

REPÚBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander
JUZGADO CUARTO PENAL DEL CIRCUITO, CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE CÚCUTA

Radicado: 54001-31-09-004-2020-00090-00

San José de Cúcuta, cuatro (04) de septiembre de dos mil veinte (2.020)

Procede el Despacho a proferir el fallo dentro de la acción de tutela presentada por el señor MARIO ENRIQUE PITA ALVAREZ, contra la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, CNSC, LA OFERTA PUBLICO DE EMPLEO DE CARRERA- OPEC, y el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE- SENA por la presunta violación de su derecho fundamental de Debido Proceso, entre otros.

HECHOS

Refiere el accionante en síntesis que mediante Acuerdo No. CNSC-20171000000116 DEL 24-07- 2017, la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), dio a conocer el documento “Por el cual se convoca a Concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal perteneciente al Sistema General de Carrera Administrativa del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, Convocatoria No. 436 de 2017 - SENA”.

Que se inscribió en la Convocatoria 436 de 2017 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, proceso destinado a proveer plazas ofertadas en concurso para el empleo de **PROFESIONAL (sena) Grado 3, de la OPEC 61462**, para la entidad de derecho público **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE** logrando alcanzar el tercer lugar, ahora el segundo lugar por la recomposición automática de las listas, de acuerdo a la resolución N° CNSC – 20182120149475 DEL 17-10-2018 registrado en el puesto con 3 con 63.44 puntos.

Que el día 15 de octubre de 2019 “realicé un derecho civil al Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, donde solicité información acerca de la planta de personal del SENA, que no fue respondido satisfactoriamente y por el cual el Juez Tercero Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta (N.S.) mediante fallo de tutela ordenó “*dar respuesta la solicitud remitida el 30 de octubre de 2019, vía página web del SENA, por el accionante 049519, petición orientada a que le brindara información. Respecto al número de cargos con el mismo propósito y funciones dentro de la planta de personal del SENA. Regional donde se encuentra ubicados los mismos, formas de su provisión, número de cargos en vacancia definitiva y en vacancia temporal, indicándose las razones de dicha temporalidad, entre otros ítems, de manera que satisfaga el derecho de petición, mediante una respuesta de fondo, clara, precisa y congruente*”.

Que el día 09 de junio de 2020 “realicé un derecho civil al Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, donde solicité lo siguiente:

1. Se emita el acto administrativo por medio del cual se efectúe mi nombramiento en periodo de prueba en el cargo de Profesional Grado 03, con el mismo propósito y funciones del ofertado en la OPEC 61462 de la Convocatoria 436 del 2017, es decir, en alguna de las CUATRO (4) vacantes DEFINITIVAS informadas en el oficio No. 68-2-2020-003814 del 24/02/2020, emitido por el Coordinador del Grupo Administrativo Mixto del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA, producto de la aplicación del Criterio Unificado "Uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019" emitido por la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC el 16/01/2020.
2. Se de aplicación al Acuerdo 159 del 06/05/2011 de la CNSC, así como la Resolución 3265 del 26/10/2010, en el sentido que se efectúe Audiencia de escogencia de empleo, teniendo presente que el oficio No. 68-2-2020-003814 del 24/02/2020, emitido por el Coordinador del Grupo Administrativo Mixto del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA, señala vacantes en los municipios de Bucaramanga, Málaga, Cartagena de Indias y Palmira.

3. Se aplique, en caso de no efectuar Audiencia de escogencia de empleo, mi criterio de preferencia en el siguiente orden: primero Bucaramanga, segundo Málaga, tercero Cartagena de Indias y cuarto Palmira.
4. En caso de no ser efectuado el nombramiento en las plazas señaladas en el oficio No. 68-2-2020-003814 del 24/02/2020, emitido por el Coordinador del Grupo Administrativo Mixto del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA, efectuar el nombramiento en periodo de prueba en alguna vacante definitiva disponible, aplicando el Criterio Unificado "Uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019" emitido por la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC el 16/01/2020 y el procedimiento contenido en la Circular Externa No. 001 del 21/02/2020, "instrucciones para la aplicación del Criterio Unificado "Uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio del 2019" en procesos de selección que cuentan con listas de elegibles".
5. Se efectúe solicitud de estudio técnico de equivalencia del empleo identificado con el código OPEC No. 61462, para hacer uso de las listas de elegibles de la misma, teniendo presente que existen CUATRO (4) vacantes definitivas con el mismo propósito y funciones, según se enunció previamente en el hecho Segundo de este escrito.
6. Suministrar copia íntegra de la solicitud, efectuada por el SENA ante la CNSC, de estudio técnico de equivalencia del empleo identificado con el código OPEC No. 61462, para hacer uso de la lista de elegibles, en caso de haberse efectuado.

Que el Servicio Nacional de Aprendizaje respondió al derecho de petición relacionado en el punto 2.4 con el escrito número 7-2020-085955, de la siguiente forma:

"De manera atenta le informo que la provisión definitiva de empleos de carrera, además de encontrar sustento legal en la Ley 909 de 2004, se encuentra prevista en el Decreto 1083 de 2015, modificado por el Decreto 498 de 2020, en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 2.2.5.3.2 Orden para la provisión definitiva de los empleos de carrera. La provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuará teniendo en cuenta el siguiente orden:

1. Con la persona que al momento de su retiro ostentaba derechos de carrera y cuyo reintegro haya sido ordenado por autoridad judicial.
2. Por traslado del empleado con derechos de carrera que demuestre su condición de desplazado por razones de violencia en los términos de la Ley 387 de 1997, una vez impartida la orden por la Comisión Nacional del Servicio Civil.
3. Con la persona de carrera administrativa a la cual se le haya suprimido el cargo y que hubiere optado por el derecho preferencial a ser reincorporado a empleos iguales o equivalentes, conforme con las reglas establecidas en el presente Decreto y de acuerdo con lo ordenado por la Comisión Nacional del Servicio Civil.
4. Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles para el empleo ofertado que fue objeto de convocatoria para la respectiva entidad.

Si agotadas las anteriores opciones no fuere posible la provisión del empleo deberá adelantarse proceso de selección específico para la respectiva entidad.

*PARÁGRAFO 1°. Una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a concurso con las listas de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, tales listas, durante su vigencia, **sólo podrán ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, con ocasión de la configuración para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004 y para proveer las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad. Lo anterior sin perjuicio de lo señalado en el numeral 3 del artículo 21 de la Ley 909 de 2004 (...)**".*

Indicando, también qué. : "... con relación al uso de listas de elegibles en los "mismos empleos", la CNSC en Criterio Unificado de fecha 16 de enero de 2020, aclaró:

*"De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, **deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos" entendiéndose, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC**". (destacado fuera de la cita) Y respecto al uso de listas de elegibles en "empleos equivalentes", aclaró:*

"El enfoque dado por la Ley 1960 de 2019, para los procesos de selección, implica que éstos deberán ser estructurados considerando el posible uso que pueda hacerse de las listas de elegibles para empleos equivalentes, con el objeto de lograr que ellos sean equiparables desde el proceso de selección".

Es importante mencionar que con relación al requisito "ubicación geográfica" que estableció el Criterio Unificado, en Concepto No. 20202120242511 del 29 de febrero de 2020, el Comisionado Fridole Ballén Duque, aclaró que éste hace referencia a aquellas vacantes ubicadas en el mismo municipio donde se encuentra el empleo reportado.

De acuerdo con lo expuesto y dado que la Convocatoria 436 de 2017 se adelantó con anterioridad a la expedición de la Ley 1960 de 2019 (norma que permitió hacer uso de las listas de elegibles en empleos equivalentes), los usos de listas que la CNSC apruebe para el SENA serán únicamente para proveer vacantes de los mismos empleos reportados.

Para tal efecto, el análisis funcional de los empleos con las vacantes definitivas existentes y autorización de uso de listas, será realizado por la CNSC de acuerdo con lo previsto en el artículo 11 de la Ley 909 de 2004, que establece:

"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;" (destacado fuera del texto).

Finalmente y con relación a los puntos de su comunicación en los cuales solicita información respecto de cargos con equivalente propósito, requisitos y funciones al empleo al cual concursó, se precisa que ello correspondería determinarlo a la Comisión Nacional del Servicio Civil por ser la Entidad responsable de conformar, organizar y manejar el Banco Nacional de Listas de Elegibles, no sin antes aclarar que – como se dijo en las líneas precedentes –, el uso de las listas conformadas en el marco de la Convocatoria 436 de 2017 únicamente procede frente a vacantes que correspondan a los "mismos empleos" reportados y respecto a los cuales ya se brindó una respuesta concreta".

Que superó todas las etapas del proceso de selección citadas en el puesto dos por la recomposición de la misma, obteniendo un puntaje final de 63.44 puntos. Las etapas definidas en la convocatoria fueron (página 3 del Acuerdo CNSC-2017100000116 DEL 24-07-2017):

El día veintisiete (27) de junio de dos mil diecinueve (2019), se expidió la Ley 1960 del 2019 "Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones" en cuyo artículo 6 se consignó: "El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así: "ARTICULO 31. El proceso de selección comprende: 1. (...) 2. (. . .) 3. (...) 4. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad".

El día uno (01) de agosto de dos mil diecinueve (2019), la Comisión Nacional del Servicio Civil emitió un "Criterio unificado sobre las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 2019", a través del cual restringió la aplicabilidad de lo dispuesto para la reforma de la Ley 909 de 2004 en lo que respecta al uso de las listas de elegibles para proveer vacancias definitivas, especificando que la reforma legal sólo podía ser aplicada para proveer vacancias en las convocatorias a concurso de mérito realizadas con posterioridad de la entrada en vigencia de la citada ley.

Al respecto hay varios pronunciamientos de casos análogos que ordenan inaplicar por inconstitucional el criterio unificado sobre las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 2019 expedido por la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL-CNSC y favorecimiento las peticiones que hoy expone en la tutela.

El 16 de enero de 2020 la CNSC expide el CRITERIO UNIFICADO "USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DE 27 DE JUNIO DE 2019" y con el revoca el anterior CRITERIO UNIFICADO de 1 agosto de 2019.

Motivo por el cual, el día 3 de marzo de 2020 realizó ante la CNSC un derecho de petición de la siguiente forma: 1. Se me informe si el SENA efectuó el reporte de vacantes definitivas existentes en la planta de personal a la CNSC, con posterioridad a la Convocatoria 436 de 2017. 2. Se me informe si el SENA ha solicitado autorización a la CNSC para hacer uso de lista de elegibles de la Convocatoria 436 de 2017, para suplir las vacantes reportadas (petición 1). 3. Se me informe el procedimiento que debo seguir como parte de una lista de elegibles de la Convocatoria 436 de 2017 para poder optar a una de las vacantes definitivas existentes, o que se generen, en el SENA. 4. Se me informe si es posible que el SENA nombre personas en provisionalidad en vacancias definitivas, aún cuando existen listas de elegibles vigentes y con perfiles similares a los ofertados en la Convocatoria 436 de 2017. 5. Se me informe el procedimiento, y términos (si existen), que debe cumplir el SENA para que se le autorice nombrar personas de listas de elegibles vigentes.

Obteniendo la siguiente respuesta “En atención a su petición, frente a los puntos 1° y 2° de su solicitud, para su información el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, realizó el reporte de algunas vacantes no convocadas en la Convocatoria Nro. 436 de 2017, por lo cual, esta Comisión Nacional se encuentra adelantando los trámites pertinentes para validar si dichas vacantes corresponden a mismos empleos y en este entendido expedir la autorización de uso de listas en virtud del criterio Unificado y el artículo 8 del Acuerdo 165 de 2020.

En lo que respecta a los numerales 3° y 5°, es necesario precisar que para la provisión de vacantes surgidas con posterioridad al Proceso de Selección Convocatoria Nro. 436 de 2017, se hará de conformidad con lo estipulado en el Criterio Unificado sobre “Listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019”⁴ aprobado en Sesión del día 16 de enero de 2020, el cual señala:

“(…) 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)

Entendiéndose como mismo empleo, aquel con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que se desarrollaron todas las etapas del proceso de selección.

Para realizar el mencionado procedimiento, la entidad deberá, seguir los lineamientos impartidos a través de la Circular Externa Nro. 0001 de 2020 del 21 de febrero de 2020 “Instrucciones para la aplicación del Criterio Unificado “Uso de Lista de Elegibles en el Contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019”, en proceso de selección que cuentan con listas de elegibles vigentes”

Una vez realizado el anterior reporte y recibida la solicitud de uso de lista para mismos empleos, la Comisión Nacional procederá a verificar las listas vigentes de la Entidad que cumplan con las características de los empleos que requieran ser provistas y de encontrarlo procedente se autorizará el uso de estas, remitiendo el listado de los elegibles que por estricto orden de mérito les asista el derecho a ser nombrados en período de prueba. Aunado a lo anterior no resulta procedente realizar estudio técnico de equivalencia del empleo identificado con el código OPEC Nro. 61462, toda vez que a la fecha no media orden judicial o solicitud de autorización de uso elevada por parte del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA; no obstante, teniendo en cuenta que la Entidad realizó el reporte de algunas vacantes no convocadas en la Convocatoria Nro. 436 de 2017, esta Comisión Nacional se encuentra adelantando los trámites pertinentes para validar si dichas vacantes corresponden a mismos empleos y en este entendido expedir la autorización de uso de listas en virtud del criterio Unificado y el artículo 8 del Acuerdo 165 de 2020.

Por lo cual, teniendo en cuenta que usted no alcanzó el puntaje requerido para ocupar una de las posiciones meritorias en la lista de elegibles para proveer el empleo identificado con el Código OPEC Nro. 61462, por el momento se encuentra en espera a que se genere una vacante en el mismo empleo durante la vigencia de la lista, esto es, hasta el 5 de noviembre de 2020.

En este sentido, cabe resaltar que los participantes en los concursos de méritos no ostentan un derecho adquirido a obtener un empleo público, toda vez que sólo son titulares de una expectativa que únicamente se materializa cuando cumplen todos los requisitos legales y superan todas las etapas del proceso de selección⁵.

Ahora bien, en lo concerniente al punto número 4° de su requerimiento, frente al estado actual de las vacantes que se encuentran provistas en provisionalidad, comoquiera que la administración de éstas constituye información institucional propia de cada entidad, sujeta a la variación y movilidad que pueda presentar la planta de personal, habrá de elevar petición ante la cual presente interés, toda vez que dicha información es del resorte exclusivo de la misma.

Por otra parte, en lo que se refiere al punto 6° de su petición, es procedente indicar que de conformidad con lo establecido en el parágrafo 2, del artículo 12, de la Ley 909 de 20046, en el evento que la CNSC compruebe la violación a las normas de carrera administrativa o la inobservancia de las órdenes e instrucciones impartidas, podrá dar inicio a una actuación administrativa con fines sancionatorios.

Advirtiendo que: “...para los nombramientos de las personas que estamos en lista de elegibles no están siendo tenidos en cuenta las personas que pueden ocupar empleos equivalentes, entre otros asuntos porque el acceso a los cargos públicos está siendo limitados por el Criterio Unificado CNSC del 16 de enero de 2020, aunque existe evidencia de empleos ocupados por personas en provisionalidad o por encargo como mostraré” (anexa relación).

Por lo anterior, solicitó que se protejan sus derechos fundamentales y se ordene a las entidades accionadas dar cumplimiento a lo previsto en los artículos 6 y 7 de la Ley 1960 de 2019 y en consecuencia se autorice y use la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. CNSC – 20182120149475 DEL 17-10-2018, respecto al cargo de Profesional (sena) Grado 3 CÓDIGO en uno de los empleos que se encuentran en provisionalidad, encargo o vacancia definitiva, teniendo en cuenta que el mismo fue convocado a concurso y la lista se encuentra vigente.

Se ordene a la Comisión Nacional del Servicio Civil que se oferten los empleos del cargo de PROFESIONAL (sena) GRADO 3 CÓDIGO, en la OFERTA PÚBLICA DE EMPLEOS, con el fin de que quienes hacemos parte de las listas, optemos por una de ellas, que proceda a elaborar la lista de elegibles y debidamente notificado este acto y en firme, lo remita al Servicio Nacional de Aprendizaje SENA - Si es el caso, se convoque a una audiencia de escogencia de las plazas vacantes.

Se ordene al Servicio Nacional de Aprendizaje SENA que, una vez recibida la lista de elegibles de la Comisión, proceda a efectuar mi nombramiento según el orden que corresponda en una de las vacantes declaradas desiertas o que hayan quedado vacantes, o empleos cubiertos en provisionalidad, o por encargo con posterioridad a la conformación de la lista.

Adicionalmente, se proceda a INAPLICAR por inconstitucional el “criterio unificado de “uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019”, emanado de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL el 16 de enero de 2020. Debido a las razones que expondré a continuación en mis argumentos.

TRÁMITE

Habiendo correspondido por reparto la acción de tutela a este estrado judicial, mediante auto de fecha 25 de agosto de 2020, resolvió admitir la acción de tutela y oficiar la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, CNSC, LA OFERTA PUBLICO DE EMPLEO DE CARRERA- OPEC, y el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE- SENA, para que respondieran a los hechos y pretensiones plasmados por el señor MARIO ENRIQUE PITA ALVAREZ en el libelo tutelar, y de esa manera ejerciera su derecho de defensa y contradicción sobre los hechos y derechos vulnerados que se le endilgan.

Enviada la notificación a la entidad accionada, y a su vez a la vinculada, y transcurrido el término del traslado, estando para decisión la presente actuación del orden Constitucional, se obtuvo la siguiente respuesta:

RESPUESTA DE LA COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL-CNSC

El Dr. **CARLOS FERNANDO LÓPEZ PASTRANA**, actuando en representación de la Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC, en condición de asesor jurídico, luego de un análisis jurídico frente a las pretensiones del accionante, indicó que al caso en concreto, se consultó el Sistema de Apoyo para la Igualdad el Mérito y la Oportunidad- SIMO, se constató que durante la vigencia de la lista el Servicio Nacional de Aprendizaje, no ha reportado vacantes adicionales a la ofertada en el marco de la Convocatoria Nro. 436 de 2017, que cumplan con el criterio de mismos empleos.

Aunado a lo anterior, una vez consultado el Banco Nacional de Lista de Elegibles se evidenció que durante la vigencia de la lista, el Servicio Nacional de Aprendizaje no ha reportado ante la CNSC acto administrativo en el que se soporte movilidad de la lista, por tanto se presume que no se presentó derogatoria ni revocatoria sobre el acto administrativo de nombramiento, ni acto administrativo que declarara la vacancia definitiva por configurarse una de las causales de retiro, de quien ocupase la posición meritoria de conformidad con el número de vacantes ofertadas.

Asimismo, corroboró que el señor Mario Enrique Pita Álvarez ocupó la posición tres (3), en la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. CNSC - 20182120149475 del 17 de octubre de 2018, en consecuencia, el accionante no alcanzó el puntaje requerido para ocupar posición meritoria en la lista de elegibles para proveer el empleo en comento, de conformidad con el número de vacantes ofertadas.

Es por esto por lo que el señor Mario Enrique Pita Álvarez se encuentra sujeto no solo a la vigencia si no al tránsito habitual de las listas de elegibles cuya movilidad pende de las situaciones administrativas que puedan ocasionar la generación de vacantes definitivas en la entidad, aclarando que en caso de generarse una vacante adicional que cumpla con ser mismo empleo, existe una (1) elegible que ostenta mejor posición en la lista, lo que conlleva a que previo a proveerla con el accionante habrá de agotarse esta posición al tener mejor derecho.

Corolario de lo anterior en el caso sub examine no resulta razonable hacer uso de la lista de elegibles, por no encontrarse vacante que pueda ser provista, de conformidad con lo reportado con la entidad.

Por lo anterior, solicitó que se declaré improcedente la acción de tutela, por no existir vulneración a los derechos fundamentales.

RESPUESTA DEL SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA

El Dr. **JONATHAN ALEXANDER BLANCO BARAHONA**, en mi condición de Coordinador del Grupo de Relaciones Laborales de la Secretaría General del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA luego de un análisis jurídico señaló que

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

2. La convocatoria a concurso abierto de méritos, No 436 de 2017, se realizó a través del Acuerdo No 20171000000116 del 24 de julio de 2017, estableciendo las reglas del concurso para proveer definitivamente los empleos vacantes del personal perteneciente al sistema general de carrera administrativa del SENA.

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

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

“ARTICULO 9. REQUISITOS GENERALES DE PARTICIPACIÓN Y CAUSALES DE EXCLUSIÓN. Para participar en el proceso de selección se requiere:

(...)

4. Aceptar en su totalidad las reglas establecidas en la Convocatoria.

(...)”

5. De conformidad con la convocatoria No 436 de 2017, los aspirantes solamente podían inscribirse a un (1) empleo público. Estableciendo que cada OPEC era diferente, lo mismo que el número de vacantes ofertadas, de la siguiente forma:

“ARTICULO 10. EMPLEOS CONVOCADOS.

(...)

PARAGRAFO 1. Bajo su exclusiva responsabilidad, el aspirante deberá consultar los empleos a proveer mediante este concurso de méritos, en la Oferta Pública de Empleos de Carrera OPEC, registrada por el SENA, la cual se encuentra debidamente publicada en la página web de la Comisión Nacional del Servicio Civil www.cnsc.gov.co y/o enlace SIMO.

PARAGRAFO 2° La OPEC que forma parte integral del presente Acuerdo, ha sido suministrada por la entidad pública objeto de la presente convocatoria y es responsabilidad exclusiva de ésta, por lo que, en caso de presentarse diferencia por error de digitación, de transcripción o de omisión de palabras entre la OPEC y el Manual de Funciones y competencias laborales y/o demás actos administrativos que la determinaron, la OPEC se corregirá dando aplicación a lo previsto en el artículo 5 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 12 del presente Acuerdo, así mismo, las Consecuencia que se deriven de dichos errores o inexactitudes recaerán en la entidad que recaerá en la entidad que reporto la OPEC.

PARAGRAFO 3. La sede de trabajo de cada uno de los empleos vacante objeto del presente proceso de selección, estará determinada en la OPEC, la cual forma parte integral de esta Convocatoria.”

Numeral 3 del artículo 14, del citado acuerdo, establece:

“PREINSCRIPCIÓN Y SELECCIÓN DEL EMPLEO: El aspirante debe escoger el empleo para el cual va a concursar en la presente Convocatoria, teniendo en cuenta que únicamente podrá inscribirse para un (1) empleo y que debe cumplir los requisitos mínimos exigidos para el desempeño del mismo. Una vez haya decidido el empleo de su preferencia, debe seleccionarlo en SIMO y realizar la preinscripción (..). (Negrilla fuera de texto)

Como resultado de la convocatoria a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal perteneciente al Sistema General de Carrera Administrativa del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA, No. 436 de 2017, la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, por medio de la Resolución No. CNSC-20182120149475 del 17 de octubre de 2018 conformó la lista de elegibles para proveer una (01) vacante del empleo de carrera administrativa identificado con el código OPEC No 61462 denominado Profesional Grado 03, ubicado en la Regional Santander, Centro de Servicios Empresariales y Turísticos- en la ciudad de Bucaramanga, con el propósito, funciones y requisitos del Proceso Administrativo denominado GESTIÓN DE FORMACIÓN PROFESIONAL INTEGRAL.

De conformidad con la parte resolutive del citado acto administrativo, proferido por la CNSC, en el artículo primero, la lista de elegibles se conformó inicialmente con seis (6) ciudadanos, encontrándose entre ellos el accionante en el tercer puesto, con un puntaje 63,44.

De conformidad con el artículo quinto, del precitado acto administrativo dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha en que la lista de elegibles quedó en firme, con base en los resultados del proceso de selección y en estricto orden de mérito, debió producirse por parte del nominador, el nombramiento en periodo de prueba, en razón al número de vacantes ofertadas.

Así las cosas, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 2.2.6.21 del Decreto 1083 de 2015, el SENA realizó el nombramiento en periodo de prueba del elegible FERNANDO ENRIQUE GÓMEZ CASTELLANOS quien ocupó la primera posición en el orden de mérito, y tomó posesión del empleo Profesional Grado 03 identificado con el código OPEC 61462.

“Bajo este marco normativo, las listas de elegibles conformadas para los empleos de carrera administrativa, una vez ha culminado un proceso de selección, pueden usarse para proveer aquellas vacantes que se generen en los empleos inicialmente convocados, posibilidad que se mantiene por el tiempo de su vigencia (dos años), situación en la que se encontrarían las Listas de Elegibles conformadas para los empleos que hicieron parte de la Convocatoria No 436 de 2017 -SENA

En este orden, se precisa que la lista de Elegibles se conforma por empleo por lo que la CNSC, una vez culmina el proceso de selección y se realizan los nombramientos en periodo de prueba, no reagrupa o integra lista de orden departamental o listas generales que incluyan a los elegibles que en su oportunidad no alcanzaron el orden de elegibilidad necesario para acceder a una de las vacantes ofertadas (...)”

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

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

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

13. La CNSC, expidió el 1 de agosto de 2019, un “CRITERIO UNIFICADO” en relación con la aplicación de la lista de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019, explicando que esta ley solo es aplicable a los nuevos concursos de méritos que se adelante, por lo que no afectaría la convocatoria 436 de 2017, de la siguiente forma:

“Las listas de elegibles expedidas y que se vayan a expedir con ocasión de los acuerdos de convocatoria aprobados antes del 27 de junio de 2019, fecha de promulgación de la Ley 1960, deben ser utilizadas para las vacantes ofertadas en tales acuerdos de convenio.

De otra parte, los procesos de selección cuyos acuerdos de convocatoria fueron aprobados con posterioridad a la Ley 1960, serán gobernados en todas sus etapas por la mencionada ley, incluidas las reglas previstas para la lista de elegibles.

En consecuencia, el nuevo régimen conforme con el cual las listas de elegibles pueden ser utilizadas para proveer empleos equivalentes en la misma entidad únicamente es aplicables a las listas expedidas para los procesos de selección que fueron aprobados con posterioridad al 27 de junio y por esta razón, cobijado por la ley ampliamente mencionada.”.

RESPUESTA DE LOS SEÑORES NELLY MENDEZ MEZA, Y NELSON PLATA GALVIS frente a las pretensiones de la tutela, señaló que apoya las pretensiones del Señor MARIO PITA ALVAREZ, por lo tanto, “me uno a la reclamación de mis derechos como segundo puesto en esa misma lista de elegibles”.

Habiéndose surtido el trámite correspondiente a la instancia y siendo este despacho el competente, entra a decidir previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Procede el Despacho a proferir el fallo dentro de la acción de tutela presentada por el señor MARIO ENRIQUE PITA ALVAREZ, contra la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, CNSC, LA OFERTA PUBLICO DE EMPLEO DE CARRERA- OPEC, y el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE- SENA por la presunta violación de su derecho fundamental de Debido Proceso, entre otros.

La pretensión del accionante, consiste en que se ordene a las entidades demandadas que procedan de dejar sin efectos jurídicos el criterio unificado de fecha 16 de enero de 2020, expedido por la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, respecto del USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DE 27 DE JUNIO DE 2019 y en consecuencia dar cumplimiento a lo previsto en los artículos 6 y 7 de la Ley 1960 de 2019 y en consecuencia se autorice el uso de la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. CNSC – 20182120149475 DEL 17-10-2018, respecto al cargo de Profesional (SENA) Grado 3 CÓDIGO en uno de los empleos que se encuentran en provisionalidad, encargo o vacancia definitiva, teniendo en cuenta que el mismo fue convocado a concurso y la lista se encuentra vigente.

Así mismo, que se ordene a la Comisión Nacional del Servicio Civil que se oferten los empleos del cargo de PROFESIONAL (SENA) GRADO 3 CÓDIGO, en la OFERTA PÚBLICA DE EMPLEOS, y procedan a elaborar la lista de elegibles.

Igualmente, que se ordene al Servicio Nacional de Aprendizaje SENA que, una vez recibida la lista de elegibles de la Comisión, proceda a efectuar su nombramiento según el orden que corresponda en una de las vacantes declaradas desiertas o que hayan quedado vacantes, o empleos cubiertos en provisionalidad, o por encargo con posterioridad a la conformación de la lista.

Antes de entrar a resolver de fondo las pretensiones incoadas en la presente acción constitucional, es necesario establecer si se cumplen con los presupuestos de procedibilidad de la acción de tutela, en concurso de méritos.

Al respecto la Honorable Corte Constitucional¹ ha señalado que en un principio la acción de tutela no procede para controvertir actos administrativos que regulan o ejecutan un proceso de concurso de méritos; no obstante; posteriormente la jurisprudencia estableció dos excepciones, la primera; se trata de aquellos casos en los que la persona afectada no tiene mecanismo distinto a la acción de tutela, para defender eficazmente sus derechos porque no esta legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional, la segunda excepción, procede la tutela cuando, por las circunstancias excepcionales del caso concreto,

¹ Sentencia T- 315/98

es posible afirmar que, de no producirse la orden de amparo, podrían resultar irremediadamente afectados los derechos fundamentales de la persona que interpone la acción, por tal motivo, el Juez Constitucional debe examinar minuciosamente las circunstancias concretas y la inminente consumación de un daño iusfundamental.

Así mismo ha manifestado reiteradamente que² *“la vulneración de los derechos a la igualdad, al trabajo y debido proceso, de la cual son víctimas las personas acreedoras a un nombramiento en un cargo de carrera cuando no son designadas, pese haber obtenido el primer lugar en el correspondiente concurso, no encuentran solución efectiva, ni oportuna en un proceso ordinario que supone unos trámites más dispendiosos y demorados que la acción de tutela y por lo mismo dilatan y mantienen en el tiempo la violación de un derecho fundamental que requiere protección inmediata”*.

Igualmente la Honorable Corte Constitucional señaló que³ *“la acción de amparo constitucional se convierte en el mecanismo idóneo de defensa judicial para resolver la controversia sometida a revisión, por una parte, porque las pretensiones del accionante no se dirigen a determinar la legalidad de los actos administrativos expedidos en desarrollo de la convocatoria, pretensión para la cual puede acudir a los medios de control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sino que pretende demostrar que la aplicación de estas normas, en su caso concreto lesiona sus derechos fundamentales”*.

De conformidad con lo anteriormente reseñado, se advierte que las pretensiones invocadas por el señor MARIO ENRIQUE PITA ALVAREZ se encuentran dentro de las excepciones de procedibilidad de la tutela, toda vez, que el actor alega que el acto administrativo expedido por la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL consistente en el CRITERIO UNIFICADO de fecha 16 de enero de 2020 dentro de la convocatoria 436 de 2017 proceso destinado a proveer plazas ofertadas en concurso para el empleo de PROFESIONAL (SENA) Grado 3, de la OPEC 61462 en la entidad SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE-SENA, afecta gravemente sus derechos al trabajo, mínimo vital, a obtener un cargo en carrera, entre otros, al no tener en cuenta los empleos equivalentes, los cargos en provisionalidad o por encargo dentro de la lista de elegibles.

Para un mejor desarrollo es necesario establecer que hechos se lograron demostrar con los documentos aportados en el libelo tutelar:

1. Que el señor MARIO ENRIQUE PITA ALVAREZ, se inscribió en la Convocatoria 436 de 2017 al cargo de Profesional Grado 3 destinada al Concurso de Méritos para proveer empleo en la entidad SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE-SENA., obteniendo un puntaje de 63.44 puntos.
2. Que de acuerdo a la lista de elegibles OPEC 61462 dentro de la convocatoria 436 de 2017, ocupó el tercer puesto para ocupar el empleo de carrera denominado Profesional, Grado 3 del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA.
3. Que el señor MARIO ENRIQUE PITA ALVAREZ radicó derecho de petición ante el SENA, para obtener información sobre la planta de personal del SENA, obteniendo la relación del mismo.
4. Que posteriormente en fecha 09 de junio de 2020 el accionante radicó nuevo derecho de petición solicitando se efectuó su nombramiento en periodo de prueba de profesional Grado 3 atendiendo a las 4 vacantes informadas, entre otros aspectos, obteniendo respuesta negativa.
5. Que la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL- CNSC mediante CRITERIO UNIFICADO “USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DE 27 DE JUNIO DE 2019” señaló 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

² Sentencia T-425/01

³ Sentencia T-160/18

posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos" entienda, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC.

En conexidad con lo anterior, se tiene que al momento de establecerse la convocatoria aludida, la entidad denominada SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE- SENA, le indicó a la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL que para el cargo al cual se postuló el accionante, es decir, Profesional Grado III, solo existía una vacante disponible, luego entonces, superada las etapas de conomiento la CNSC estableció a través de la lista de elegibles, el orden porcentual para ocupar dicho cargo, por ende la persona que ocupó el primer lugar, fue llamado a periodo de prueba para ocupar la única vacante disponible en su momento de Profesional Grado III, lo que quiere decir que el actor paso automáticamente a ocupar el segundo lugar para ocupar en carrera el cargo de Profesional Grado III.

El problema jurídico planteado en la presente acción de tutela, consiste en establecer sí el criterio unificado de uso de las listas de elegibles de fecha 26 de enero de 2020, se ajusta a las reglas o parámetros establecidos por la Ley 1960 de 2019, y en consecuencia a ello, si es viable agregar a lista de elegibles el cargo de Profesional Grado III que se encuentren vacantes en otros municipios, y los demás cargos equivalentes, incluyendo los que están ocupados en provisionalidad o por encargo.

De acuerdo a las manifestaciones expresadas por las partes dentro de la acción constitucional, se tiene como eje temático la Ley 1960 de 2019, específicamente el artículo 6, numeral 4 y artículo 7 que versa sobre:

“ARTÍCULO 6, modificó el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedando así:

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.

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.”

El actor argumentó que de acuerdo a la contestación del derecho de petición suscrito por el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE- SENA, (anexo 7 del escrito de tutela) en el cual relacionaron los cargos de denominación Profesional Grado II, ocupados en forma provisionalidad, solicitó que se efectuara su nombramiento en periodo de prueba en el cargo de Profesional Grado 03, es decir, en alguna de las CUATRO (4) vacantes DEFINITIVAS, por encontrarse en segundo lugar de la lista de elegibles OPEC 61462. Los cargos en provisionalidad están relacionados así:

nivel	denominacion	grado	num_ vacantes	dependencia	municipio vacantes	departamento vacantes	Forma de Provisión	Motivo de forma de provisión
Profesional	Profesional (Sena)	2	1	Valle-Centro de Biotecnología Industrial	PALMIRA	VALLE DEL CAUCA	En Provisionalidad	Retiro titular de carrera administrativa
Profesional	Profesional (Sena)	2	1	Santander-Centro de Servicios Empresariales y Turísticos	BUCARAMANGA	SANTANDER	En Provisionalidad	Retiro titular de carrera administrativa
Profesional	Profesional (Sena)	2	1	Bolívar-Centro. Internacional Náutico, Fluvial y Portuario	CARTAGENA DE INDIAS	BOLÍVAR	En Provisionalidad	Retiro titular de carrera administrativa
Profesional	Profesional (Sena)	2	1	Santander-Centro Agroempresarial y Turístico de los Andes	MÁLAGA	SANTANDER	En Provisionalidad	Retiro titular de carrera administrativa

Obteniendo como respuesta que **“que la Convocatoria 436 de 2017 se adelantó con anterioridad a la expedición de la Ley 1960 de 2019 (norma que permitió hacer uso de las listas de elegibles en empleos equivalentes), los usos de listas que la CNSC apruebe para el SENA serán únicamente para proveer vacantes de los mismos empleos reportados”**, es decir no se accedió a la petición, atendiendo a que solo se puede proveer las vacantes para los mismos empleos reportados.

Motivo por el cual, el día 3 de marzo de 2020 realizó ante la CNSC un derecho de petición de la siguiente forma: “1. Se me informe si el SENA efectuó el reporte de vacantes definitivas existentes en la planta de personal a la CNSC, con posterioridad a la Convocatoria 436 de 2017. 2. Se me informe si el SENA ha solicitado autorización a la CNSC para hacer uso de lista de elegibles de la Convocatoria 436 de 2017, para suplir las vacantes reportadas (petición 1). 3. Se me informe el procedimiento que debo seguir como parte de una lista de elegibles de la Convocatoria 436 de 2017 para poder optar a una de las vacantes definitivas existentes, o que se generen, en el SENA. 4. Se me informe si es posible que el SENA nombre personas en provisionalidad en vacancias definitivas, aun cuando existen listas de elegibles vigentes y con perfiles similares a los ofertados en la Convocatoria 436 de 2017. 5. Se me informe el procedimiento, y términos (si existen), que debe cumplir el SENA para que se le autorice nombrar personas de listas de elegibles vigentes”.

Obteniendo la siguiente respuesta que para la provisión de vacantes surgidas con posterioridad al Proceso de Selección Convocatoria Nro. 436 de 2017, se hará de conformidad con lo estipulado en el Criterio Unificado sobre “Listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019”⁴ aprobado en Sesión del día 16 de enero de 2020, el cual señala:

*“(…) 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)*

Entendiéndose como mismo empleo, aquel con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que se desarrollaron todas las etapas del proceso de selección.

Atendiendo a las respuestas emitidas por las entidades accionadas (CNSC y SENA) el actor considera que el Criterio Unificado de fecha 16 de enero de 2020, no está aplicando lo reglamentado en el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, que modificó el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, toda vez, que señaló **“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”**.

Entendiéndose que la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL-CNSC y el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE- SENA deberá realizar en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años, lista en la que el señor MARIO ENRIQUE PITA ALVAREZ ocupó el tercer puesto con un puntaje de 63.44, siendo ascendido al segundo puesto de la lista, en atención a que el único cargo a proveer de Profesional Grado 3, fue ocupado por el señor FERNANDO ENRIQUE GÓMEZ CASTELLANOS quien obtuvo el mejor puntaje, es decir que respecto del artículo antes referido no existe objeción alguna por parte del actor.

Entonces, la controversia entre las partes consiste en la expresión **“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”**, ello debido a que el accionante advierte que existen cuatro vacantes de cargos equivalentes no convocados que actualmente se encuentran ocupados en forma provisional, cuando el deber ser de las entidades era agregarlos a las vacantes definitivas para que las personas que tenga mejor orden de mérito en la lista de elegibles sea vinculadas en carrera.

Al respecto la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL- CNSC y el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA, señalaron que no desconocen los criterios establecidos en la Ley 1960 de 2019, sino que por el contrario le dan aplicación al artículo 7 ibidem que reza: *“La presente Ley rige a partir de su publicación”*.

Por lo que, se advierte un nuevo problema jurídico, en el sentido de que si a la convocatoria 436 de 2017, esta cobijada por la Ley 1960 de 2019, o por el contrario esta excluido por efecto de ultraactividad de la norma.

Fíjese que la expresión objeto de debate **“y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad”**, le permite a la lista de elegibles acceder a vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad, a las establecidas al momento de conformarse la respectiva lista de elegibles, como lo argumenta el accionante, pues recordemos que demostró que existen cuatro vacantes definitivas del cargo denominado profesional grado 2 en provisionalidad, (cargo equivalente no convocado) a la cual podría acceder para ser nombrado en carrera, sino fuera por la argumentación de las entidades accionadas, que fundamentan su negativa en la vigencia de norma antes reseñada.

En el aspecto concreto, debe considerarse que el propósito de la Ley 1960 fue ordenar la utilización de las listas existentes para proveer las *“vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad”*, o sea, reglamentar que las plazas que no estaban disponibles para el inicio de la convocatoria puedan ser provistas por el sistema de mérito; Por el contrario, la definición de la CNSC, al reducir la equivalencia de los cargos a su identidad OPEC que los detalla indistintamente (considerando incluso su ubicación territorial o su “propósito”), amplifica considerablemente una restricción, lo cual es contrario a la vocación expansiva del sistema de carrera.

De otro lado, la visión de “equivalencia del cargo OPEC”, implicaría que el artículo 6 de la Ley 1960 reduciría dramáticamente su efecto práctico, pues quien concursara para un cargo, pero no se posiciona dentro del número de vacantes, sólo podría optar por el mismo cargo, prerrogativa con la que de todas maneras cuenta por el hecho mismo de integrar la lista.

Obsérvese además, gramaticalmente “equivalencia”, en un sentido eficaz para el concurso de méritos, implica *“Igualdad en el valor, estimación, potencia o eficacia de dos o más cosas o personas”*, teniendo por “igual” *“que tiene las mismas características que otra persona o cosa en algún aspecto o en todos”* y *“muy parecido o semejante”* es decir, una relación basada en similitud parcial, mientras que la definición OPEC implica considerar como equivalente sólo lo que es idéntico.

En ese orden de ideas, la interpretación efectuada por la CNSC de que los cargos equivalentes sólo son los que comparten el mismo código OPEC es constitucionalmente inadmisibles, y por ello, no es un argumento atendible para negar el derecho reclamado por la Accionante.

Entendiéndose que la fuente de la precisa vulneración de los derechos del accionante se ubicó en el Criterio Unificado CNSC de 16 de enero de 2020 que al asimilar la equivalencia de cargos al “número de OPEC” cercenó la posibilidad de que los aspirantes incluidos en las listas de elegibles de la convocatoria 436 pudieran reconsiderarse en nuevas vacantes.

Por lo que, al Despacho no le cabe duda alguna de que las entidades accionadas, al no contemplar el espíritu de la Ley 1960 de 2019, en el Criterio Unificado de la lista de elegibles de fecha 16 de enero de 2020, trasgredió el derecho fundamental al accionante de acceder a un cargo público en carrera, afectando su derecho al trabajo y al mínimo vital.

En conclusión, se tutelarán los derechos fundamentales al señor MARIO ENRIQUE PITA ALVAREZ y en consecuencia se ordenará a la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL- CNSC de una vez notificados del presente fallo, proceda **INMEDIATAMENTE** a realizar los trámites administrativo para dejar sin efectos jurídicos el CRITERIO UNIFICADO DE LISTA DE ELEGIBLES de fecha 16 de enero de 2020, igualmente se ordenará al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA- que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, si aún no lo ha hecho, reporte los empleos que cumplan con las características de equivalencia del cargo PROFESIONAL GRADO 3 al que concurso MARIO ENRIQUE PITA ALVAREZ, y actualice la existente en el SIMO, a su vez, deberá solicitar ante la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC el uso de la lista de elegibles OPEC 61462 donde el actor MARIO ENRIQUE PITA ALVAREZ ocupó el tercer puesto a fin de proveer las vacantes definitivas que correspondan al mismo empleo, incluyendo los creados posteriormente y los cargos equivalentes que reporte el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE-SENA. Así mismo, se ordenará a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC, que a una vez solicitada por parte del SENA el uso de la lista de elegibles de la accionante, emita su autorización y proceda a remitir la lista de elegibles a la entidad. Actuación para la cual contará con cuarenta y ocho (48) horas siguientes una vez el SENA adelante el trámite anterior. Y se ordenará al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE- SENA que dentro del término de cinco (5) días hábiles, contados a partir del recibo de la lista de elegibles por parte de la CNSC, efectúe los trámites necesarios para el nombramiento y posesión en periodo de prueba del señor MARIO ENRIQUE PITA ALVAREZ, respetando el escrito orden por mérito de la lista de elegibles OPEC 61462.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO CUARTO PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: TUTELAR el derecho fundamental a obtener un cargo en carrera publica, al trabajo, al mínimo vital, entre otros, al señor MARIO ENRIQUE PITA ALVAREZ por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: ORDENAR al Representante Legal o quien haga sus veces de la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL- CNSC de una vez notificados del presente fallo, proceda **INMEDIATAMENTE** a realizar los trámites administrativos para dejar sin efectos jurídicos el CRITERIO UNIFICADO DE LISTA DE ELEGIBLES de fecha 16 de enero de 2020, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

TERCERO: ORDENAR al Representante Legal o quien haga sus veces del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA- que dentro **de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes** a la notificación de este fallo, si aún no lo ha hecho, reporte los empleos que cumplan con las características de equivalencia del cargo PROFESIONAL GRADO 3 al que concurso MARIO ENRIQUE PITA ALVAREZ, y actualice la existente en el SIMO, a su vez, deberá solicitar ante la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC el uso de la lista de elegibles OPEC 61462 donde el actor MARIO ENRIQUE PITA ALVAREZ ocupó el tercer puesto a fin de proveer las vacantes definitivas que correspondan al mismo empleo, incluyendo los creados posteriormente y los cargos equivalentes que reporte el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE-SENA, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

CUARTO: ORDENAR al Representante Legal o quien haga sus veces de la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL- CNSC que a una vez solicitada por parte del SENA el uso de la lista de elegibles de la accionante, emita dentro de las **cuarenta y ocho (48) horas siguientes** su autorización y proceda a remitir la lista de elegibles a la entidad, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

QUINTO: ORDENAR al Representante Legal o quien haga sus veces del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA- que dentro del término de **cinco (5) días hábiles**, contados a partir del recibo de la lista de elegibles por parte de la CNSC, efectuó los trámites necesarios para el nombramiento y posesión en periodo de prueba del señor MARIO ENRIQUE PITA ALVAREZ, respetando el escrito orden por mérito de la lista de elegibles OPEC 61462, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEXTO: NOTIFÍQUESE la presente decisión, de conformidad con lo establecido en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, por el medio más expedito y, en el caso de no ser impugnado el fallo, envíese a la CORTE CONSTITUCIONAL para su eventual revisión.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,

CARLOS JAVIER BERNAL RIVERA
Juez

