



F

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO VEINTICINCO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD  
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

<b>Expediente</b>	<b>11001-33-35-025-2022-00197-00</b>
<b>Demandante</b>	<b>EDINSON ENRIQUE YEPES PÉREZ</b>
<b>Demandada</b>	<b>SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA y COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL</b>
<b>Medio de Control</b>	<b>Nulidad y Restablecimiento del Derecho</b>

**I. OBJETO.**

De conformidad con lo previsto en el artículo 182 A, literal b del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y no avizorando causal que invalide lo actuado, procede el Despacho a proferir la **SENTENCIA** que en derecho corresponda, conforme con lo siguiente:

**II. LA DEMANDA.**

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento de derecho, el señor **Edinson Enrique Yepes Pérez**, a través de apoderado judicial, deprecia la **NULIDAD** del oficio 20211021397281 el 26 de octubre del 2021 proferido por la CNSC, mediante el cual negó el nombramiento y posesión en periodo de prueba en el cargo al que se presentó para concurso y la declaratoria de existencia y nulidad del acto administrativo ficto o presunto negativo producto de la petición del 02 de diciembre 2021, radicada en el SENA, por medio del cual el demandante solicitó el nombramiento en el cargo de profesional grado 2, al cual concursó.

A título de **restablecimiento del derecho** solicitó ordenar al SENA y a la CNSC el nombramiento del actor en periodo de prueba en uno de los cargos declarados desiertos o no ofertados que presenten similitud funcional o sean equivalentes al cargo profesional grado 2 al cual se presentó el actor en la Convocatoria 436 de 2017, al pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir mientras perciba la desvinculación de conformidad con los artículos 192 y 195 CPACA, los intereses sobre los valores reconocidos y la condena en costas.

**Fundamentos fácticos:**

1. La CNSC convocó a proceso de selección - Convocatoria 436 de 2017, por medio del Acuerdo No. 20171000000116 del 24 de julio de 2017.

2.- Como consecuencia del proceso de selección se expidió la Resolución No 20182120143245 del 17 de octubre de 2018, de lista de elegibles para proveer una vacante de la OPEC No 61707, con la denominación Profesional, grado 2, donde el actor se encontraba ocupando el lugar número tres de elegibilidad con 61.19 puntos definitivos.

3.- Como consecuencia de la expedición de la Ley 1960 de 2019, por la cual se modifica la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1567 de 1998, la CNSC expidió el criterio unificado “uso de lista de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 2019, donde deja clara la obligatoriedad de hacer el uso de lista de elegibles con los cargos no ofertados posteriores a la entrada en vigencia

4.- El 12 de marzo de 2020 la CNSC expide el Acuerdo 0165 de 2020 "Por el cual se reglamenta la conformación, organización y manejo del Banco Nacional de Listas de Elegibles para el Sistema General de Carrera y Sistemas Específicos y Especiales de Origen Legal en lo que les aplique”

5.- El 22 de septiembre de 2020 la CNSC emite el “criterio unificado para uso de lista de elegibles con empleos equivalentes” donde señaló que para determinar si un empleo es equivalente a otro para efectos del uso de listas de elegibles en la misma entidad, se debe acudir al artículo 6 de la Ley 1960 de 2019 que indica que las listas de elegibles producto de un proceso de selección se usará para proveer vacantes definitivas de los “mismos empleos” o “empleos equivalentes”, en los casos previstos en la Ley.

6.- El 19 de junio de 2019 cuando entró en vigencia la Ley 1960 de 2019, se generaron vacantes no ofertadas del nivel Profesional, Técnico, incluidos Instructores y asistenciales; vacantes que deben ser cubiertas con las listas de elegibles vigente.

7- Como consecuencia de una acción de tutela, el SENA emite un listado con el estado actual de toda su planta de personal donde para los cargos con la denominación de “profesional grado 2”, existen cincuenta y cinco (55) cargos identificados para hacer uso de lista de elegibles, existiendo vacantes que tienen similitud funcional y son equivalentes al cargo que se presentó el actor en la Convocatoria 436 de 2017 denominado OPEC 61707.

8.- Mediante derecho de petición del 01 de septiembre de 2021 se solicitó a la CNSC el nombramiento en periodo de prueba en atención a la Ley 1960 de 2019, lo que fue negado por medio del oficio 20211021397281 del 26 de octubre de 2021.

9.- Mediante derecho de petición del 01 de septiembre de 2021 solicitó al SENA el nombramiento en periodo de prueba en atención a la Ley 1960 de 2019, frente a la cual se guardó silencio, configurándose el acto administrativo ficto o presunto negativo.

#### **Normas violadas y concepto de la violación**

Invocó como **normas violadas** las siguientes:

Constitución Política, artículos 29 y 83

#### **Legales**

Ley 909 de 2004 Ley 1960 de 2019

Acuerdo de la convocatoria No. 20171000000116 del 24 de julio de 2017

#### **Concepto de violación:**

Consideró vulnerado el principio de confianza legítima al considerar que las modificaciones abruptas generadas después de creada una expectativa frente al contenido de la opec, vulneran este principio.

Adujo que se vulneró el debido proceso al desconocerse la misma reglamentación y disposiciones legales diseñada y publicada a fin de orientar a los aspirantes.

### **III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

### **Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA**

Contestó la demanda indicando que no es cierto que existieran 55 cargos de Profesional Grado 2 que pudieran proveerse con la lista de elegibles del año 2018, en principio porque la lista de elegibles tiene una vigencia de 2 años que ya se vencieron en el 2020 y además, porque la Ley 1960 de 2019 que dispone proveer los cargos que queden vacantes con posterioridad a la convocatoria, no tiene efectos retroactivos, es decir, no puede aplicarse para la lista de elegibles que resultó de la convocatoria del 2017. 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.

Adujo que 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.

Argumentó que la Ley 1960 de 2019 tiene vigencia y es aplicable a partir de su publicación, es decir, a partir del 27 de junio de 2019, por consiguiente, si la Convocatoria inició antes del 27 de junio de 2019, como fue el caso de la Convocatoria N° 436 de 2017 en la que participó el demandante, a la lista de elegibles que resultó de ésta, no le aplicará la modificación introducida con respecto a los “empleos equivalentes”. Es decir, esta lista de elegibles sólo podrá ser utilizada para proveer los cargos objeto del respectivo proceso de selección realizado, conforme a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004. Si el proceso de selección se inició a partir del 27 de junio de 2019, la lista de elegibles obtenida en el será utilizada conforme lo señala la Ley 1960 de 2019.

### **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**

A través de apoderado contestó la demanda indicando que Comisión Nacional del Servicio Civil en uso de sus competencias Constitucionales y Legales, procedió a adelantar el Concurso Abierto de Méritos para proveer las vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA; proceso que se identificó como “Convocatoria No. 436 de 2017 – SENA” Para tal efecto, se expidió el Acuerdo No. 20171000000116

del 24 de julio de 2017, modificado por los Acuerdos Nos. 20171000000146 del 05 de septiembre de 2017, 20171000000156 del 19 de octubre de 2017 y 20181000000876 del 19 de enero de 2018 y aclarado por el Acuerdo No. 20181000001006 del 08 de junio de 2018, proceso de selección que contempló las etapas de ley.

En cuanto a la vigencia de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019, indicó que en el presente caso no resulta procedente el uso de listas solicitado por el demandante, para la provisión de nuevas vacantes, no solo porque la lista de elegibles que integraba ya perdió vigencia, sino porque se le estaría dado aplicación retrospectiva a la Ley 1960 de 2019, toda vez que la Convocatoria No. 436 de 2017 - SENA, inició con la expedición del Acuerdo No. CNSC - 20171000000116 del 24 de julio de 2017, es decir, con anterioridad a la entrada en vigencia de la mencionada ley, encontrándose en consecuencia fuera de su amparo o efecto.

Indicó que en atención a la preceptiva contenida en el artículo 125 de la Constitución Política, y las competencias legales señaladas la Comisión Nacional del Servicio Civil de manera conjunta y de manera armónica con la Secretaría de Gobierno, iniciaron la planeación la Convocatoria No. 436 de 2017 – SENA, con el fin de proveer por mérito, las vacantes definitivas de la planta de personal de dicha entidad, producto del trabajo conjunto, la Sala Plena de la CNSC en sesión del 19 de julio de 2017, aprobó las reglas la Convocatoria No. 436 de 2017 – SENA para proveer por mérito los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera de la planta de personal del SENA, por lo tanto, al momento de aprobación en Sala de la Convocatoria No.436 de 2017- SENA, culminó su etapa de planeación y dio inicio a la etapa de ejecución; pues de acuerdo a las etapas del proceso de selección previstas en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004, y el precedente jurisprudencial aplicable, el proceso de selección existe jurídicamente desde el momento en que es aprobado por la Sala Plena de la CNSC como consecuencia del agotamiento de la etapa previa de planeación y coordinación interinstitucional, en esa medida las normas aplicables a los procesos de selección son las vigentes al momento de su aprobación en Sala Plena de la CNSC, como quiera que desde ese momento se itera, jurídicamente existe el proceso de selección, surtiendo plenos efectos.

Adujo que es claro que no es procedente aplicar la retrospectividad de la Ley 1960 de 2019 al caso bajo estudio, en atención a que dicho fenómeno solo procede “frente a situaciones que han estado gobernadas por una norma anterior, pero cuyos efectos jurídicos no se han consolidado al momento de entrar a regir la nueva disposición normativa”, situación que no se da en el sub júdice, ya que nos encontramos frente a un hecho rotundamente consolidado, pues las etapas de la Convocatoria No. 436 de 2017 - SENA ya se encuentran agotadas y los cargos ofertados están ocupados por los elegibles que en posición de mérito tenían el derecho a ser nombrados en período de prueba.

Indicó que dada la expedición de la Ley 1960 de 2019, la Sala Plena de la CNSC, en sesión del 16 de enero de 2020, aprobó el Criterio Unificado uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 del 27 de junio de 2019. Igualmente, la CNSC junto con el DAFP expidieron la Circular No. 20191000000117 de 29 de Julio de 2019. Las instrucciones comprendidas en la Circular Conjunta No. 20191000000117 de 29 de Julio de 2019 y el Criterio Unificado de 16 de enero de 2020, se expidieron, no sólo en el marco de competencias asignado por la Constitución y la ley a la CNSC, sino también con el fin de garantizar la correcta aplicación de la normatividad de carrera en los procesos de selección iniciados con antelación a la promulgación de la Ley 1960 de 2019 y aquellos que iban a ser adelantados con posterioridad a la misma, es así, que, frente al uso de las listas de elegibles, el Criterio Unificado de 16 de enero de 2020, planteó dos problemas jurídicos que se suscitaron frente cual era el régimen aplicable en los siguientes escenarios:

- A las listas de elegibles conformadas y en firme en los procesos de selección convocados con anterioridad a la entrada en vigencia de la mencionada Ley 1960 de 2019.
- A las listas de elegibles que se conformen en los procesos de selección convocados con posterioridad a la entrada en vigencia de la misma Ley 1960 de 2019.

Frente al primer problema jurídico, dispuso entre otras cosas:

Las Listas de Elegibles que adquirieron firmeza, así como aquellas (listas de elegibles) expedidas como consecuencia de una convocatoria aprobada con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, seguirán las reglas previstas antes de la modificación de la Ley 909 de 2004 y las establecidas en los respectivos Acuerdos de Convocatoria.

De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la 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.

Frente al segundo problema jurídico planteó lo siguiente:

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

Por tanto, el nuevo régimen aplicable a las listas de elegibles conformadas por la CNSC en el marco de los procesos de selección aprobados con posterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes de los "mismos empleos" o vacantes en cargos de empleos equivalentes.

En virtud de lo anterior, manifestó que el señor EDINSON ENRIQUE YEPES PÉREZ se inscribió al proceso de selección Convocatoria 436 de 2017 – SENA, para el empleo denominado Profesional, Grado 2, identificado con el código de OPEC No.61707, obteniendo en el proceso de selección un puntaje de 61.19, apto para continuar en el concurso.

Que la CNSC expidió Lista de Elegibles, mediante Resolución No. CNSC 20182120143245 del 17 de octubre de 2018, para proveer una (1) vacante del empleo denominado Profesional, Grado 2, identificado con código de OPEC No. 61707, en la cual el demandante ocupó la tercera posición.

Manifestó que el referido acto administrativo fue publicado el día 26 de octubre de 2018, cobró firmeza total el día 6 de noviembre de 2018, por lo que su vigencia fue hasta el 5 de noviembre de 2020 y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62 del Acuerdo de Convocatoria, la CNSC remitió la entidad nominadora, el mencionado acto administrativo, para que procediera a realizar los nombramientos de aquellos elegibles que ocuparon una posición meritosa en la lista, conforme el número de vacantes ofertadas para esa OPEC en estricto orden de mérito.

Adicionó, que como quiera que para el empleo en mención se ofertó UNA (1) vacante(s), los elegibles que adquirieron el derecho a ser nombrados en período de prueba, fue el aspirante que ocupó la posición 1 en la precitada Lista de Elegibles, pero como la parte accionante ocupó la posición No. 3 en la lista, no era procedente realizar su nombramiento, pues queda claro que no ocupó una posición meritosa en cuanto al número de vacantes ofertadas en el empleo para el cual concursó.

Que para el caso concreto y conforme a lo que se encuentra publicado en el banco nacional de lista de elegibles, conformada mediante la Resolución No. CNSC 20182120143245 del 17 de octubre de 2018, cobró firmeza completa el 6 de noviembre de 2018 y su fecha de vencimiento era el 5 de noviembre de 2020, por lo cual a esta fecha todos los aspirantes que se encuentran en la mencionada lista han perdido su calidad de elegibles pues la misma perdió vigencia, al paso que ya no tiene fuerza ejecutoria toda vez que perdió vigencia el 6 de noviembre de 2020, de conformidad con lo estipulado en el Artículo 91 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

Informó que la CNSC en cumplimiento al fallo proferido por los Juzgados Primero de Familia de Oralidad de Bogotá, Primero de Familia de Ejecución de Sentencias de Bogotá y Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín, dentro de las acciones de tutela promovidas por los señores FENEY LILIANA RIVEROS VILLA, VILMA RODRÍGUEZ ROJAS y WILMAR DARÍO AGUDELO DÁVILA en el marco de la Convocatoria No. 436 de 2017, la CNSC expidió lista de elegibles a través de la Resolución No. 10610 del 4 de noviembre de 2020 (20202120106105) para proveer tres (3) vacantes de los empleos con denominación Profesional, Grado 02, identificados con los códigos OPEC No. **61309, 61773 y 62011**, cuyo concurso fue declarado desierto en virtud de lo dispuesto por el artículo 2.2.6.10 del Decreto 1083 de 2015.

Agregó que en aras de autorizar el uso de listas de elegibles para proveer dichas vacantes, conforme la normatividad aplicable se procedió al Estudio Técnico de Similitud realizado por la Dirección de Administración de Carrera Administrativa de la CNSC, en el que se determinó que con los cargos reportados por el referido estudio podrían proveerse los empleos desiertos del nivel del Profesional, Grado 02, identificados con los códigos OPEC 61773, 62011 y 61309, en esa medida, de

conformidad con el resultado del estudio mencionado no era procedente usar la lista de elegibles conformada para el empleo identificado con el código OPEC No. 61707, de la cual hacía parte el hoy demandante.

Indicó que de la orden judicial impuesta por el Juzgado Doce Administrativo de Bogotá dentro de la acción de tutela proferida el 5 de marzo de 2021, promovida por a MAGDA BIBIANA MARTÍNEZ ROBERTO, en la que se dispuso EXHORTAR a la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC para que acate el fallo constitucional T-340 del 2020, que dispuso la aplicación retrospectiva de la ley 1960 del 2019, con oficio No. 20212010527011 del 9 de abril de 2021, solicitó al SENA un estudio en que se indicaran los empleos equivalentes existentes en su planta de personal, que no hubieran hecho parte de la Convocatoria No. 436 de 2017 versus aquellos que fueron ofertados en el proceso de selección, y sobre los cuales se conformó Lista de Elegibles; para que, con la aplicación retrospectiva de la Ley 1960 de 2019, sean usadas para su provisión definitiva, en cumplimiento de ello el SENA, remitió estudios donde relaciona las vacantes reportadas por la entidad, que pueden ser provistas por uso de listas según el estudio realizado para empleos equivalentes solicitando autorización a la CNSC para que autorice el uso de listas de elegibles conformadas con ocasión a la Convocatoria No. 436 de 2017. La CNSC adelantó el estudio correspondiente y autorizó los usos de lista procedentes, lo cual se informó a la Procuraduría General de la Nación en virtud de un requerimiento emanado de dicha entidad, luego, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 2.2.5.1.4 y 2.2.5.1.5 del Decreto 1083 de 2015, y en los artículos 4° y 5° de la Ley 190 de 1990, una vez recibidas las autorizaciones de uso de listas proferidas por la CNSC, el SENA, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes, debe verificar el cumplimiento de requisitos mínimos de los designados y efectuar los nombramientos en período de prueba que correspondan.

Que, en estricto cumplimiento al exhorto referido, con las vacantes reportadas por el SENA que cumplieron con el criterio de equivalencia, la CNSC autorizó el uso de listas, para los casos en que la vacante haya surgido durante la vigencia de la lista, para la provisión de empleos no convocados.

Concluyó que teniendo en cuenta que el demandante se inscribió al proceso de selección para el empleo denominado Profesional, Grado 2, identificado con código de OPEC No. **61707**, ocupando la posición No. 3 en la Lista de Elegibles, adoptada mediante Resolución No. CNSC 20182120143245 del 17 de enero de 2018, para

proveer una (1) vacante del empleo referido, bajo lo expuesto, se observa que el señor EDINSON ENRIQUE YEPES PÉREZ no alcanzó el puntaje requerido para ocupar la posición meritoria en la lista de elegibles para proveer el empleo en comento, de conformidad con el número de vacantes ofertadas ostentando frente a la misma una expectativa, y resaltando que es un concurso de mérito deviene oportuno precisar que la ley ha limitado el derecho a ser nombrado en los concursos de méritos solo para el cargo empleo que se concursó y aprobó satisfactoriamente (Decreto 1083 de 2015), pues no es un secreto, que la lista de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, durante su vigencia, solo pueden ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, y en este caso, se reitera, la aspirante quedó en la posición No. 3 y había solo una (1) vacante, el cual ya fue satisfecho por el elegible que ocupó la posición meritoria, adelantándose el nombramiento por parte del SENA por ser de su resorte exclusivo.

## **2. Pruebas obrantes en el expediente.**

### **Allegados por la parte actora**

- Resolución No. CNSC- 20182120143245 de 17 de octubre de 2018, por medio de la cual se conforma la lista de elegibles para proveer 1 vacante del empleo de carrera identificado con el OPEC No. 61707 denominado Profesional, Grado 2...". (Ver folios 28-30 del Archivo 001 del expediente digital).
- Copia del derecho de petición presentado ante la Comisión Nacional del Servicio Civil, por medio de la cual la parte actora solicitó su nombramiento en periodo de prueba. (Ver folios 31-37 del Archivo 001 del expediente digital).
- Oficio 20211021397281 del 26 de octubre de 2021 emitido por la Comisión Nacional del Servicio Civil (Ver folios 38- 40)
- Copia del derecho de petición presentado ante el Servicio Nacional de Aprendizaje-Sena, por medio de la cual la parte actora solicitó su nombramiento en periodo de prueba. (Ver folios 41-48 del Archivo 001 del expediente digital).
- Petición dirigida a la Comisión Nacional del Servicio Civil- CNSC, por medio de la cual, la parte demandante solicitó la extensión de la vigencia de la lista de elegibles al existir cargos no ofertados en la vigencia inicial. (Ver folios 49-58 del Archivo 001 del expediente digital)

### **Parte demandada-Sena.**

- Acuerdo N° CNSC 201701000000116 DEL 24 de julio de 2017. (Ver folios 13-40 Archivo 014 del expediente digital).

- Resolución de la lista de elegibles N° 20182182120143245 del 17 de octubre de 2018, con firmeza a partir del día 06 de noviembre de 2018. (Ver folios 49-51 Archivo 014 del expediente digital).

**Por parte de la demandada- CNCS.**

- Constancia de inscripción del demandante al concurso. (fs. 32- 33 pdf015)
- Acuerdo No. CNSC - 20171000000116 del 24 de julio de 2017. (fs. 34 – 61 pdf 015)
- Acuerdo modificadorio No. 20171000000146 del 05 de septiembre de 2017. (fs. 62- 65 pdf 015)
- Acuerdo modificadorio No. 20171000000156 del 19 de octubre de 2017. (fs. 66 – 70)
- Acuerdo modificadorio No. 20181000000876 del 19 de enero de 2018. (fs. 71 – 75 pdf 015)
- Lista de elegibles Resolución No. CNSC – 20182120143245 del 17 de octubre de 2018 y soporte de vigencia de la misma. (fs. 76- 78)
- Criterio Unificado del 16 de enero de 2020 (fs. 79-81 pdf015)
- Complementación criterio unificado (f.82)
- Criterio Unificado del 22 de septiembre de 2020, equivalencias (fs. 83- 85)
- Circular Externa 001 de 2020 (fs. 86 – 90)
- Respuesta a derecho de petición comunicación 20211021397281 de 26 de octubre de 2022. (fs 91- 93).

**3. Alegatos de conclusión - parte demandante.**

Alegó de conclusión indicando que frente a la aplicación de la Ley 1960 de 2019 que determina la obligatoriedad del uso de lista de elegibles con los cargos no ofertados posteriores a la entrada en vigencia, la CNSC y el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE IA FUNCIÓN PÚBLICA -DAFP-, a través de la Circular Conjunta No. 20191000000117 de 29 de Julio do 2019, numeral 6°, impartieron instrucciones sobre la aplicación de Ley 1960 de 2019, a partir de su entrada en vigencia y en relación con los procesos de selecciona a los que aplica, así: “El artículo 7° de la Ley 1960 de 2019, prevé: "(...) La presente ley rige a partir de su publicación (...)", hecho que acaeció con la publicación realizada en el Diario Oficial No. 50997 del 27 de junio de 2019". Conforme con las etapas definidas en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004 y el precedente jurisprudencial, los procesos de selección existen jurídicamente desde el momento en que son aprobados por la Sala Plena de la CNSC, como consecuencia del agotamiento de la etapa previa de planeación y coordinación interinstitucional. Los procesos aprobados en sesión de Comisión hasta antes del 27 de junio de 2019, podrán ser modificados, corregidos o aclarados en cualquiera de sus aspectos en los términos de la normatividad que se encontraba

vigente antes de la expedición de la Ley 1960 de 2019. Con fundamento en lo antes citado, los procesos de selección aprobados antes del 27 de junio de 2019 se regirán por el artículo 29 de la Ley 909 de 2004 vigente antes de su modificación.”

Indicó que la posición del SENA en negarse a dar firmeza individual y remitir lista de elegibles en donde figura mi representado para ser nombrado por equivalencias en el cargo para el cual concursó y que conforme la información remitida por la entidad, figuran cargos ocupados en provisionalidad, es decir, por personas que no han superado el concurso de méritos convocado para el efecto atendiendo el espíritu de la Ley 1960 de 2019, desconoce igualmente el principio de Ultractividad de la Ley desarrollado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-763 de 2002.

Manifestó que el SENA desconoce que el Departamento Administrativo De La Función Pública mediante concepto 102361 de 2021 en caso homologó señaló en relación a la utilización de lista de elegibles configuradas con antelación a la vigencia de la Ley 1960 de 2019 que “(...) De acuerdo con el pronunciamiento de la Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC, efectuado a partir de enero de 2020, las listas de elegibles conformadas 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.”

Sostuvo que es clara la posibilidad de dar lugar a una aplicación retrospectiva de la Ley 1960 de 2019, pues en el caso de mi representado, aunque el concurso de méritos para el cual se presentó inició previo a la expedición de la Ley en cita, lo cierto es que su situación jurídica que se consolidaría con el nombramiento en los cargos que en la actualidad el SENA surte en provisionalidad atendiendo el derecho adquirido que le asiste al figurar en lista de elegibles, a la fecha, no se ha materializado; es decir, su situación jurídica no ha sido consolidada, pues tiene una expectativa de ser nombrado, lo que da lugar a que los principios rectores de la Ley 1960 de 2019 irradian los derechos del actor que de ninguna manera se pueden ver frustrados por dar prioridad a los nombramientos realizado en provisionalidad por parte del SENA.

#### **4. Alegatos de conclusión - parte demandada.**

##### **Comisión Nacional del Servicio Civil**

Presentó sus alegatos indicando que la Comisión Nacional del Servicio Civil frente a la fijación del litigio es que no hay lugar a adelantar nombramiento alguno de la parte demandante en ninguno de los cargos declarados desiertos o no ofertados que puedan ser equivalentes al empleo OPEC No. 61707 denominado Profesional, grado 2, ofertado por el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA y para el cual participo Como aspirante, como quiera que:

- La Resolución No. CNSC 20182120143245 del 17 de octubre de 2018, por medio de la cual se conformó y adopto lista de elegibles para proveer una (1) vacante del empleo denominado Profesional, Grado 2, identificado con código de OPEC No. 61707, vacante definitiva que fue provista con el elegible que ocupó la primera posición de acuerdo con el número de vacantes ofertadas.
- El señor Yepes Pérez ocupó la tercera posición de la lista de elegibles antes referida, es decir, no logró posición de mérito para ser nombrado pues se reitera, ocupó la tercera posición de una lista para proveer la única vacante ofertada para dicho empleo.
- Adicionalmente, la Resolución No. CNSC 20182120143245 de 17 de octubre de 2018, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, norma que cimentó el acuerdo rector del proceso de selección, tenía una vigencia de 2 años, y al haber adquirido firmeza el 6 de noviembre de 2018, perdió vigencia y, por tanto, su fuerza ejecutoria el 5 de noviembre de 2020.

Manifestó que la CNSC verificó la similitud funcional de la OPEC 61707 respecto de los empleos OPEC 61773, 62011 y 61309 que fueron declarados desiertos, no ofertados o nuevos empleos que pudieran ser equivalentes al empleo para que concursó el demandante en la Convocatoria 436 de 2017λ–SENA, sin que existiera similitud funcional respecto de aquellos que podían ser previstos.

Indicó que es necesario comprender o que la petición elevada por la parte demandante sobre su nombramiento es: i) posterior a la pérdida de vigencia de la lista de elegibles; ii) de imposible cumplimiento como quiera que la parte demandante no logro ocupar lugar de elegibilidad respecto del número de vacantes a proveer; iii) de imposible cumplimiento como quiera que la CNSC no tiene dentro de sus

competencias la administración de las plantas de personal por tanto no era de su resorte adelantar nombramiento alguno y; iv) las vacantes existentes reportadas por el SENA fueron provistas en virtud de la lista de elegibles conformada para el empleo para el que participó como aspirante el hoy demandante y en cumplimiento a las órdenes judiciales impartidas. v) la creación de los empleos de carácter temporal debe obedecer a la existencia de las condiciones previstas por la Ley, de responsabilidad exclusiva y excluyente de la entidad nominadora, y respecto de la cual, esta Comisión Nacional no participa de manera alguna.

### **Servio Nacional de Aprendizaje**

Alego de conclusión indicando que 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, N° 436 de 2017, la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC, por medio de la por medio de la Resolución No CNSC - No.20182120143245 del 17 de octubre de 2018, conformó la lista de elegibles para proveer una (1) vacante del empleo de carrera administrativa identificado con el Código OPEC No. 61707 denominado "PROFESIONAL, GRADO 2. "

Indicó que la lista de elegibles se conformó inicialmente con Un (1) ciudadano, encontrándose entre ellos el accionante en el tercer 3° puesto, con un puntaje de 61.19. El día 6 de noviembre de 2018, se publica la firmeza de la lista de elegibles, estableciendo el siguiente orden de mérito según sus resultados: 1) GEOMEL ENRIQUE HERNANDEZ BRESNAIDER con un puntaje de 69,23 2) DANIEL DIONISIO OSPINO PADILLA con un puntaje de 68,25 3) EDINSON ENRIQUE YEPES PEREZ con un puntaje de 61,19, Conforme al artículo quinto del 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 en estricto orden de mérito, debió producirse por parte del nominador, el nombramiento en periodo de prueba, en razón al número de vacantes ofertadas, esto es en cabeza de quien ocupó el primer lugar.

Manifestó que 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” 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” 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 CNSC, 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.

Argumento que la citada Ley 1960 de 2019 tiene vigencia y es aplicable a partir de su publicación, es decir, a partir del 27 de junio de 2019, fecha en que fue publicada. Por consiguiente, si la Convocatoria inició antes del 27 de junio de 2019, como fue el caso de la 436 de 2017, aunque haya terminado con resultados de lista de elegibles antes o después de estar vigente la Ley 1960, modificatoria de la Ley 909 de 2004, no le aplicará la modificación introducida por el artículo 6º al artículo 31 de esta última. Es decir, esta lista de elegibles sólo podrá ser utilizada para proveer los cargos objeto del respectivo proceso de selección realizado, conforme a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004. Si el proceso de selección se inició a partir del 27 de junio de 2019, la lista de elegibles obtenida en el será utilizada conforme lo señala la Ley 1960 de 2019.

El señor Agente del Ministerio Público guardó silencio.

#### **IV. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO**

## 1. Problema jurídico.

El litigio gira, principalmente, en torno a establecer si hay lugar a ordenar a las entidades demandadas a nombrar a la parte demandante en periodo de prueba en uno de los cargos declarados desiertos o no ofertados que presenten similitud funcional o equivalencia al cargo profesional grado 2 al cual se presentó la parte actora en la convocatoria 436 de 2017.

## 2. Solución al problema jurídico planteado.

El artículo 125 de la Constitución Política frente a los empleos de los órganos y entidades del Estado establece:

**ARTICULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera.** Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

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

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

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.

**PARÁGRAFO.** <Parágrafo adicionado por el artículo 6 del Acto Legislativo 1 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido. (Negrilla fuera de texto)

En desarrollo de esta disposición constitucional, se expidió 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” la que estableció una serie de principios que deben orientar el **ingreso** y ascenso a los empleos de carrera administrativa, dentro de ellos cobra seria relevancia el mérito, frente al cual dispuso:

**ARTÍCULO 28. PRINCIPIOS QUE ORIENTAN EL INGRESO Y EL ASCENSO A LOS EMPLEOS PÚBLICOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA.** La ejecución de los procesos de selección para el ingreso y ascenso a los empleos públicos de carrera administrativa, se desarrollará de acuerdo con los siguientes principios:

**a) Mérito. Principio según el cual el ingreso a los cargos de carrera administrativa, el ascenso y la permanencia en los mismos estarán determinados por la**

***demostración permanente de las calidades académicas, la experiencia y las competencias requeridas para el desempeño de los empleos;***  
(...)

Por su parte, el artículo 27, definió la carrera administrativa como un sistema técnico de administración de personal en el que el ingreso, la permanencia y el ascenso deben obedecer íntegramente al mérito, lo que se logra a través de procesos de selección plenamente transparentes y objetivos. Ello redundará no solo en beneficio del interés general y de los fines del Estado, quien tendrá a su servicio a los más calificados, sino también en el de los trabajadores, a quienes de esta forma se les garantiza estabilidad laboral e igualdad de oportunidades de cara al empleo.

Este amparo se instituye debido a la forma de provisión de los empleos de dicha naturaleza: Como su nombramiento responde a un concurso público pensado para garantizar un proceso de selección estricto, se busca privilegiar a quienes, en virtud de sus méritos, competencias y calidades profesionales e intelectuales, se han ganado el derecho al cargo.

Previo a continuar, es preciso señalar que desde la misma Constitución Política se dispuso de un órgano responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos a la que se le denominó Comisión Nacional del Servicio Civil, veamos:

**ARTICULO 130.** Habrá una Comisión Nacional del Servicio Civil responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial.

Ahora bien, para capitalizar el mérito y el acceso a la carrera, el artículo 31 de la Ley 909 de 2004 previó las etapas que componen el proceso de selección o concurso de la siguiente manera:

**ARTÍCULO 31. ETAPAS DEL PROCESO DE SELECCIÓN O CONCURSO.** El proceso de selección comprende:

**1. Convocatoria.** La convocatoria, que deberá ser suscrita por la Comisión Nacional del Servicio Civil, el Jefe de la entidad u organismo, es norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes.

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

**3. Pruebas.** Las pruebas o instrumentos de selección tienen como finalidad apreciar la capacidad, idoneidad y adecuación de los aspirantes a los diferentes empleos que se convoquen, así como establecer una clasificación de los candidatos respecto a las calidades requeridas para desempeñar con efectividad las funciones de un empleo o cuadro funcional de empleos.

La valoración de estos factores se efectuará a través de medios técnicos, los cuales deben responder a criterios de objetividad e imparcialidad.

Las pruebas aplicadas o a utilizarse en los procesos de selección tienen carácter reservado, solo serán de conocimiento de las personas que indique la Comisión Nacional del Servicio Civil en desarrollo de los procesos de reclamación.

<Numeral 3 modificado por la Ley 1033 de 2006, según lo dispuesto por su artículo 14. El texto original del artículo 10 de la ley 1033 de 2006, establece:

"ARTÍCULO 10. Cuando la Comisión Nacional del Servicio Civil prevea en los procesos de selección la aplicación de la prueba básica general de preselección a que hace referencia el artículo 24 de la Ley 443 de 1998 y esta tenga el carácter de habilitante, no le será exigible a los empleados que estén vinculados a la Administración Pública, mediante nombramiento provisional o en carrera, con una antelación no menor a seis (6) meses contados a partir de la vigencia de la presente ley, que se inscriban o que se hayan inscrito para participar en el respectivo concurso en un empleo perteneciente al mismo nivel jerárquico del cargo que vienen desempeñando.

"La experiencia de los aspirantes deberá evaluarse como una prueba más dentro del proceso, a la cual deberá asignársele un mayor valor a la experiencia relacionada con las funciones del cargo para el cual aspiran.

"Para dar cumplimiento a lo consagrado en los incisos anteriores la Comisión Nacional del Servicio Civil queda facultada para que dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la expedición de la presente ley, realice los ajustes y modificaciones que se requieran en los procesos administrativos y en las convocatorias que se encuentren en curso a la entrada en vigencia de esta.

"Habilitar en Carrera Administrativa General, Especial o Específica según el caso a quienes hubiesen realizado y superado el respectivo proceso de selección por mérito de acuerdo con la normatividad vigente a la fecha de la convocatoria para la cual se haya participado. La Comisión Nacional del Servicio Civil emitirá los pronunciamientos a que haya lugar en cada caso.

"PARÁGRAFO. Con el fin de garantizar la oportuna ejecución del proceso de selección para la provisión de empleos de carrera, la Comisión Nacional del Servicio Civil adelantará la Fase I, Prueba Básica General de Preselección de la Convocatoria número 001-2005, a través de la Escuela Superior de Administración Pública-ESAP, con el apoyo del ICFES y el soporte tecnológico de la Universidad de Pamplona.

"La ESAP asumirá hasta el cincuenta por ciento (50%) del valor del diseño, construcción y aplicación de la Prueba Básica General de Preselección con cargo al presupuesto de la vigencia fiscal 2006, para lo cual dispondrá de los recursos asignados para la aplicación de la Ley 909 de 2004 y el valor restante con cargo al presupuesto de la CNSC.">

**4. Listas de elegibles. <Ver Notas del Editor> 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.**

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

Aprobado dicho período al obtener evaluación satisfactoria el empleado adquiere los derechos de la carrera, los que deberán ser declarados mediante la inscripción en el Registro Público de la Carrera Administrativa. De no obtener calificación satisfactoria del período de prueba, el nombramiento del empleado será declarado insubsistente.

El empleado inscrito en el Registro Público de Carrera Administrativa que supere un concurso será nombrado en período de prueba, al final del cual se le actualizará su inscripción en el Registro Público, si obtiene calificación satisfactoria en la evaluación del desempeño laboral. En caso contrario, regresará al empleo que venía desempeñando

antes del concurso y conserva su inscripción en la carrera administrativa. Mientras se produce la calificación del período de prueba, el cargo del cual era titular el empleado ascendido podrá ser provisto por encargo o mediante nombramiento provisional.

PARÁGRAFO. En el reglamento se establecerán los parámetros generales para la determinación y aplicación de los instrumentos de selección a utilizarse en los concursos.

El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 fue modificado por el artículo 6 de la Ley de la Ley 1960 de 2019, la cual entró en vigencia el 27 de junio de 2019, de la siguiente manera:

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

Etapas que corrobora el Decreto 1227 de 2005 “por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998” que expone:

Artículo 12. El proceso de selección o concurso comprende la convocatoria, el reclutamiento, la aplicación de pruebas, **la conformación de las listas de elegibles** y el período de prueba. (Negrillas fuera de texto)

Como se indicó en precedencia, de orden constitucional es que la CNSC es la responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, respecto de las funciones del mencionado organismo, el artículo 11 ibídem, señaló:

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

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

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

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

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

- e) Conformar, organizar y manejar el Banco Nacional de Listas de Elegibles; el Banco de Datos de ex empleados con derechos de carrera cuyos cargos hayan sido suprimidos y que hubieren optado por ser incorporados y, el Banco de Datos de empleados de carrera desplazados por razones de violencia;
- f) Remitir a las entidades, de oficio o a solicitud de los respectivos nominadores, las listas de personas con las cuales se deben proveer los empleos de carrera administrativa que se encuentren vacantes definitivamente, de conformidad con la información que repose en los Bancos de Datos a que se refiere el literal anterior;
- g) Administrar, organizar y actualizar el registro público de empleados inscritos en carrera administrativa y expedir las certificaciones correspondientes;
- h) Expedir circulares instructivas para la correcta aplicación de las normas que regulan la carrera administrativa; [...]». (Negrita fuera del texto original).

Por su parte el artículo 13 del Decreto 1227 de 2005 elige a la Comisión Nacional del Servicio Civil como entidad encargada de las convocatorias y dentro de ellas las siguientes obligaciones al respecto:

**Artículo 13. Corresponde a la Comisión Nacional del Servicio Civil elaborar y suscribir las convocatorias a concurso, con base en las funciones, los requisitos y el perfil de competencias de los empleos definidos por la entidad que posea las vacantes, de acuerdo con el manual específico de funciones y requisitos.**

**La convocatoria es norma reguladora de todo concurso y obliga a la Comisión Nacional del Servicio Civil, a la administración, a la entidad que efectúa el concurso, a los participantes y deberá contener mínimo la siguiente información:**

13.1. Fecha de fijación y número de la convocatoria.

13.2. Entidad para la cual se realiza el concurso, especificando si es del orden nacional o territorial y el municipio y departamento de ubicación.

13.3. Entidad que realiza el concurso.

13.4. Medios de divulgación.

13.5. Identificación del empleo: denominación, código, grado salarial, asignación básica, número de empleos por proveer, ubicación, funciones y el perfil de competencias requerido en términos de estudios, experiencia, conocimientos, habilidades y aptitudes.

13.6. Sobre las inscripciones: fecha, hora y lugar de recepción y fecha de resultados.

13.7. Sobre las pruebas a aplicar: clase de pruebas; carácter eliminatorio o clasificatorio; puntaje mínimo aprobatorio para las pruebas eliminatorias; valor de cada prueba dentro del concurso; fecha, hora y lugar de aplicación.

13.8. Duración del período de prueba;

13.9. Indicación del organismo competente para resolver las reclamaciones que se presenten en desarrollo del proceso, y

13.10. Firma autorizada de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

**Parágrafo.** Además de los términos establecidos en este decreto para cada una de las etapas de los procesos de selección, en la convocatoria deberán preverse que las reclamaciones, su trámite y decisión se efectuarán según lo señalado en las normas procedimentales. (Negrilla fuera de texto)

De conformidad con las normas transcritas, la Comisión Nacional del Servicio Civil tiene la facultad permanente de elaborar las convocatorias a concurso para el desempeño de empleos públicos de carrera, así como la de determinar los lineamientos generales con base en los cuales se desarrollarán tales procesos de selección para la provisión de los empleos de carrera administrativa de las entidades a las cuales se aplica la presente ley.

Tales facultades de la Comisión Nacional de Servicio Civil tienen la característica de ser permanentes y no estar sujetas a plazo o término perentorio alguno o tener naturaleza transitoria. Así mismo, dichas competencias cobijan todos los cargos vacantes de carrera administrativa de las entidades a las cuales se aplica la Ley 909 de 2004, independientemente de si está provisto de manera provisional o en encargo.

De otro lado, llama la atención del Despacho el hecho de que la norma determina con suficiencia que la convocatoria es la norma reguladora de todo concurso, dicho de otra manera, la convocatoria viene a erigirse como la Ley del concurso.

Respecto de las etapas y el carácter de las convocatorias, la Corte Constitucional en la sentencia SU – 913 de 2009 sostuvo:

**11.1 Las reglas señaladas para las convocatorias son las leyes del concurso y son inmodificables, salvo que ellas sean contrarias a la Constitución, la ley o resulten violatorias de derechos fundamentales.**

**11.1.1** La Constitución Política optó por el sistema de carrera para la provisión de los cargos del Estado -artículo 125 de la CP-, y por el método de concurso para

su materialización<sup>1</sup>. El concurso notarial fue expresamente previsto por el artículo 131 Superior para la selección de notarios en propiedad, como una manera de asegurar que el **mérito** fuese el criterio preponderante para el ejercicio de esa específica función pública. Por ese motivo, la doctrina de la Corte Constitucional ha perseguido que la selección se efectúe de acuerdo con un puntaje objetivo que valore el conocimiento, la aptitud y la experiencia del aspirante.

En los términos de la sentencia C-040 de 1995 las etapas que, en general, se deben surtir para el acceso a cualquier cargo de carrera son: **(i) La convocatoria:** Fase en la cual se consagran las bases del concurso, es decir, todos aquellos factores que habrán de evaluarse, así como los criterios de ponderación, aspectos que aseguran el acceso en igualdad de oportunidades al aspirante; **(ii) Reclutamiento:** En esta etapa se determina quiénes de las personas inscritas en el concurso cumplen con las condiciones objetivas mínimas señaladas en la convocatoria para acceder a las pruebas de aptitud y conocimiento. Por ejemplo, edad, nacionalidad, títulos, profesión, antecedentes penales y disciplinarios, experiencia, etc.; **(iii) Aplicación de pruebas e instrumentos de selección:** a través de estas pruebas se establece la capacidad profesional o técnica del aspirante, así como su idoneidad respecto de las calidades exigidas para desempeñar con eficiencia la función pública. No sólo comprende la evaluación intelectual, sino de aptitud e idoneidad moral, social y física. y **(iv) elaboración de lista de elegibles:** En esta etapa se incluye en lista a los participantes que aprobaron el concurso y que fueron seleccionados en estricto orden de mérito de acuerdo con el puntaje obtenido.

**11.1.2** En relación con la etapa de convocatoria, la sentencia T- 256 de 1995 concluyó que “ Al señalarse por la administración las bases del concurso, estas se convierten en reglas particulares obligatorias tanto para los participantes como para aquélla; es decir, que a través de dichas reglas la administración se autovincula y autocontrola, en el sentido de que debe respetarlas y que su actividad, en cuanto a la selección de los aspirantes que califiquen para acceder al empleo o empleos correspondientes, se encuentra previamente regulada, de modo que no puede actuar en forma discrecional al realizar dicha selección. Por consiguiente, cuando la administración se aparta o desconoce las reglas del concurso o rompe la imparcialidad con la cual debe actuar, o manipula los resultados del concurso, falta a la buena fe (art. 83 C.P.), incurre en violación de los principios que rigen la actividad administrativa (igualdad, moralidad, eficacia e imparcialidad), y por contera, puede violar los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al trabajo de quienes participaron en el concurso y resultan lesionados en sus intereses por el proceder irregular de aquélla”.

**11.1.3** La Corte mediante la sentencia SU-133 de 1998, sostuvo que se quebranta el derecho al debido proceso -que, según el artículo 29 de la Constitución obliga en todas las actuaciones administrativas- y se infiere un perjuicio cuando el nominador cambia las reglas de juego aplicables al concurso y sorprende al concursante que se sujetó a ellas de buena fe. Así mismo, se lesiona el derecho al trabajo cuando una persona es privada del acceso a un empleo o función pública a pesar de que el orden jurídico le aseguraba que, si

---

<sup>1</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-256 de 1995. En esta sentencia la Corte concedió la tutela a una persona que participó en una convocatoria hecha por la Secretaría de Educación de Cartagena, y en el nombramiento no se respetó el orden establecido en la lista de elegibles.

cumplía con ciertas condiciones -ganar el concurso-, sería escogida para el efecto. En idéntica línea se conculca el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución, cuando se otorga trato preferente y probadamente injustificado a quien se elige sin merecerlo, y trato peyorativo a quien es rechazado no obstante el mérito demostrado.

Por su parte el Consejo de Estado en sentencia del veinticinco (25) de marzo de dos mil veintiuno (2021) dentro del radicado 52001-23-33-000-2015-00393-01(3210-17), también se ha pronunciado al respecto:

Así, la convocatoria se convierte en el primer paso del procedimiento de selección y consiste en un llamado que hace la Administración a quienes reúnan determinadas calidades o condiciones para incorporarse a un empleo público de carrera administrativa. En ella se consagran las bases o reglas del concurso, las cuales dependen, entre otras, del tipo de concurso, de las necesidades del servicio, y de la naturaleza de los cargos por proveer.

En términos generales, las convocatorias deben contener: (a) el tiempo límite de inscripciones, (b) los documentos que debe presentar el candidato para su inscripción, (c) el lugar en donde se reciben éstas, (d) la identificación de los cargos ofertados al público, (e) las funciones asignadas a dichos empleos, (f) la remuneración de los mismos, (g) los requisitos de estudios y experiencia para el desempeño de los empleos ofertados, así como la forma como se compensan esas exigencias, (g) la clase de exámenes, pruebas o instrumentos de selección que se van a realizar a los concursantes, con la indicación del sitio, fecha y hora en que se llevarán a cabo tales pruebas, (h) la fecha en que se publicarán los resultados, y los recursos que proceden contra los mismos, (i) en fin, todos aquellos factores que habrá de evaluarse dentro del concurso<sup>2</sup>.

La convocatoria es entonces la norma reguladora de todo concurso público de méritos y obliga tanto a la administración como a los participantes, es decir, es ley para las partes, por tanto, esta etapa garantiza a los aspirantes, en el evento de que cumplan las exigencias estatuidas, igualdad de oportunidades para acceder a ocupar cargos públicos, y el derecho a concursar en igualdad de condiciones, convirtiéndose en una expresión del principio de legalidad tanto para oferentes como para inscritos, de tal forma que incumplir las directrices allí estipuladas contraviene no solo los derechos de los aspirantes, sino aquel valor superior al cual está sujeto toda actuación pública.

En suma, el acto administrativo contentivo de la convocatoria funge como norma del concurso de méritos, por lo cual todos los intervinientes en el proceso deben someterse, habida cuenta de que allí se imponen las reglas que son obligatorias para todos los intervinientes en el proceso de selección.

Es claro entonces como la convocatoria al ser la norma reguladora del concurso obliga tanto a los aspirantes como a la administración a cumplir las exigencias allí establecidas, esto, de cara a dar prevalencia al principio de legalidad tanto para oferentes como para inscritos.

---

<sup>2</sup> Al respecto, se puede consultar Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 25 de abril de 2019, radicado: 11001-03-25-000-2015-01053-00 (4603-15).

Ahora bien, en relación con la interpretación del numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, modificado por la Ley 1960 de 2019 la Corte Constitucional en sede de tutela ha manifestado:

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

3.6.1. El 27 de junio de 2019, el Congreso de la República expidió la Ley 1960 de 2019, "Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones". En ella se alteraron figuras como el encargo, se dispuso la profesionalización del servicio público, se reguló la movilidad horizontal en el servicio público y, en particular, respecto de los concursos de méritos, se hicieron dos cambios a la Ley 909 de 2004. El primero de ellos consistió en la creación de los concursos de ascenso, para permitir la movilidad a cargos superiores de funcionarios de carrera dentro de la entidad, así, en la referida ley, se establecieron unas reglas puntuales para la procedencia de estos concursos y se dispuso que la Comisión Nacional del Servicio Civil, en los seis meses siguientes contados a partir de su expedición, debía determinar el procedimiento para que las entidades y organismos reportaran la OPEC, para viabilizar el referido concurso.

El segundo cambio consistió en la modificación del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, en el sentido de establecer que, como se mencionó con anterioridad, con las listas de elegibles vigentes se cubrirían no solo las vacantes para las cuales se realizó el concurso, sino también aquellas "vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad". Por último, la normativa en comento dispuso que su vigencia se daría a partir de la fecha de publicación.

Como se aprecia, el cambio incluido en el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, comporta una variación en las reglas de los concursos de méritos, particularmente en relación con la utilización de las listas de elegibles. Así, la normativa anterior y la jurisprudencia de esta Corporación sobre el tema, partían de la premisa de que la norma establecía que las listas de elegibles únicamente podrían usarse para los cargos convocados y no otros, a pesar de que con posterioridad a la convocatoria se generaran nuevas vacantes definitivas. Con ocasión de la referida modificación, esta Sala deberá definir la aplicación en el tiempo de dicha norma, comoquiera que, su uso, en el caso concreto, prima facie, proveería un resultado distinto de aquel que podía darse antes de su expedición, no solo debido al cambio normativo, sino también a la consecuente inaplicabilidad del precedente señalado de la Corte respecto del uso de la lista de elegibles, ya que la normativa en la cual se insertaron esos pronunciamientos varió sustancialmente.

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

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

3.6.3. Ahora bien, **en lo que respecta a la aplicación del artículo 6 la Ley 1960 de 2019 a las listas de elegibles conformadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil y a aquellas que se expidan dentro de los procesos de selección aprobados antes del 27 de junio de 2019,** sea lo primero advertir que, por regla general, esta disposición surte efectos sobre situaciones que acontecen con posterioridad a su vigencia. Sin embargo, el ordenamiento jurídico reconoce circunstancias que, por vía de excepción, pueden variar esta regla general dando lugar a una aplicación retroactiva, ultractiva o retrospectiva de la norma, por lo que se deberá definir si hay lugar a la aplicación de alguno de dichos fenómenos, respecto de la mencionada ley. (Negrillas fuera de texto)

El primero de estos fenómenos, esto es, la retroactividad, se configura cuando la norma expresamente permite su aplicación a situaciones de hecho ya consolidadas. Por regla general está prohibido que una ley regule situaciones jurídicas del pasado que ya se han definido o consolidado, en respeto de los principios de seguridad jurídica y buena fe, así como del derecho de propiedad.

Por otro lado, el fenómeno de la ultractividad consiste en que una norma sigue produciendo efectos jurídicos después de su derogatoria, es decir “se emplea la regla anterior para la protección de derechos adquiridos y expectativas legítimas de quienes desempeñaron ciertas conductas durante la vigencia de la norma derogada, no obstante existir una nueva que debería regir las situaciones que se configuren durante su período de eficacia por el principio de aplicación inmediata anteriormente expuesto” .

Ninguno de los anteriores efectos de la ley en el tiempo se aplica en el caso sub-judice. El último fenómeno, que por sus características es el que podría ser utilizado en el caso concreto, es el de la retrospectividad, que ocurre cuando se aplica una norma a una situación de hecho que ocurrió con anterioridad a su entrada en vigencia, pero que nunca consolidó la situación jurídica que de ella se deriva, “pues sus efectos siguieron vigentes o no encontraron mecanismo alguno que permita su resolución en forma definitiva”. Este fenómeno se presenta cuando la norma regula situaciones jurídicas que están en curso al momento de su entrada en vigencia.

Para el caso de la modificación introducida al artículo 31 de la Ley 909 de 2004 por la Ley 1960 de 2019, se tiene que la situación de hecho respecto de la cual cabe hacer el análisis para determinar si hay o no una situación jurídica consolidada es la inclusión en la lista de elegibles. De esta forma, deberá diferenciarse, por un lado, la situación de quienes ocuparon los lugares equivalentes al número de vacantes convocadas y que, en virtud de ello tienen derecho a ser nombrados en los cargos convocados y, por el otro, la situación de aquellas personas que, estando en la lista de elegibles, su lugar en ellas excedía el número de plazas convocadas.

Como fue planteado en el capítulo anterior, **la consolidación del derecho de quienes conforman una lista de elegibles “se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer”**. Así las cosas, las personas que ocuparon los lugares equivalentes al número de vacantes convocadas tienen un derecho subjetivo y adquirido a ser nombrados en período de prueba en el cargo para el cual concursaron, de suerte que respecto de ellos existe una situación jurídica consolidada que impide la aplicación de una nueva ley que afecte o altere dicha condición. **Sin embargo, no ocurre lo mismo respecto de quienes ocuparon un lugar en la lista que excedía el número de vacantes a proveer, por cuanto estos aspirantes únicamente tienen una expectativa de ser nombrados, cuando quiera que, quienes los antecedan en la lista, se encuentren en alguna de las causales de retiro contenidas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004.** (Negrillas fuera de texto)

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. (Negrillas fuera de texto)

Por último, se aclara que en este caso no se está haciendo una aplicación retroactiva de la norma respecto de los potenciales aspirantes que podrían presentarse a los concursos públicos de méritos para acceder a los cargos que ahora serán provistos con las listas de elegibles vigentes en aplicación de la nueva ley. En efecto, tanto la situación de quienes tienen derechos adquiridos como de quienes aún no han consolidado derecho alguno, están reservadas para las personas que conformaron las listas de elegibles vigentes al momento de expedición de la ley, de manera que el resto de la sociedad está sujeta a los cambios que pueda introducir la ley en cualquier tiempo, por cuanto, en esas personas indeterminadas no existe una situación jurídica consolidada ni en curso.

3.6.4. Respecto de la aplicación de la Ley 1960 de 2019 para del uso de las listas de elegibles expedidas con anterioridad al 27 de junio del año en cita, la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió un criterio unificado el 1° de agosto de 2019, en el que, de manera enfática, estableció que la modificación establecida en dicha ley únicamente sería aplicable a los acuerdos de convocatoria aprobados después de su entrada en vigencia. No obstante, posteriormente, el pasado 20 de enero, la misma Comisión dejó sin efectos el primer criterio y estableció que “las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas 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, propósitos, 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.” .

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

Con posterioridad la Corte Constitucional mediante sentencia T- 081 de 2021, sostuvo:

73. En relación con la aplicación en el tiempo de la Ley 1960 de 2019, esta Corporación profirió la Sentencia T-340 de 2020. En este fallo se analizó el caso de una mujer que había participado en la Convocatoria 433 de 2016 para proveer dos vacantes en el sistema general de carrera del ICBF denominadas Defensor de Familia, Código 2125, grado 17, en el centro zonal de San Gil (Santander), y solicitaba ser nombrada en una vacancia definitiva que se había dado en un cargo equivalente no ofertado por renuncia de su titular. La Sala Tercera de Revisión decidió confirmar la sentencia de segunda instancia en la que se amparaban los derechos fundamentales al acceso a la carrera administrativa por meritocracia, a la igualdad, al trabajo y a la confianza legítima, y se ordenaba que la tutelante fuera nombrada y posesionada en periodo de prueba en el cargo solicitado.

74. Como fundamento de este fallo, la Corte señaló que la modificación de la Ley 1960 de 2019 en relación con la aplicación de las listas de elegibles para proveer vacantes no convocadas, supone una regulación de la situación jurídica no consolidada de las personas con un lugar en la lista que excedía las plazas inicialmente ofertadas. En particular, si bien ello no se traduce en un derecho subjetivo a ser nombrados, extiende la expectativa a otro supuesto de hecho para que, bajo la condición de que, si se abre una vacante definitiva en un cargo equivalente al ofertado, la lista de elegibles **-si se encuentra vigente- pueda ser utilizada para nombrar en periodo de prueba al siguiente en el orden de mérito.** (Negrillas fuera de texto)

75. Teniendo en cuenta que en este escenario no se generaba una situación jurídica consolidada, era plausible una aplicación retrospectiva del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, a las listas de elegibles que ya se hubiesen expedido y se encontraran vigentes para el 27 de junio del año en cita (cuando se profirió la mencionada ley). Lo anterior, siempre que se acreditaran los siguientes supuestos fácticos:

- a. La Ley 1960 de 2019 hubiese entrado en vigencia para el fallo de segunda o única instancia que se revisa por parte de la Corte, esto es, en la que se amparó el derecho y ordenó el nombramiento del actor (el 27 de junio de 2019).
- b. **Para esa misma fecha, la lista de elegibles se encontrará vigente.**
- c. **El accionante fuese el siguiente en el orden de la lista de elegibles.**
- d. **El cargo en el que aspiraba a ser nombrado se encontrara en vacancia definitiva, y estuviese sin nombramiento alguno o provisto en encargo o en provisionalidad.**

- e. **El cargo en cuestión fuese equivalente al inicialmente ofertado, es decir, que correspondiera la denominación, grado, código y asignación básica.**  
(Negrillas fuera de texto)

76. Este último requisito debe ser interpretado de conformidad con el Criterio Unificado "USO DE LISTAS DE ELEGIBLES PARA EMPLEOS EQUIVALENTES" proferido por la CNSC el 22 de septiembre de 2020 para indicar que por *empleo equivalente* se entiende "*aquellos que pertenezcan al mismo nivel jerárquico, tenga 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*"<sup>3</sup>.

77. Con el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019 se extendió la regla para la utilización de las listas de elegibles frente a las **vacantes definitivas** no convocadas de cargos equivalentes que surgieran con posterioridad a la realización del concurso. A partir de la Sentencia T-340 de 2020, se admitió la aplicación retrospectiva de esta nueva disposición normativa para las listas de elegibles que estuviesen en firme al momento de su entrada en vigor (27 de junio de 2019), siempre que se comprobara que se encontraba vigente.

78. En suma, (i) el principio del mérito es el que garantiza la excelencia y profesionalización en la prestación del servicio público, para que responda y permita materializar los fines del Estado; (ii) la concreción de esta garantía constitucional se da a través de la provisión de los cargos de carrera administrativa por medio de procesos de selección o concursos públicos que son administrados, generalmente, por la CNSC; (iii) en el marco de estos concursos se profieren unos actos administrativos denominados listas de elegibles, en las cuales se consignan en estricto orden de mérito los nombres de las personas que superaron las pruebas del proceso, con miras a ser nombrados en las vacantes ofertadas, en principio, estas solo podían ser utilizadas para proveer las *vacantes definitivas* que se abrieran en los empleos inicialmente convocados; (iv) no cabe alegar que existe un derecho adquirido, en la medida en que para que ello confluya se requiere acreditar que (a) la persona participó en un concurso de méritos; (b) que el nombre fue incluido en la lista de elegibles y (c) que existe una vacante definitiva para ser designado, por lo que los demás participantes tan solo tendrán una expectativa; (v) en el marco de la Ley 1960 de 2019 es posible extender una lista de elegibles vigente para proveer cargos equivalentes, esto es, que corresponda a la denominación, grado, código y asignación básica del inicialmente ofertado.

(...)

El 27 de junio de 2019 se profirió la Ley 1960, que en su artículo 6 modificó el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 y extendió el supuesto en que podían ser utilizadas las listas de elegibles vigentes para que ya no se limitaran a proveer las vacantes de los cargos ofertados, sino también para "*las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad*". Con fundamento en esta norma, los accionantes interpusieron acción de tutela para la protección de sus derechos fundamentales con el fin de que sus listas de elegibles fueran utilizadas

---

<sup>3</sup> Este concepto podrá ser consultado en el siguiente link: <https://www.cnsc.gov.co/index.php/criterios-y-doctrina/criterios-unificados/provision-de-empleo>

para proveer los cargos nuevos creados por el Decreto 1479 de 2017, en virtud de una aplicación retrospectiva de la Ley 1960 de 2019.

(...)

**86.** A efectos de resolver lo anterior, la Corte debe verificar si se acreditan los supuestos fácticos fijados por la Sentencia T-340 de 2019 para considerar que procede una aplicación retrospectiva del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, esto es:

- a. La Ley 1960 de 2019 hubiese entrado en vigencia para el fallo de segunda o única instancia que se revisa por parte de la Corte, esto es, en la que se amparó el derecho y ordenó el nombramiento del actor (el 27 de junio de 2019).
- b. Para esa misma fecha, la lista de elegibles se encontrará vigente.**
- c. El accionante fuese el siguiente en el orden de la lista de elegibles.**
- d. El cargo en el que aspiraba a ser nombrado se encontrara en vacancia definitiva, y estuviese sin nombramiento alguno o provisto en encargo o en provisionalidad.**
- f. El cargo en cuestión fuese equivalente al inicialmente ofertado, es decir, que correspondiera la denominación, grado, código y asignación básica.** (Negrillas fuera de texto)

De conformidad con lo expuesto es claro que es procedente la aplicación de la Ley 1960 de 2019, artículo 6 en la medida que se acrediten los siguientes requisitos:

- a. La Ley 1960 de 2019 hubiese entrado en vigencia para el fallo de segunda o única instancia que se revisa por parte de la Corte, esto es, en la que se amparó el derecho y ordenó el nombramiento del actor (el 27 de junio de 2019).
- b. Para esa misma fecha, la lista de elegibles se encontrará vigente.**
- c. El accionante fuese el siguiente en el orden de la lista de elegibles.**
- d. El cargo en el que aspiraba a ser nombrado se encontrara en vacancia definitiva, y estuviese sin nombramiento alguno o provisto en encargo o en provisionalidad.**
- e. El cargo en cuestión fuese equivalente al inicialmente ofertado, es decir, que correspondiera la denominación, grado, código y asignación básica.** (Negrillas fuera de texto)

- **Del concurso de méritos del SENA, convocatoria 436 de 2017. Acuerdo 20171000000116 del 24 de julio de 2017.**

La Comisión Nacional del Servicio Civil en uso de sus competencias Constitucionales y Legales procedió a adelantar el Concurso Abierto de Méritos para proveer las vacantes definitivas del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA.

Para tal efecto, se expidió el Acuerdo 20171000000116 del 24 de julio de 2017, modificado por los Acuerdos 20171000000146 del 05 de septiembre de 2017,

20171000000156 del 19 de octubre de 2017 y 20181000000876 del 19 de enero de 2018.

De conformidad con lo establecido en el artículo 4 del Acuerdo 20171000000116 del 24 de julio de 2017, la Convocatoria 436 de 2017 – SENA, previó las siguientes etapas:

- «1. Convocatoria y divulgación.
- 2. Inscripciones.
- 3. Verificación de requisitos mínimos.
- 4. Aplicación de pruebas.
  - 4.1 Pruebas sobre Competencias Básicas y Funcionales.
  - 4.2 Pruebas sobre Competencias Comportamentales.
  - 4.3 Valoración de Antecedentes.
  - 4.4 Prueba Técnico-Pedagógica para cargos de Instructor.
- 5. Conformación de Listas de Elegibles.
- 6. Período de Prueba.»

Desarrollo del concurso – Etapas

**Preliminar.** La etapa preliminar consiste en el levantamiento inicial de la información de las entidades administradas y vigiladas por la Comisión, referente a la planta de personal, actualización del registro público, actualización del Manual de Funciones y Competencias Laborales, entre otros aspectos que abastecen a la Comisión para poder organizar el desarrollo y planificación de la convocatoria.

**Planeación.** Esta etapa comprende la realización de diferentes actividades preparatorias para adelantar el proceso de selección. A partir del año 2016, la CNSC conjuntamente con delegados del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA, adelantaron gestiones con miras a abrir el concurso público de méritos para proveer las vacantes definitivas del Sistema General de Carrera Administrativa de esa entidad, de manera tal que se dio inicio a la etapa de planeación del proceso de selección.

**Ejecución.** Se aprobó en Sala Plena de la CNSC del 19 de julio de 2017, convocar a proceso de selección los empleos vacantes pertenecientes al sistema general de carrera administrativa de la planta de personal del SENA, y se procedió el día 25 de

julio de 2017 a la publicación del Acuerdo No. CNSC – 20171000000116 de 2017, dándose así inició con la etapa de ejecución, que consiste en desarrollar cada una de las etapas previstas que estructuran el proceso de selección.»

- **Del Acto Ficto:**

La petición de fue radicada el **01 de septiembre de 2021**, ante el SENA.

Por oficio N° 08-2-2021-011808 del 10 de septiembre de 2021, el SENA dio respuesta, sin embargo, pese a que allegó copia del mencionado oficio, no aportó constancia de la notificación del mismo al demandante, siendo deber de quien alega esta excepción allegar los documentos que demuestren que se dio respuesta a la petición junto con su correspondiente notificación al correo electrónico o dirección física autorizado para tal efecto.

En la demanda se deprecia la nulidad del acto ficto o presunto resultante del silencio administrativo negativo conforme a la petición radicada.

Disposición que regula común a los procesos: **Artículo 83 del C.P.A.C.A.**, que dispone:

**“Artículo 83 del C.P.A.C.A.: Silencio Negativo. Transcurridos tres (3) meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa.**

...

*La ocurrencia del silencio administrativo negativo no eximirá de responsabilidad a las autoridades. Tampoco las excusará del deber de decidir sobre la petición inicial, salvo que el interesado haya hecho uso de los recursos contra el acto presunto, o que habiendo acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se haya notificado auto admisorio de la demanda.*

En ese orden de ideas es claro que se configuró el silencio administrativo negativo el **1 de diciembre de 2021**, en consideración a que la entidad accionada guardó silencio, es decir, no resolvió de fondo la petición elevada por la demandante, en consecuencia, se declarará su ocurrencia.

### **Caso concreto**

En el presente caso se encuentra demostrado que el demandante se inscribió al empleo con código 61707, del SENA dentro de la convocatoria 436 de 2017, convocado por la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante Acuerdo No. CNSC

– 20171000000116 del 24 de julio de 2016, de conformidad con la constancia de inscripción allegada<sup>4</sup> por la CNSC:

**CONSTANCIA DE INSCRIPCIÓN**  
Convocatoria 436 de 2017  
SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE- SENA

Fecha de inscripción: mié, 22 nov 2017 22:03:23

**Edinson Enrique Yepes Pérez**

Documento	Cedula de ciudadanía	N° 8723347
N° de inscripción	111569231	
Teléfonos	3006741711,3038733	
Correo electrónico	edinsontm@gmail.com	
Discapacidades		

**Datos del empleo**

Entidad	SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE- SENA		
Código	N° de empleo	61707	
Denominación	38193924	Profesional (SENA)	
Nivel jerárquico	Profesional	Grado	2

Surtidas las etapas del concurso: convocatoria, reclutamiento y pruebas se conformó mediante la Resolución No. CNSC 20182120143245 del 17 de octubre de 2018, se conformó la lista de elegibles para proveer una vacante en el empleo de carrera identificado con el código OPEC No. 61707, denominado profesional, grado 02, en el que el demandante Edinson Enrique Yepes Pérez ocupó la tercera posición:

**RESUELVE:**

**ARTÍCULO PRIMERO.-** Conformer la Lista de Elegibles para proveer una (1) vacante del empleo de carrera denominado **Profesional, Grado 2**, del Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-, ofertado a través de la Convocatoria N° 436 de 2017, bajo el código OPEC No. **61707**, así:

Posición	Tipo Documento	Documento	Nombres	Apellidos	Puntaje
1	CC	8762943	GEOMEL ENRIQUE	HERNANDEZ BRESNAIDER	69,23 ✓
2	CC	72218764	DANIEL DIONISIO	OSPINO PADILLA	66,25 ✓
3	CC	8723347	EDINSON ENRIQUE	YEPES PÉREZ	61,19 ✓

De conformidad con el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 la lista de elegible tiene una vigencia de dos años.

El 27 de junio de 2019 entró en vigencia la Ley 1960 de 2019, por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto-ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones que en su artículo 6 modificó el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, disponiendo que con la lista de elegibles la cual tiene una vigencia de dos años, en

<sup>4</sup> Fl. 32 archivo 15

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 surgieran con posterioridad a la convocatoria del concurso de la misma entidad.

Mediante derecho de petición del **01 de septiembre de 2021** se solicitó a la CNSC el nombramiento en periodo de prueba en atención a la Ley 1960 de 2019, lo que fue negado por medio del oficio 20211021397281 del 26 de octubre de 2021.

Mediante derecho de petición del **01 de septiembre de 2021** solicitó al SENA el nombramiento en periodo de prueba en atención a la Ley 1960 de 2019, frente a la cual se guardó silencio, configurándose el acto administrativo ficto o presunto negativo.

Pretende el demandante se ordene expedir acto administrativo que lo nombre en periodo de prueba en el cargo Profesional grado 02, Opep 61707 en aplicación del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019 que modificó el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004.

Al respecto se debe indicar que las pretensiones no están llamadas a prosperar en atención a que si bien la Ley 1960 de 2019 dispuso hacer uso de la lista de elegibles para cubrir las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surgieran con posterioridad a la convocatoria, también lo es que la norma exige tal prerrogativa esta llamada a operar i) en el marco de la vigencia de la lista de elegibles y ii) en estricto orden de mérito.

La lista de elegible de que es beneficiario el demandante acorde con lo informado por la CNSC adquirió firmeza el 6 de noviembre de 2018, por tanto, estuvo vigente hasta el 5 de noviembre de 2020.

Así las cosas, si bien la Ley Ley 1960 de 2019, entró en vigencia el 27 de junio de 2019, fecha para la cual la lista de elegibles de que era beneficiario del demandante se encontraba vigente, no puede ser desconocido que el actor tenía hasta el 05 de noviembre de 2020 – fecha de vencimiento de la vigencia de la lista- para deprecar la aplicación de la ley en comento, sin embargo como está demostrado, enervó petición en ese sentido hasta el **01 de septiembre de 2021**, fecha para la cual ya se encontraba vencida la lista de elegibles para el demandante, no cumpliéndose con

el literal b de la sentencia T- 081 de 2021, máxime cuando en el presente caso no se posible hablar de fallo de tutela en vigencia de la norma, (literal a) por cuanto no existe prueba que así lo demuestre y que permita hacer extensivo el requisito del citado literal.

De otro lado, es requisito acreditar que el accionante fuese el siguiente en el orden de la lista de elegibles. En el presente caso, de un lado, está demostrado que el actor ocupó el tercer puesto en la lista de elegibles y de otro, no se acredita que el segundo en la referida lista, esto es, el señor Daniel Dionisio Ospino Padilla haya sido nombrado para así afirmar que en efecto el siguiente en la lista es el demandante Yepes Pérez.

Por otra parte, en lo que hace al literal d:

d. El cargo en el que aspiraba a ser nombrado se encontrara en vacancia definitiva, y estuviese sin nombramiento alguno o provisto en encargo o en provisionalidad.

e.- El cargo en cuestión fuese equivalente al inicialmente ofertado, es decir, que correspondiera la denominación, grado, código y asignación básica.

Manifiesta el actor que, como consecuencia de una acción de tutela, el SENA emite un listado con el estado actual de toda su planta de personal donde para los cargos con la denominación de “profesional grado 2”, existen cincuenta y cinco (55) cargos identificados para hacer uso de lista de elegibles, existiendo vacantes que tienen similitud funcional y son equivalentes al cargo que se presentó el actor en la Convocatoria 436 de 2017 denominado OPEC 61707.

Por su parte la CNSC, Informó que en cumplimiento al fallo proferido por los Juzgados Primero de Familia de Oralidad de Bogotá, Primero de Familia de Ejecución de Sentencias de Bogotá y Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín, dentro de las acciones de tutela promovidas por los señores FENEY LILIANA RIVEROS VILLA, VILMA RODRÍGUEZ ROJAS y WILMAR DARÍO AGUDELO DÁVILA en el marco de la Convocatoria No. 436 de 2017, la CNSC expidió lista de elegibles a través de la Resolución No. 10610 del 4 de noviembre de 2020 (20202120106105) para proveer tres (3) vacantes de los empleos con denominación Profesional, Grado 02, identificados con los códigos OPEC No. **61309**, **61773** y **62011**, cuyo concurso fue declarado desierto en virtud de lo dispuesto por el artículo 2.2.6.10 del Decreto 1083 de 2015.

Agregó que en aras de autorizar el uso de listas de elegibles para proveer dichas vacantes, se procedió al Estudio Técnico de Similitud realizado por la Dirección de Administración de Carrera Administrativa de la CNSC, en el que se determinó que con los cargos reportados por el referido estudio podrían proveerse los empleos desiertos del nivel del Profesional, Grado 02, identificados con los códigos OPEC **61773, 62011 y 61309**, relacionando las tablas de similitud y ubicación, así

Tabla 1. OPEC similares funcionalmente y su ubicación					
OPEC	Municipio	OPEC	Municipio	OPEC	Municipio
62007	AGUACHICA	62024	CÚCUTA	62038	PALMIRA
61803	APARTADÓ	61972	CÚCUTA	62023	PASTO
62017	ARAUCA	61398	DOSQUEBRADAS	61623	PEREIRA
61973	ARMENIA	61949	DUITAMA	62046	PEREIRA
61524	ARMENIA	62067	EL BAGRE	62049	PIEDECUESTA
62026	ARMENIA	62053	ESPINAL	62015	PITALITO
62030	BARRANCABERMEJA	61914	FLORENCIA	61389	POPAYÁN
62098	BARRANQUILLA	61427	FLORIDABLANCA	61615	POPAYÁN
62100	BARRANQUILLA	61847	FUSAGASUGÁ	61958	POPAYÁN
61321	BOGOTÁ D.C	62012	GARZÓN	62005	PUERTO ASÍS
61332	BOGOTÁ D.C	61860	GIRARDOT	61780	PUERTO BERRIO
61283	BOGOTÁ D.C	61406	GIRÓN	62018	PUERTO CARREÑO
61567	BOGOTÁ D.C	62056	GUADALAJARA DE BUGA	62009	QUIBDÓ
61811	BOGOTÁ D.C	61674	IBAGUÉ	61378	RIOHACHA
61738	BOGOTÁ D.C	61435	IBAGUÉ	61788	RIONEGRO
62102	BOGOTÁ D.C	62060	INIÍRIDA	61938	SABANALARGA
62108	BOGOTÁ D.C	62021	IPIALES	62028	SAN ANDRÉS
61763	BOGOTÁ D.C	62082	ITAGÚÍ	62022	SAN ANDRÉS DE TUMACO
62107	BOGOTÁ D.C	62070	ITAGÚÍ	62033	SAN GIL

Tabla 1. OPEC similares funcionalmente y su ubicación					
OPEC	Municipio	OPEC	Municipio	OPEC	Municipio
61766	BOGOTÁ D.C	62073	ITAGÚÍ	62020	SAN JOSÉ DEL GUAVIARE
62105	BOGOTÁ D.C	61901	LA DORADA	61971	SANTA MARTA
61749	BOGOTÁ D.C	62013	LA PLATA	62016	SANTA MARTA
62104	BOGOTÁ D.C	61920	LETICIA	62035	SINCELEJO
61664	BUCARAMANGA	62040	MÁLAGA	61551	SOACHA
62064	BUENAVENTURA	61353	MANIZALES	61538	SOACHA
61935	CALDAS	61954	MANIZALES	61530	SOACHA
61501	CALI	61603	MANIZALES	61952	SOGAMOSO
61475	CALI	61344	MANIZALES	61891	SOGAMOSO
61511	CALI	62087	MEDELLÍN	62058	TULUÁ
61454	CALI	62075	MEDELLÍN	61586	TUNJA
61703	CALI	62080	MEDELLÍN	61964	VALLEDUPAR
61967	CAMPOALEGRE	61733	MEDELLÍN	62008	VALLEDUPAR
61340	CARTAGENA DE INDIAS	61721	MEDELLÍN	62052	VÉLEZ
61945	CARTAGENA DE INDIAS	62062	MITÚ	62019	VILLAVICENCIO
61576	CARTAGENA DE INDIAS	62010	MONTERÍA	61969	VILLAVICENCIO
61943	CARTAGENA DE INDIAS	61959	MONTERÍA	61828	VILLETÁ
62037	CARTAGO	61869	MOSQUERA	62006	YOPAL
61880	CHÍA	62014	NEIVA		

Como se observa, no existe equivalencia o similitud en denominación, grado y código con el cargo al que participó el actor **Opec No, 61707**, Profesional grado 2, en la medida que el estudio en esas órdenes judiciales se ventiló respecto de los cargos con Opec **61773, 62011 y 61309**, sumándose a lo expuesto que dentro de la actividad

probatoria del actor en el presente medio de control no se solicita lo propio respecto de la Opec de su resorte No. **61707**.

En ese orden, es de concluir que no está demostrado que el cargo en el que aspiraba a ser nombrado se encontrara en vacancia definitiva, y estuviese sin nombramiento alguno o provisto en encargo o en provisionalidad, como tampoco que los 55 cargos que manifiesta fuesen equivalentes al inicialmente ofertado, es decir, que correspondiera la denominación, grado, código y asignación básica.

De colofón, para esta sede judicial no existen elementos probatorios que permitan acceder a lo pretendido por el demandante, por manera que no se logra desvirtuar la presunción de legalidad de los actos acusados y en ese sentido se negaran las pretensiones de la demanda.

### **COSTAS**

De conformidad con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con el numeral 8º del artículo 365 del Código General del Proceso<sup>5</sup>, no hay lugar a la condena en costas, porque se trató de una condena parcial y no se demostró su causación. Lo anterior acorde con el Artículo 2º, Parágrafo 4º del Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura “Por el cual se establecen las tarifas de agencias en derecho”.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO VEINTICINCO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### **F A L L A**

**PRIMERO.** - Declárase la existencia, del acto ficto producto del silencio administrativo negativo guardado por el SENA, frente a la petición radicada por el demandante el 1 de septiembre de 2021.

---

<sup>5</sup> **Artículo 365. Condena en costas.**

*En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: (...) 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.*

**SEGUNDO.** - Negar las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO.** - Sin condena en costas.

**CUARTO.** - En firme esta sentencia, liquídense los gastos procesales, devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si los hubiere y archívese el expediente dejando las constancias del caso.

**QUINTO.** - La presente providencia se notifica a las partes, de conformidad con lo establecido en el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), en concordancia con el artículo 291 del Código General del Proceso (CGP).

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE**

**ANTONIO JOSÉ REYES MEDINA**  
**Juez**

mas

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

Código de verificación: **28544afb3923bb9433487855c8a4470cb8fb86f6a2cd92f2fca2ecd630e90250**

Documento generado en 23/08/2023 04:00:43 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**