hubieran impedido presentar la acción pertinente; y finalmente porque no se desprende del acopio probatorio perjuicio irremediable alguno en contra de aquella que le impidiera agotar los acciones ordinarias para defender los supuestos derechos vulnerados con la actuación de la accionada” (fols. 1131 a 1145).

LA IMPUGNACIÓN

La accionante solicita revocar la sentencia y en su lugar conceder el amparo acogiendo lo pretendido; a su juicio, acudir a los mecanismos ordinarios implica someterla a “eventualidades”, como la pérdida de vigencia de la lista de elegibles o la terminación del periodo del cargo para el cual concursó, desconociendo “los pronunciamientos de las altas cortes respecto a que en cualquier etapa de un concurso de méritos donde se ven derechos fundamentales vulnerados, lo que procede es la acción de tutela por la violación al Debido (sic) proceso administrativo”; la decisión, dice, “se apartó” del “precedente judicial... respecto al USO DE [LA] LISTA DE ELEGIBLES CON LOS CARGOS DECLARADOS DESIERTOS E INCLUSO CON LOS CARGOS NO OFERTADOS en aplicación a la Ley 1960 de 2019 yendo en contravía y, aún más con las políticas públicas del Estado en el

Nuevo Plan Nacional de Desarrollo ley 1955 de 2019 Art. 263 - REDUCIR LA PROVISIONALIDAD EN EL EMPLEO PUBLICO (sic), así como la nueva reforma al sistema de carrera administrativa Ley 1960 del 27 de junio de 2019. Artículo 6. Que (sic) modificó el Numeral (sic) 4 del artículo 31 de la ley 909 de 2004” (Mayúscula textual).

El criterio aplicado por la **CNSC** para el “USO” de la lista de elegibles en criterio de la accionante es “*inconstitucional*”, no se aviene al “*espíritu de la Ley 1960 de 2019*” y contraría “**EL PRINCIPIO DE INESCINDIBILIDAD DE LA NORMA**, porque en el Concepto Unificado de enero de 2020 solo toma del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019 la parte de ‘*mismo[s] empleos*’, desechando la utilización de los empleos equivalentes”, aun cuando “*La misma CNSC cambio (sic) el criterio unificado el pasado 22 de septiembre de 2020, donde después de que la entidad analizo (sic) el uso de lista de elegibles aprobó su USO con empleos equivalentes*”. Solicita revisar su caso atendiendo sus argumentos y “*antecedentes jurisprudenciales*” sobre la aplicación retrospectiva de la Ley 1960 de 2019, cita entre tales pronunciamientos, los siguientes:

AUTORIDAD COGNOSCENTE	PROVIDENCIA No.
Corte Constitucional	Sentencias T-340 de 2020 y T-059 de 2019
Tribunal Superior de Bogotá - Sala Laboral	1520200032301 - T0300102021
Tribunal Superior de Bogotá - Sala Penal	202000254-01, 202000154-01, 11001310905620200014601, y 10013109018202000143.
Tribunal Superior de Bogotá - Sala de Responsabilidad Penal para Adolescentes	1100131180520200011301
Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda - Subsección E	11001333603120200022401
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia - Sala Penal	63001310700120200005901
Tribunal Administrativo de Antioquia - Sala Primera de Oralidad	05001333301920200022101
Tribunal Administrativo de Boyacá - Sala de Decisión No. 6	15238333300320200008101
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá - Sala Civil	11001310303120200026601
Tribunal Administrativo de Santander	68001333300720200011401
Tribunal Administrativo de Antioquia - Sala Quinta	acumulados Nos. 05001333303120200015201 y 050013333031202000054
Tribunal Superior de Medellín	050013109027202000 - 0450224
Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca	76001333302120190023401
CSJ - Sala de Casación Civil	STC10579 de 2019
Juzgado Dieciocho de Familia de Bogotá	11001311001820200044800
Juzgado Catorce Administrativo Oral de Bogotá - Sección Segunda	11001333501420200033800

Juzgado Cuarto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cúcuta	54001310900420200009000
Juzgado Sexto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bucaramanga	Anyela María Ferro Zanguña (accionante)
Juzgado Cuarto de Familia de Bucaramanga	8001311000420200022600
Juzgado Diecinueve Administrativo Oral del Circuito de Medellín	05001333301920200022100

PETICIÓN DE NULIDAD

Atribuido el conocimiento de la impugnación a esta Sala de Decisión, la accionante solicitó declarar la nulidad de lo actuado el 10 de los cursantes y aplicar lo dispuesto en el *“artículo 2.2.3.1.3.1 del Decreto 1069 de 2015, adicionado por el decreto 1834 de 2015, remitiendo la Acción (sic) de tutela al JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ SECCIÓN SEGUNDA, por tutelas Masivas (sic) y acumulación de las mismas, teniendo en cuenta que, ese juzgado ya dio aplicación a este decreto, además que una de las accionadas también solicitó la acumulación”* (mayúscula textual).

ACTUACIÓN ADELANTADA EN ESTA INSTANCIA

Como consecuencia del requerimiento verbal realizado a la accionante en esta instancia, allegó copia del derecho de petición radicado ante la **CNSC** el 26 de agosto de 2020, junto con la constancia de envío a la entidad. Así mismo, remitió otros derechos de petición dirigidos a la entidad, entre ellos, uno de fecha 28 de septiembre de 2020, frente al que no fue posible la contradicción por parte de la entidad, ni se conoce si hubo o no respuesta.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Fundamento constitucional para el ejercicio de la acción de tutela se encuentra en el artículo 86 de la Carta Política, norma que habilita a toda persona a solicitar de los Jueces, protección inmediata y preferente para sus Derechos Constitucionales Fundamentales, cuando resulten vulnerados o amenazados por acción u omisión de las autoridades o de particulares en los casos autorizados por la ley.

2. Para resolver la impugnación, abordará la Sala los siguientes aspectos de necesaria consideración: **i.** La solicitud de nulidad, asunto condicionante de la competencia del Tribunal para resolver la impugnación contra la sentencia de primera instancia, **ii.** Procedibilidad de la acción, y **iii.** Análisis de las pretensiones constitucionales.

i. La solicitud de nulidad:

1. Acusa la señora **LIADIS ZENITH LAGUNA ORTEGA** nulidad de lo actuado, por la presunta inaplicación de la regla de reparto de acciones de tutela masivas, consagrada en el artículo 2.2.3.1.3.1. del Decreto 1069 de 2015, adicionado con el Decreto 1834 del mismo año, por cuanto *“ya existe un fallo masivo”* del Juzgado Doce Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá - Sección Segunda, emitido frente a acciones previas *“con la misma situación FACTICA (sic) Y JURIDICA (sic), contra el SENA y la CNSC, por la convocatoria 436 de 2017”*, por tanto, considera debe remitirse el asunto a ese despacho judicial.

2. De conformidad con la citada disposición, las acciones de tutela con identidad de objeto y eventual protección de los mismos derechos fundamentales, presuntamente amenazados o vulnerados por una sola y misma acción u omisión de una autoridad pública o de un particular *“se asignarán, todas, al despacho judicial que, según las reglas de competencia, hubiese avocado en primer lugar el conocimiento de la primera de ellas”*, al que se remitirán también *“las tutelas de iguales características que con posterioridad se presenten, incluso después del fallo de instancia”*. Se trata, en principio, de una labor a cargo de las oficinas de reparto a quienes, en palabras de la Corte Constitucional, *“les compete identificar el uso masivo de la acción a partir de los elementos objetivos que allí se introducen, con el fin de enviar las distintas solicitudes a un mismo despacho judicial”*; en su defecto, corresponde hacerlo al juez de conocimiento *“una vez se encuentre vencido el término de contestación de la demanda, comoquiera que la etapa de contestación es la oportunidad con que cuentan los demandados para poner de presente tal situación al juez, sin perjuicio de que este último conociese previamente sobre la autoridad judicial que tiene radicada la competencia para decidir el asunto de “tutelatón” puesto a su conocimiento”* (Autos 172 de 2016, M.P. **ALBERTO ROJAS RÍOS** y 285 de 2017, M.P. **ALEJANDRO LINARES CANTILLO**)

3. En todo caso, el artículo 2.2.3.1.3.3 ejúsdem es claro en señalar que tal remisión solo puede hacerse “*hasta antes de dictar sentencia*”, entendiendo por tal la de primera instancia, a fin de fallar todos los asuntos “*en la misma providencia*”, pues el propósito de la figura, como lo explica la misma doctrina constitucional, es “*anticiparse a una posible decisión futura que resulte contraria a lo que otro juez dijo en un caso idéntico y por esa razón, existe una cláusula de remisión que obliga al juez al que se le hizo mal el reparto a enviar el expediente al juez que tiene radicada la competencia del asunto específico de tutela masiva*”¹, ello equivale a señalar que después de emitida la decisión de primera instancia, ya no hay razón para tal remisión.

4. Pero, ¿qué sucede cuando el *a quo* constitucional emite sentencia sin aplicar la regla de reparto prevista para las tutelas masivas?, la Corte Constitucional responde a tal interrogante en el último auto citado, señalando al respecto que “*dicha disposición normativa no prevé la consecuencia que se sigue cuando el juez al que le fue puesto de presente una situación de tutela masiva hizo caso omiso a ello y profirió una sentencia en el trámite de tutela. Sin embargo, la Corte considera que esa decisión en modo alguno es anulable dado que, de una parte, (i) las disposiciones del Decreto 1834 de 2015... son reglas de reparto cuyo desconocimiento, como lo ha dicho la Corte, no conduce a anular todo lo actuado dentro del trámite de tutela y, de otra, (ii) de actuar así se desconocerían los principios de celeridad, eficacia, prevalencia de lo sustancial sobre las formas y acceso oportuno a la administración de justicia del trámite de tutela, en tanto los jueces están llamados a observar y cumplir en debida forma los términos procesales consagrados en el artículo 86 de la Carta, para decidir las solicitudes de amparo constitucional puestas en su conocimiento*” (Se subraya).

5. Se concluye de lo dicho, que la inaplicación de la mencionada regla de reparto no da lugar a vicio procesal capaz de invalidar lo actuado, pues de allí no se deriva causal de nulidad alguna de las taxativamente consagradas por el legislador; la omisión pudiera catalogarse más bien, como una irregularidad de aquellas que, según lo prevé el artículo 133 del CGP aplicable a esta clase de acciones constitucionales por remisión del artículo 4° del Decreto 306 de 1992²,

¹ Auto 285 de 2017, M.P. **ALEJANDRO LINARES CANTILLO**

² Aparte normativo recogido en el Artículo 2.2.3.1.1.3. del Decreto Nro. 1069 de 2015 (Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho), precisando que antes enseñaba

“se tendrán por subsanadas si no se impugnan oportunamente por los mecanismos que este código establece”.

6. En este caso, las partes dieron a conocer en la primera instancia la existencia de varias acciones de tutela instauradas contra la **CNSC** y el **SENA**, por hechos y pretensiones relacionadas también con la Convocatoria No. 436 de 2017, sin embargo, no se solicitó concretamente a la Juez *a quo* examinar si estaban o no dados los presupuestos necesarios (triple identidad: objeto, causa y sujeto pasivo), para remitir la actuación con égida en la regla de reparto de acciones de tutela masivas, antes de proferir el fallo y, solo después de pronunciada la decisión de fondo, la accionante hizo una petición en tal sentido, a todas luces extemporánea, si se atiende la limitación temporal establecida en el artículo 2.2.3.1.3.3 del Decreto 1069 de 2015; pero si en gracia de discusión, existiera la prenotada identidad, tampoco hay lugar a considerar la existencia de una nulidad como lo pretende la quejosa, pues, tal como se orienta en la doctrina constitucional, esa irregularidad no genera nulidad; lo contrario, sería ir en contravía de la celeridad, eficacia, prevalencia de lo sustancial sobre las formas, acceso oportuno a la administración de justicia del trámite de tutela, y del alcance dado a la disposición por la H. Corte Constitucional en los autos 172 de 2016 y 285 de 2017, éste para señalar que el Juez de segunda instancia *“No puede suspender el trámite constitucional y omitir pronunciamiento de fondo”*, so pretexto de dar aplicación a la norma.

ii. Procedibilidad de la acción:

1. Establecida de esta forma la competencia del Tribunal para resolver la impugnación a la sentencia de primera instancia, a ello procede en los siguientes términos:

2. La obligatoria verificación de los presupuestos de procedibilidad de la acción de tutela impone advertir, en principio, su improcedencia general para cuestionar decisiones adoptadas en concursos de méritos, en consideración a la naturaleza subsidiaria y residual del resguardo, por cuanto no es un medio

que, «para la interpretación de las disposiciones sobre trámite de la acción de tutela previstas por el Decreto 2591 e 1991 (...), en todo aquello en que no sean contrarios a dicho decreto», se aplicarían los principios generales del Código de Procedimiento Civil, pero ahora hace referencia no a éste estatuto sino al Código General del Proceso.

alternativo de solución de las controversias, ni pretende sustituir la competencia atribuida por el legislador a las autoridades jurisdiccionales, pues los afectados pueden acudir a las acciones judiciales consagradas en el Estatuto Procesal Administrativo a controvertirlas. Solo excepcionalmente, la jurisprudencia admite la procedencia de este mecanismo, para cuestionar situaciones relacionadas con concursos de méritos, cuando se advierta la existencia de un perjuicio irremediable al estar en riesgo la protección de los derechos fundamentales al trabajo, la igualdad y el debido proceso administrativo, acorde con la constitucionalización del principio de mérito consagrado en el artículo 125 de la Constitución Política, como criterio preponderante para la designación y promoción de servidores públicos, el cual busca asegurar *“el cumplimiento de los fines estatales y de la función administrativa previstos en los artículos 2 y 209 Superiores”*, *“materializar distintos derechos de la ciudadanía. Por ejemplo, el derecho de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos; el debido proceso”*, y garantizar *“la igualdad de trato y oportunidades”* (Sentencia T-340 de 2012, M.P. **LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ**)³

3. No es ajeno al análisis de procedencia el carácter actual y permanente de la afectación ius fundamental, por virtud del cual le corresponde al accionante acreditar la gestión adelantada previo a la interposición del auxilio, con miras a exponer sus aspiraciones a la autoridad accionada, primera llamada a emitir un pronunciamiento al respecto, pues como lo ha reiterado la jurisprudencia, la acción de tutela no es un mecanismo al cual pueda acudir de manera principal, tampoco está diseñada para reclamar prematuramente decisiones que en principio le corresponden a otro funcionario, so pena de usurpar competencias ajenas; temática frente a la cual ha dicho la H. Corte Suprema de Justicia:

“(...) [E]s palmario que la tutela no es un mecanismo que se pueda activar, según la discrecionalidad del interesado, para... reclamar prematuramente un pronunciamiento del juez constitucional, que le está vedado, por cuanto no puede arrogarse anticipadamente facultades que no le corresponden, con miras a decidir lo que debe resolver el funcionario competente (...) para que de una manera rápida y eficaz se le proteja el derecho fundamental al debido proceso’, pues, reitérase, no es este un instrumento del que pueda hacer uso antojadizamente el interesado, ni mucho menos para eludir el que de manera específica señale la ley (...)” (Se subraya) (CSJ,

³ Consultar, entre otras, sentencia T-180 de 2015, M.P. **JORGE IVÁN PALACIO PALACIO** *“La acción de tutela es un mecanismo excepcional de defensa de los derechos fundamentales de las personas participan en un proceso de selección de personal público y son víctimas de un presunto desconocimiento de cualquiera de sus derechos fundamentales”*.

sentencia STC294 del 27 de enero de 2021, M.P. **LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA**, sentencia del 22 de febrero de 2010, Exp. 00312-01, reiterada el 20 de marzo de 2013, Exp. 00051-01, y el 17 de septiembre de 2013, Exp. 1700122130002013-00211-01, entre otras.)

4. La Sala considera procedente la acción de tutela con miras a examinar la situación fáctica planteada por la accionante, en el entendido que:

4.1 La misma acusa vulneración de su derecho fundamental al debido proceso administrativo, dentro Convocatoria No. 436 de 2017 en la cual concursó, al no hacer uso de la lista de elegibles conformada mediante la Resolución No. 20192120048655 del 2 de mayo de 2019, la cual quedó en firme el 11 de mayo siguiente, por tanto, vigente hasta el 12 de mayo de 2021⁴, ante el presunto desconocimiento en su caso, de la aplicación retrospectiva de la Ley 1960 de 2020 según lo considerado en la sentencia T – 340 de 2020, que modificó puntualmente la regla que limitaba el uso de las listas de elegibles a las vacantes ofertadas en la convocatoria, para permitir que con ellas también se provean las *“vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad”*.

4.2 La lista de elegibles en la cual se encuentra la accionante tiene vigencia hasta el 12 de mayo de 2021, y ello, ante el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la mencionada ley y su aplicación retrospectiva, puede implicar para ella la ineficacia de los mecanismos ordinarios en la vía de lo contencioso administrativo, por el tiempo que normalmente puede llevar la definición de esta clase de controversias, amén de que, se reitera, la censura parte del presunto incumplimiento de un deber legal de la entidad.

4.3 Está acreditado que previo a acudir a la acción de tutela, la accionante desplegó una gestión con miras a que las autoridades accionadas analizaran su situación concreta, de cara a los reclamos expuestos en este escenario constitucional, conforme se constata con los derechos de petición elevados el 26 de agosto y 28 de septiembre de 2020, último en el cual solicitó a la **CNSC** que

⁴ La Ley 909 de 2004, por medio de la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones, establece:

«ARTÍCULO 31. Etapas del proceso de selección o concurso. El proceso de selección comprende:... 4. Listas de elegibles. 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” (Se subraya)

una vez se autorice el uso de lista de elegibles para proveer la vacante con la denominación de Instructor 3010 grado 1. identificada con el IDP No 1038, 895, 8986, 780, 881, 1402, 1407, 1505, 2626, 2345, 3534, 3742, 3758, 3738, 3822, 4002, 4011, 9251, 3974, 4046, 4152, 3126, 918, 2289, 2760, 3388, 3121, 3179, 2540, 8449, 7897, 2431, 4690, 4692, 3404, 5197, 5329, 5353, 5482, 5451, 4080, 7872, 5731, 5923, 3945, 8850, 6058, 6206, 7351, 7887, 7723, 6408, 7193, 1550, 7376, 6756, 7036, 7047, Y 7097, con las listas de elegibles de la convocatoria 436 de 2017, *“se me nombre y poseione en periodo de prueba en uno de los cargos en mención”*,.

iii. Análisis de las pretensiones constitucionales.

1. Partiendo del reproche constitucional reseñado en el numeral 4.1 del anterior literal, es preciso memorar que el artículo 6° de la Ley 1960 de 2019, modificó la regla establecida en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004, *“Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”*, que permitía agotar las listas de elegibles únicamente para los cargos convocados, en el sentido de autorizar su uso frente a aquellas *“vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad”*, y siempre que la lista se encontrara vigente.

2. Aun cuando dicha Ley dispuso que *“su vigencia se daría a partir de la fecha de publicación”*, según criterio auxiliar de interpretación de la sentencia T-340 de 2020, es posible y acorde con un principio de exégesis favorable, la aplicación retrospectiva de la regla del artículo 6° de la Ley 1960 de 2019⁵, para el caso de quienes se encuentran en 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”*, pero no fueron nombrados al exceder su posición el número de vacantes ofertadas, y en tal caso, sería viable su designación con esa lista, siempre y cuando *“se den los supuestos que habilitan el nombramiento de una persona que integra una lista de elegibles y*

⁵ Ley 1960 de 2019 *“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.

ésta todavía se encuentre vigente”, tal cual lo analizó la H. Corte Constitucional en sentencia T-340 del 21 de agosto de 2020, M.P. **LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ**, al señalar:

“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.

(...)

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”.

3. Con esa orientación, el Tribunal puede establecer que la accionante está cobijada bajo el señalado efecto retrospectivo de la Ley 1960 de 2019, por hacer parte de lista de elegibles, conformada mediante Resolución No. 20192120048655 del 2 de mayo de 2019, en firme el 11 siguiente, ocupando el octavo puesto, tres lugares por debajo de los primeros cinco correspondientes a las vacantes ofertadas, y no ha sido nombrada en periodo de prueba por cuenta de la misma lista, cuya vigencia se extiende hasta el 12 de mayo de 2021.

4. Ahora bien, en el derecho petición radicado por la accionante ante el **SENA** el 26 de agosto de 2020, le solicitó oficiar a la CNSC, para solicitar “el uso de

lista de elegibles con todas las vacantes no ofertadas en la convocatoria 436 de 2017, mencionadas en los puntos décimo séptimo y décimo octavo, para dar aplicación a la LEY 1960 de 2019”, y frente a tal solicitud la entidad le indicó que “ha efectuado el reporte de todas las vacantes definitivas existentes en la planta de personal a la CNSC y realizó la solicitud de uso de las listas de elegibles conformadas en la Convocatoria 436 de 2017 cumpliendo con la Circular 001 de 2020, corresponde a dicha Entidad emitir las autorizaciones respectivas para proveer los “mismos empleos” que cumplan con las características previstas en el Criterio Unificado y que aún se encuentren vigentes”.

5. De similar manera, en el derecho el petición radicado ante la **CNSC** el mismo día, la accionante le solicitó a la entidad solicitar al **SENA** “el uso de lista de elegibles con todas las vacantes no ofertadas en la convocatoria 436 de 2017, mencionadas en los puntos décimo séptimo y décimo octavo, para dar aplicación a la LEY 1960 de 2019”, y realizar “visita al SENA y revise el total de la Planta de personal del SENA para que identifique el total de los cargos No ofertados por el SENA en la convocatoria 436 de 2017 y que actualmente se encuentran vacantes, en provisionalidad y en encargo, para que los mismos sean provistos mediante uso de lista de elegibles para que se le de aplicación a la LEY 1960 de 2019” respondiendo al respecto la entidad.

“En lo concerniente al uso de la lista de elegibles ante la creación de nuevos empleos de carrera administrativa por parte de la entidad o generación de nuevas vacantes, previo a realizar la solicitud de uso de listas, la entidad nominadora deberá reportar las vacantes en SIMO de conformidad con lo establecido en el Criterio Unificado del 16 de enero de 2020, así:

“uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019” el cual señala, 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”** (subrayado y negrita fuera de texto)⁶.

⁶ En documento emitido por la CNSC el 06 de agosto de 2020, denominado: “COMPLEMENTACIÓN AL CRITERIO UNIFICADO “USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DE 27 DE JUNIO DE 2019 del 16 de enero de 2020”, determinó: “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

“Por ello, en pro de establecer un lineamiento que permita a las entidades, dar aplicación al aludido Criterio del 16 de enero de 2020, la Comisión Nacional del Servicio Civil, emitió la Circular Externa Nro. 001 del 21 de febrero de 2020, en la cual se fijó el procedimiento para el reporte de las vacantes definitivas de carrera administrativa que serán provistas con listas de elegibles vigentes de “mismos empleos”, en virtud del criterio unificado de uso de listas en el contexto de la Ley 1960 de 2019 y de su complementación, emitido por la CNSC el 06 de agosto de 2020. De lo anterior se colige que, si las vacantes no ofertadas, no cumplen con las características definidas para “mismos empleos” de conformidad con lo establecido en el Criterio Unificado del 16 de enero de 2020, esto es, empleos “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”, no resulta viable efectuar uso de listas a efectos de proveerlas”.

Y frente a la otra solicitud, la **CNSC** refirió:

“Sobre el particular se indica que, en cuanto a la identificación de los empleos actualmente vacantes y no reportados en el SENA, debe ser resuelta por el Servicio Nacional de Aprendizaje, toda vez que tal información es del resorte exclusivo de la entidad, comoquiera que constituye información institucional, la cual está sujeta a la variación y movilidad que pueda presentarse en la planta de personal. En ese entendido, es deber de la entidad, suministrar la información pertinente a través del Sistema de Apoyo para la Igualdad el Mérito y la Oportunidad – SIMO. Motivo por el cual no se accede a su solicitud”.

6. Examinadas las respuestas de las autoridades accionadas, con la luz de las modificaciones introducidas por la nueva normatividad y del criterio auxiliar de interpretación al respecto sentado por la H. Corte Constitucional en sentencia T-340 de 2012, la Sala considera vulnerado el debido proceso administrativo de la accionante, pues la **CNSC** y el **SENA** condicionan el uso de las listas de elegibles para cubrir las vacantes no ofertadas, a que éstas correspondan al “mismo empleo”, entendiendo por tal aquellos que tengan *“igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes”*, al margen de lo establecido en el artículo 6° de la Ley 1960 de 2019 frente al uso de las listas para

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.” (Subraya fuera de texto)

aquellas “*vacantes definitivas de cargos **equivalentes** no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad*” (Se subraya y resalta), por lo cual resulta reprochable la exégesis de las accionadas, en tanto restringe a la accionante la posibilidad de acceder a uno de los cargos similares al cual concursó, sin haber agotado el procedimiento administrativo o estudio técnico pertinente para determinar la existencia o no de empleos equivalentes, tal como lo prevé la norma en cita.

7. Se suma a lo dicho, que el 22 de septiembre de 2020, esto es, antes de ser presentada la acción de tutela, la **CNSC** aprobó un nuevo Criterio Unificado, en el que tras precisar el alcance de los términos “*Mismo Empleo*” y “*Empleo Equivalente*”, determinó que “*En cumplimiento del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, las listas de elegibles producto de un proceso de selección se usarán para proveer vacantes definitivas de los “mismos empleos” o “empleos equivalentes”, en los casos previstos en la Ley*”, señalando frente a estos últimos que “*Se entenderá por empleos equivalentes aquellos que pertenezcan al mismo nivel jerárquico, tengan grado salarial igual, posean el mismo requisito de experiencia, sean iguales o similares en cuanto al propósito principal o funciones, requisitos de estudios y competencias comportamentales y mismo grupo de referencia de los empleos de las listas de elegibles*”.

8. Pese a lo anterior, en respuesta a la acción constitucional la **CNSC** insiste en señalar, en contravía incluso del nuevo Criterio, 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” o vacantes en cargos de empleos equivalentes de la respectiva convocatoria*” (Se subraya).

9. Ahora, aunque en el anterior contexto se advierte necesaria la intervención del Juez constitucional, con miras a adoptar una determinación en salvaguarda del derecho fundamental al debido proceso administrativo de la quejosa, no resulta viable ordenar a las accionadas nombrarla y posesionarla en uno de los empleos de instructor, código 3010, grado 1 hayan sido o no ofertados, haciendo uso de la lista de elegibles, como aquella lo pretende, porque, una parte del supuesto normativo, no logra despejarse en la breve verificación sumaria del trámite constitucional, cual es, la existencia de cargos iguales o equivalentes a

los ofertados, que cumplan las condiciones previstas en el artículo 6o de la Ley en cuestión, amén de que no basta con hacer parte de la lista y solicitar a la entidad como dice haberlo hecho la quejosa en su petición del 26 de agosto de 2020, para ser nombrada en uno de los cargos vacantes equivalentes al cual se presentó; es preciso, adelantar el trámite administrativo para determinar: **i.** Las equivalencias en los cargos, **ii.** Ofertar públicamente a todos los concursantes en idénticas o mejores condiciones, **iii.** Conformar o reconfigurar, luego de ese inicial procedimiento, las listas con todos los interesados y aspirantes que se encuentren en la lista y en igualdad de condiciones, y **iv.** Designar entonces a quien ocupe el primer lugar por el sistema del mérito, como constitucionalmente corresponde.

10. Con respecto a lo primero, no es tarea del Juez de tutela adentrarse a establecer en la instancia constitucional, equivalencias en los empleos, en cuanto a los requisitos y los méritos de todos y cada uno de los aspirantes, porque ello implicaría usurpar funciones atribuidas por la ley a la entidad oferente, cuando fija las reglas del concurso, o bien a la C.N.S.C., previo el análisis técnico que corresponda, con pleno conocimiento de la naturaleza, función, ubicación, y requisitos de los cargos. Por lo mismo, la orden de nombrar a la accionante, con prescindencia de los derechos de los demás aspirantes y del debido proceso administrativo para determinar esos aspectos, desborda la competencia del Juez Constitucional y aun la finalidad del mecanismo tuitivo por excelencia.

11. Las dificultades advertidas empero, no puede derivar en desconocimiento o inaplicación del artículo 6° de la Ley 1960 de 2019, con vigencia retrospectiva según lo advertido en sentencia T- 340 de 2020, prescindiendo *a priori* del estudio técnico pertinente, con miras a establecer las equivalencias en el empleo y resolver de forma concreta las peticiones de la accionante, lo que corresponde a las dos entidades responsables del proceso de selección por méritos de los aspirantes a ocupar las vacantes, para el caso el **SENA** y la **CNSC**.

Conclusión

Así las cosas, la sentencia de primera instancia se revocará, y en su lugar se amparará el derecho fundamental de la accionante al debido proceso

administrativo, frente al **SENA** y a la **CNSC**; en consecuencia, se ordenará a las entidades que dentro del marco de sus funciones y competencias legales, procedan de manera coordinada, a realizar el estudio técnico necesario para establecer si hay equivalencias entre los empleos vacantes ofertados y no ofertados y el empleo de Instructor, Código 3010, Grado 1, al cual se presentó la accionante en la OPEC No. 59387; a continuación, de haber lugar a ello, consoliden la correspondiente lista de elegibles, previa convocatoria a los interesados en aplicar a dichos empleos y, finalmente, de acuerdo al mérito y demás principios y normas que rigen la carrera administrativa, determinen si hay o no lugar a nombrar a la accionante en alguno de los cargos equivalentes resultantes, si es que se ubica en el primer lugar.

Los accionados deberán adoptar las determinaciones necesarias, a fin de garantizar la publicidad, el derecho de defensa y contradicción de quienes, cumpliendo los requisitos del artículo 6° de la Ley 1960 de 2019, puedan ver involucrados sus intereses por haber aprobado el concurso de méritos y estar aspirando al empleo Instructor, Código 3010, Grado 1 o el que resulte equivalente, en las acciones que adelanten en el cumplimiento de la orden constitucional, para lo cual se otorga un plazo razonable de dos meses, contados a partir de la notificación del fallo.

Previendo eventuales contingencias en el procedimiento administrativo a desarrollarse por las entidades accionadas, deben tener presente que no podrán sacrificar el eventual derecho sustancial de la accionante de llegar a consolidarse, por el vencimiento del plazo de vigencia de las listas de elegibles, tal como se advierte en las sentencias T-112A de 2014 y STC9886 de 2019.

Por último, atendiendo la protección otorgada, sobra cualquier consideración en torno al derecho fundamental de petición, pues las solicitudes de la accionante gravitan en torno a la problemática aquí zanjada.

Finalmente, se ordenará remitir las diligencias a la H. Corte Constitucional para la eventual revisión del fallo.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., en Sala de Decisión de Familia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 21 de enero de 2021, proferida en el Juzgado Doce de Familia de Bogotá D.C., y en su lugar se ampara el derecho fundamental de la accionante al debido proceso administrativo, frente al **SENA** y a la **CNSC**; en consecuencia, se ordena a las entidades que dentro del marco de sus funciones y competencias legales, procedan de manera coordinada, a realizar el estudio técnico necesario para establecer si hay equivalencias entre los empleos vacantes ofertados y no ofertados y el empleo de Instructor, Código 3010, Grado 1, al cual se presentó la accionante en la OPEC No. 59387; a continuación, de haber lugar a ello, consoliden la correspondiente lista de elegibles, previa convocatoria a los interesados en aplicar a dichos empleos y, finalmente, de acuerdo al mérito y demás principios y normas que rigen la carrera administrativa, determinen si hay o no lugar a nombrar a la accionante en alguno de los cargos equivalentes resultantes, si es que se ubica en el primer lugar.

Los accionados deberán adoptar las determinaciones necesarias, a fin de garantizar la publicidad y el derecho de defensa y contradicción de quienes, cumpliendo los requisitos del artículo 6° de la Ley 1960 de 2019, puedan ver involucrados sus intereses por haber aprobado el concurso de méritos y estar aspirando al empleo Instructor, Código 3010, Grado 1 o el que resulte equivalente, en las acciones que adelanten en el cumplimiento de la orden constitucional, y para lo cual se les otorga el plazo razonable de dos meses, contados a partir de la notificación del fallo.

Previendo eventuales contingencias en el procedimiento administrativo a desarrollarse por las entidades accionadas, deben tener presente que no podrán sacrificar el eventual derecho sustancial de la accionante de llegar a consolidarse, por el vencimiento del plazo de vigencia de las listas de elegibles, tal como se advierte en las sentencias T-112A de 2014 y STC9886 de 2019.

SEGUNDO: NOTIFICAR lo aquí dispuesto mediante oficio a los Representantes Legales de las entidades accionadas y, telegráficamente a los demás interesados, así como al juzgado de primera instancia.

TERCERO: En firme esta decisión, en cumplimiento de lo previsto en el inciso último del artículo 31 del Decreto 2591 de 1.991, se ordena remitir el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE



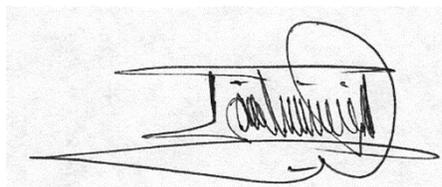
LUCÍA JOSEFINA HERRERA LÓPEZ

Magistrada



JOSÉ ANTONIO CRUZ SUÁREZ

Magistrado



IVÁN ALFREDO FAJARDO BERNAL

Magistrado