

JUZGADO VEINTISIETE CIVIL DEL CIRCUITO

Bogotá, D.C. Octubre trece de dos mil veintiuno.

Ref. Acción de tutela No. 11001310302720210035300 de VIAYNEY ETSLEDY ARIZA HERNANDEZ contra LA COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL Y EL SENA.

Procede el Despacho a decidir la presente acción de tutela con el siguiente estudio:

ANTECEDENTES :**LA ACCION Y EL DERECHO FUNDAMENTAL INVOCADO**

La ciudadana **VIAYNEY ETSLEDY ARIZA HERNANDEZ** actuando en causa propia, acude a esta judicatura para que le sean tutelados los derechos fundamentales a la DIGNIDAD HUMANA, GARANTIA Y EFECTIVIDAD DE LA PROTECCION DE LOS DERECHOS POR PARTE DEL ESTADO, IGUALDAD, DERECHO DE PETICION, TRABAJO, DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO, ACCESO A CARGOS Y FUNCIONES PÚBLICAS VIA MERITO, ASÍ COMO A LOS PRINCIPIOS DE CONFIANZA LEGÍTIMA, BUENA FE Y SEGURIDAD JURÍDICA Y EL PRINCIPIO DE INESCINDIBILIDAD DE LA NORMA RESPECTO A LA LEY 1960 DE 2019.

La tutela se fundamenta en hechos que se sintetizan, así: que En cumplimiento de la Ley 909 de 2004, “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”, la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, CNSC, expidió el ACUERDO No. 20171000000116 del 24 de julio de 2017, por medio del cual se convocó a proceso de selección (Convocatoria 436 de 2017) para proveer definitivamente por concurso abierto de méritos, los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA.

Manifiesta que las etapas señaladas por la CNSC, para adelantar la Convocatoria 436 de 2017, fueron las siguientes: Convocatoria y divulgación, Inscripción, Verificación de requisitos mínimos, Aplicación de pruebas, sobre competencias básicas y Funcionales, pruebas sobre competencias comportamentales,

Valoración de Antecedentes, conformación de Listas de Elegibles, firmeza de la lista de elegibles y nombramiento en Periodo de prueba.

Señala que como producto de la convocatoria, la CNSC expide la resolución de lista de elegibles No 20182120183055 del 24 de diciembre de 2018, para proveer una (01) vacante de la OPEC No 58504 con la denominación INSTRUCTOR, CÓDIGO 3010, GRADO 1, donde se encuentra ocupando el lugar número DOS de elegibilidad con 68.67 puntos definitivos en la convocatoria.

Dice que en el literal e del artículo 11 de la Ley 909 de 2004 hace referencia a la función de la CNSC de conformar, organizar, manejar el Banco Nacional de Lista de elegibles, que en este punto, es obligatorio por parte de la CNSC crear el banco de Lista de elegibles de cada convocatoria para proveer los cargos declarados desierto y los cargos temporales que tengan vacancias definitivas o que se creen posterior a la firmeza de las listas de elegibles vigentes.

Refiere que la CNSC expide el acuerdo 562 de 2016 "Por el cual se reglamenta la conformación, organización y uso de las Listas de Elegibles y del Banco Nacional de Listas de Elegibles para las entidades del Sistema General de Carrera Administrativa, a las que aplica la Ley 909 de 2004. Que en ese mismo Acuerdo 562 de 2016 "Por el cual se reglamenta la conformación, organización y uso de las Listas de Elegibles y del Banco Nacional de Listas de Elegibles para las entidades del Sistema General de Carrera Administrativa, a las que aplica la Ley 909 de 2004" hace referencia a todo lo que tiene que ver con el Banco Nacional De lista de elegibles y a todo lo que tiene que ver con los cargos declarados desierto.

Dice que el 27 de junio de 2019, el Congreso de la Republica Expide la LEY 1960, Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones, permitiendo el USO de lista de elegibles con cargos no ofertados tal como lo confirmó la CNSC en auto de enero de 2020.

Indica que el SENA reportó a la CNSC, unos cargos no ofertados para que se haga el USO de lista de elegibles, sin embargo, pretenden dejar el USO con LOS MISMOS EMPLEOS, lo cual es inconstitucional ya que no respeta el estricto orden de Mérito. Y El 16 de enero de 2020, La CNSC expide EL CRITERIO UNIFICADO "USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DE 27 DE JUNIO DE 2019" donde se deja la claridad y la obligatoriedad de hacer el uso de lista de elegibles con los cargos no ofertados posteriores a la entrada en vigencia de la mencionada LEY 1960 de junio de 2019.

Añade que la firmeza de su lista de elegibles venció en enero de 2021, sin que se le haya dado la posibilidad de un USO de Lista de Elegibles, lo cual no es una potestad de la entidad sino un deber legal, con lo cual se le vulneran sus derechos fundamentales ya indicados.

Que varios de los cargos ofertados y no ofertados en la convocatoria 436 de 2017, NO fueron provistas por parte de la CNSC y el SENA, tratándose de un deber legal y no de una potestad por parte de las mencionadas entidades. Que Es obvio que, habiendo superado los exámenes y las condiciones de actitud para el cargo concursado, debía habersele preferido al momento de la provisión del mismo, en atención al Principio de la Buena Fe, concretamente en el escenario de la contratación estatal, que permita la observancia irrestricta de las normativas exigidas para la vinculación de los funcionarios de esa entidad y así, mantener la vigencia de un orden justo.

Dice que dentro de esos valores y principios resulta relevante el análisis del principio de la Buena fe consagrado en el Art. 83 de la Constitución Política que enseña que en sus actuaciones los particulares y las autoridades deberán ceñirse a los postulados de la Buena Fe, contenido además en el Artículo 28 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública — Ley 80 de 1993.

Indica que Actualmente se encuentra como elegible para un cargo con la Denominación INSTRUCTOR, CODIGO 3010, GRADO 1, lo que le da derecho a que se nombre en un cargo similar al que se presentó y que en ningún momento la CNSC ni el SENA, le realizaron el ofrecimiento ni nombramiento en periodo de prueba con los cargos ofertados y con los no ofertados dándole aplicación a LA LEY 909 DE 2004 Y 1960 DE 2019.

Señala que el SENA el 17 de junio de 2020 expidió un reporte con 170 vacantes nuevas de las denominaciones Profesional, Instructor, técnico, secretario y auxiliar administrativo, con las que, a su criterio no cuentan con listas de elegibles con las cuales se pueda hacer Uso de lista de elegibles para dar aplicación a la Ley 1960 de 2019 y con las que pretenden hacer un concurso mixto yendo en contra del principio de economía y austeridad.

Que dentro de las vacantes reportadas se encuentran vacantes no ofertadas con la Denominación de INSTRUCTOR, CODIGO 3010, GRADO 1. Presentando similitud funcional con el cargo al cual se presentó en la convocatoria con la denominación INSTRUCTOR, CODIGO 3010, GRADO 1.

Manifiesta que es imposible que de 170 vacantes en el SENA del Nivel Profesional, Instructor, Técnico y asistencial ninguno aplique funcionalmente para hacer un USO de lista de elegibles con las listas de la convocatoria 436 de 2017 y que en virtud de que su lista está vencida, instauro derecho de petición a la CNSC y al SENA además que realizo seguimiento con otros elegibles a la página de la CNSC, donde se publican autos de cumplimiento y acciones constitucionales solicitando el nombramiento y posesión en periodo de prueba en algún cargo declarado desierto o no ofertado para dar aplicación a la Ley 1960 de 2019, evidenciando que, todas las repuestas que han dado tanto la CNSC y el SENA, referente a la aplicación de la ley 1960 de 2019 y al USO de lista con el Banco Nacional de lista de elegibles, han sido de forma TIPO, es decir con plantilla respuestas masivas, y las mismas respuestas para todos los peticionarios.

Dice que en su caso, la CNSC respondió que, en noviembre de 2020 por orden Judicial habían expedido la nueva resolución de lista de elegibles Nro. 20202120119625 del 30 de noviembre de 2020 para proveer una vacante, eso obedeció a una orden judicial y además posterior a esa lista se comprobó que existen más cargos no ofertados y que aun no han sido provistos del área temática de ventas.

Señala que el SENA informa que si tiene vacantes, pero que las mismas son para otro concurso, yendo en contravía de la circular conjunta 074 de 2009 entre la Procuraduría y la CNSC.

Que El 22 de septiembre de 2020, la CNSC, cambió el criterio unificado en donde después de que la entidad analizo el uso de lista de elegibles, aprobó su USO con empleos equivalentes, sin embargo, en su caso el SENA Y la CNSC, pretenden aplicar solamente el mismo empleo, yendo en contravía del DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO ya que este criterio no fue tenido en cuenta para las respuestas emitidas por parte de la CNSC y del SENA a los derechos de petición.

Indica que la CNSC solicitó a varios Juzgados acumulación de tutela en contestación a las mismas tutelas y en aplicación al decreto 1834 de 2015, por lo que varios Juzgados remitieron las acciones de tutela al JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ SECCIÓN SEGUNDA, como es el caso del JUZGADO TREINTA ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, por lo que de igual manera y apoyando esa solicitud pidieron que se acumulen las tutelas en ese Juzgado.

Manifiesta Que, el 28 de enero de 2021, en segunda instancia el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN "A" Revocó los efectos Intercomunis del

fallo de tutela protegiendo solamente todos los Derechos fundamentales invocados por la actora no sin antes exhortar los demás concursantes que sienten vulnerados sus derechos fundamentales deberán ejercitar directamente la acción constitucional.

Que, el 02 de febrero de 2021, el JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ SECCIÓN SEGUNDA, emitió un Fallo acumulado de 9 tutelas en aplicación al decreto 1069 y 1834 de 2015 y donde se resolvió tutelar los derechos fundamentales de todos los accionantes al acceso a cargos públicos y debido proceso administrativo.

Reitera que, el SENA, siempre da información incompleta, es así que, varios concursantes instauraron acciones de tutela para poder acceder a la información, entre ellas la tutela de segunda instancia No 05001-3333012-2021-00059-0 del 23 de abril de 2021, emitido por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA, donde se ordena a la entidad, emitir un listado con el estado actual de toda su planta de personal.

Añade que en cumplimiento del fallo de tutela de segunda instancia No 05001-3333012-2021-00059-0 del 23 de abril de 2021, emitido por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA, en consecuencia, el SENA emite un listado con el estado actual de toda su planta de personal donde para los cargos con la denominación de Instructor, código 3010, grado 1, existen mínimo dos (2) cargos de la red del conocimiento de COMERCIO Y VENTAS, para hacer uso de lista de elegibles.

Indica que Como ya es una costumbre por parte del SENA no cumplir totalmente las órdenes judiciales, no entregó el informe del área temática de los siguientes 140 cargos con la denominación de Instructor y que se encuentran actualmente vacantes según la misma respuesta incompleta dada por parte del SENA, ya que Las entidades tienen un deber legal de hacer uso de lista de elegibles con los cargos declarados desiertos y no ofertados por lo tanto así las listas de elegibles se encuentren vencidas no es un impedimento para realizar los nombramientos en periodo de prueba.

Solicita que a través de este mecanismo se tutelen los derechos fundamentales indicados con fundamento en los hechos relacionados y solicita **que** se restablezcan los derechos fundamentales DIGNIDAD HUMANA, GARANTIA Y EFECTIVIDAD DE LA PROTECCION DE LOS DERECHOS POR PARTE DEL ESTADO, IGUALDAD, DERECHO DE PETICION, TRABAJO, DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO, ACCESO A CARGOS Y FUNCIONES PÚBLICAS VIA MERITO, ASÍ COMO A LOS PRINCIPIOS DE

CONFIANZA LEGÍTIMA, BUENA FE Y SEGURIDAD JURÍDICA Y EL PRINCIPIO DE INESCINDIBILIDAD DE LA NORMA RESPECTO A LA LEY 1960 DE 2019 Y LOS QUE EL DESPACHO CONSIDERE PERTINENTES, VULNERADOS U AMENAZADOS, de VIAYNEY ETSLEDY ARIZA HERNANDEZ, y SE ORDENE: al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA verifique en su planta global los empleos que cumplen con las características de equivalencia del empleo identificado con el código OPEC No 58504 denominado INSTRUCTOR CODIGO 3010 GRADO 1, al que concursó o los cargos que hayan sido declarados en vacancia definitiva en virtud de alguna de las causales de retiro del servicio; o aquellos que posterior a la fecha de la convocatoria No 436 de 2017 fueron declarados en vacancia definitiva y que al momento de la apertura de dicha convocatoria estaban provistos con personal en carrera administrativa; o aquellos cargos para los causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

Que Lo anterior con estricto apego a los parámetros consignados en el artículo 2.2.11.2.3. del Decreto 1083 de 2015, los cuales deben estar reportados o ser actualizados en el mismo lapso de tiempo en el aplicativo sistema de apoyo para la igualdad, el mérito y la oportunidad (SIMO). Acto seguido, de hallarlos, en el término de 48 horas contados a partir de realizado lo anterior, solicitará a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL el uso de la lista de elegibles. Para tal efecto, el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA deberá adelantar los trámites administrativos, financieros y presupuestales para legalizar el uso de la lista de elegibles.

Que La COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL deberá, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la solicitud de la lista de elegibles por parte del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA, proveer con listas de elegibles los empleos equivalentes a la OPEC 58504 con la denominación INSTRUCTOR CODIGO 3010 GRADO 1, que hayan sido declarados en vacancia definitiva en virtud de alguna de las causales de retiro del servicio; o aquellos que posterior a la fecha de la convocatoria No 436 de 2017 fueron declarados en vacancia definitiva y que al momento de la apertura de dicha convocatoria estaban provistos con personal en carrera administrativa; o aquellos cargos para los causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004. Lo anterior con estricto apego a los parámetros consignados en el artículo 2.2.11.2.3. del Decreto 1083 de 2015. Dentro de las 48 horas siguientes, el SENA expedirá el respectivo certificado de disponibilidad presupuestal por la suma que soporta el uso de la lista de elegibles, el cual enviará dentro de las 48 horas siguientes a la CNSC, quien expedirá la autorización de uso de la lista de elegibles en otros tres días.

Que El estudio de equivalencias que se le realice al accionante deberá llevarse a cabo atendiendo los cinco (5) pasos establecidos por la Comisión Nacional de Servicio Civil mediante el referido CRITERIO UNIFICADO “USO DE LISTAS DE ELEGIBLES PARA EMPLEOS EQUIVALENTES” con fecha de sesión de 22 de septiembre de 2020.

Y La COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL deberá elaborar la lista de elegibles dentro de los cinco (5) días siguientes al vencimiento para optar; una vez notificado y en firme dicho acto, lo remitirá dentro de los tres (3) días siguientes al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA quien deberá nombrar a la aspirante VIAYNEY ETSLEDY ARIZA HERNANDEZ, dentro de los cinco (5) días siguientes al recibo de las listas, siempre que se ubique en estricto orden de mérito que deberá respetarse. Se ordene suspender la vigencia de todas las listas de elegibles hasta tanto no se le dé total cumplimiento a este fallo de tutela.

TRAMITE PROCESAL

Por auto de agosto 23 de 2021, se admitió la acción de tutela requiriendo a la parte accionada para que en el término de dos días se pronunciaran sobre los hechos y circunstancias que motivaron la acción constitucional.

CONTESTACION DE LA PARTE ACCIONADA

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE (SENA) REGIONAL – CESAR.

Señala en su respuesta que La convocatoria a concurso abierto de méritos, No 436 de 2017, se realizó a través del Acuerdo No 20171000000116 del 24 de julio de 2017, estableciendo las reglas del concurso para proveer definitivamente los empleos vacantes del personal perteneciente al sistema general de carrera administrativa del SENA. Que El artículo 4 de la convocatoria pública 436 de 2017, señaló las siguientes fases del proceso: “1. Convocatoria y divulgación, 2. Inscripciones, 3. Verificación de requisitos mínimos, 4. Aplicación de pruebas, 4.1. Pruebas sobre competencias básicas y funcionales 4.2 Pruebas sobre competencias comportamentales; 4.3 Valoración de antecedente; 4.4 Prueba técnico - pedagógica para cargos de Técnico; 5. Conformación de lista de elegibles; 6. Periodo de prueba.

Dice que de conformidad con la convocatoria No 436 de 2017, los aspirantes solamente podían inscribirse a un (1) empleo público.

Estableciendo que cada OPEC era diferente, lo mismo que el número de vacantes ofertadas.

Indica 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, No. 436 de 2017, la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC, por medio de la Resolución No CNSC – No 20182120183055 del 24 de diciembre de 2018, conformó la lista de elegibles para proveer una (01) vacante del empleo de carrera administrativa identificado con el código OPEC No 58504, denominado INSTRUCTOR, CÓDIGO 3010, GRADO 1. 7.

Que De conformidad con la parte resolutive del citado acto administrativo, proferido por la CNSC, en el artículo primero, la lista de elegibles se conformó con dos (2) ciudadanos, encontrándose entre ellos la accionante en el segundo (2) puesto, con un puntaje de 86.21.

Dice que El día 15 de enero de 2019, se publica la firmeza de la lista de elegibles, estableciendo el orden de mérito según sus resultados.

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

Que la lista de elegibles tendría una vigencia de dos (2) años, contados a partir de la fecha de su firmeza, conforme lo establecido en el artículo 58 del Acuerdo No 20171000000116 de 2017, en concordancia con lo estipulado por el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, por lo que en el evento en que las personas que ocuparon los primeros lugares, no superaren el periodo de prueba o renuncien, se nombrará en los cargos el elegible en estricto orden de mérito de manera descendente.

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

Señala que En el caso que nos ocupa, el accionante tiene otros medios de defensa judicial contra las decisiones tomadas por el SENA

o la CNSC, las cuales se expresan en actos administrativos y que el mismo aporte como prueba con el escrito de tutela, por lo cual debería demandar dichas decisiones, en este caso la acción judicial corresponde a los medios de control en la jurisdicción contenciosa administrativa, establecidos en la Ley 1437 de 2011.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que el SENA efectuó el reporte de vacantes definitivas existentes en la planta de personal a la CNSC, corresponde a dicha Entidad aprobar el uso de las listas de elegibles conformadas en la Convocatoria 436 de 2017, que cumplan con las características previstas en el Criterio Unificado y que aún se encuentren vigentes, motivo por el cual, en caso de que se determine que el accionante cuenta con el orden de mérito para ser nombrado. Como puede observar el juzgado, la actuación del SENA en desarrollo de la Convocatoria Pública 436 de 2017, se ajustan a la Constitución Política de Colombia, la Ley y los Decretos aplicables en esta materia.

Añade que si bien muchas personas participaron y quedaron dentro de las posibilidades de ocupar un empleo que quedase vacante, también lo es indicar que las plantas de empleo ofertadas por la entidad fueron suplidas en su totalidad por aquellas personas que en orden de listas resultaron favorecidos con el empleo, y no como argumenta la accionante que no se han llenado las vacantes ofertadas por el SENA.

Por ultimo se solicita DECLARAR IMPROCEDENTE, o en su defecto DENEGAR las pretensiones de la accionante.

Allego anexos referentes a la convocatoria.

COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL.

Da respuesta indicando que en el caso sub examine, la controversia gira en torno al inconformismo de la parte accionante respecto de la normatividad que rige el concurso de méritos, la vigencia, firmeza y el uso de las listas de elegibles, situaciones que se encuentran plenamente reglamentadas en el Acuerdo rector del concurso de méritos, así como en los criterios proferidos por la CNSC, entre los que se encuentra el Criterio Unificado de 16 de enero de 2020, actos administrativos de carácter general, respecto de los cuales la parte accionante cuenta con un mecanismo de defensa idóneo para controvertirlos, razón por la que la tutela no es la vía idónea para cuestionar la legalidad de dichos actos administrativos.

Dice que En el presente caso, no sólo la parte accionante no demostró la inminencia, urgencia, gravedad y el carácter impostergable del amparo que se reclama, como quiera que al no

encontrarse en una lista de elegibles, no existe lugar a su nombramiento, la accionante fue excluida del concurso con anterioridad a la consolidación de listas de elegibles, y corresponde a una disposición de la cual tiene conocimiento la parte actora desde la publicación del acuerdo de rector del concurso de méritos, el cual puede ser atacado a través de los mecanismos previstos en la ley.

Refiere que en el presente caso no resulta procedente el uso de listas solicitado por el accionante, para la conformación de nuevas vacantes, pues con ellos se le estaría dando aplicación a la Ley 1960 de 2019 de manera retrospectiva, toda vez que la Convocatoria No. 436 de 2017 - SENA, inició con la expedición del Acuerdo No. 20171000000116 del 24 de julio de 2017, es decir con anterioridad a la entrada en vigencia de la mencionada ley, encontrándose en consecuencia bajo su amparo o efecto.

Reitera que como no se indicó en el texto de la Ley 1960 de 2019, que la misma era retroactiva o retrospectiva, esta sólo se puede aplicar a procesos de selección iniciados con posterioridad a su entrada en vigencia (27 de junio de 2019). Si el legislador hubiese querido darle un efecto diferente así habría procedido, pero no corresponde al Juez de tutela sustituir al legislador, y menos sin siquiera cumplir la carga de argumentación suficiente de una excepción de inconstitucionalidad. 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.

Manifiesta que La accionante se inscribió al proceso de selección para el empleo denominado Instructor, Código 3010, Grado 1, identificado con código de OPEC No. 58504, del área temática de VENTAS, ocupando la posición No. 2 en la Lista de Elegibles, adoptada mediante Resolución No. CNSC 20182120183055 DEL 24/12/18, para proveer una (1) vacante del empleo referido: El referido acto administrativo fue publicado el día 04/01/19, cobró firmeza el día 15 de enero de 2019, por lo que su vigencia fue hasta el 14 de enero de 2021. Lo anterior puede ser evidenciado en la página web del Banca Nacional de Listas de Elegibles.

También indica que la Lista de elegibles venció el pasado 14 de enero, por lo que no es procedente hacer uso de la misma, por cuanto

el uso de las Listas de elegibles, como ya se expuso, se debe dar durante su vigencia.

Indica que para el presente caso no aplica el CRITERIO UNIFICADO con fecha de sesión del 22 de septiembre de 2020, por cuanto la Convocatoria No. 436 de 2017 - SENA, inició con la expedición del Acuerdo No. 20171000000116 del 24 de julio de 2017, es decir con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019.

Que frente la pretensión que hace el accionante, en cuanto a optar por otro cargo equivalente o similar, no tiene asidero legal alguno, pues concursó fue para el empleo de Instructor, Grado 1, Código 3010, Código OPEC No.58504, del Área temática de VENTAS, entonces “nombrarla” en otro empleo, generaría vulneración de los derechos de las personas que sí concursaron para los otros cargos, además, no reuniría todas las exigencias previstas para los mismos, pues en gracia de discusión, cada cargo o empleo por su particularidad requiere de específicas condiciones, tales como experiencia, tiempo, educación, área temática, ubicación geográfica etc.; ello sin contar que pueden existir personas con mejor derecho por mérito para tal fin.

Solicita declarar la improcedencia de la presente acción constitucional, toda vez que no existe vulneración alguna a los derechos fundamentales alegados por la parte accionante por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Este Juzgado mediante fallo de septiembre 3 de 2021, negó el amparo solicitado, decisión contra la cual impugno la accionante, y en segunda Instancia el Tribunal Superior de Bogotá, mediante proveído de septiembre 30 de 2021, declaro la nulidad de todo lo actuado a partir de la emisión de la sentencia fechada 3 de septiembre de 2021 ordenando se rehaga la actuación vinculando y notificando en debida forma a los interesados en la Convocatoria 436 de 2017, para lo cual deberá ordenar a las accionadas publicar en el medio masivo de comunicación establecido en el referido concurso, la información necesaria para que aquéllos se enteren del presente trámite y para que, de considerarlo necesario, comparezcan al mismo a ejercer sus derechos a la contradicción y defensa, dentro del término que a bien se disponga. En los mismos términos, se deberá publicar la admisión de la tutela en la página web de la Rama Judicial.

Una vez se recibió por este Juzgado la providencia que declara la nulidad se dicto auto con fecha 5 de octubre de 2021, ordenando obedecer y cumplir lo dispuesto por el superior y se ordeno rehacer la actuación vinculando a todos los interesados en la

Convocatoria 436 de 2017, para lo cual las partes accionadas deberán publicar en el medio masivo de comunicación establecido en el referido concurso, a fin de que todos los interesados tengan conocimiento de este tramite, a fin de que ejerzan su derecho de contradicción y defensa, lo cual debe hacerse en el termino de dos días una vez se les notifique esta providencia.

También se dispuso que en el mismo término se publicara la admisión de la tutela en la pagina Webb de la Rama Judicial.

Notificada la parte accionada, dio respuesta la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL indicando que:

La acción de tutela se torna improcedente si el actor dispone de otros medios o recursos de defensa judicial, salvo cuando se use como mecanismo transitorio a fin de evitar un perjuicio irremediable, pues la misma no es un medio alterno, facultativo, adicional o complementario a los ya instituidos por la ley para la defensa de intereses o derechos que considere la accionante vulnerados por entidades públicas o privadas.

Señala que en el presente caso no resulta procedente el uso de listas solicitado por el accionante, para la conformación de nuevas vacantes, pues con ellos se le estaría dado aplicación a la Ley 1960 de 2019 de manera retrospectiva, toda vez que la Convocatoria No. 436 de 2017 - SENA, inició con la expedición del Acuerdo No. 20171000000116 del 24 de julio de 2017, es decir con anterioridad a la entrada en vigencia de la mencionada ley, encontrándose en consecuencia bajo su amparo o efecto.

Que La aplicación “retrospectiva” de la Ley 1960 de 2019, no es posible como quiera que ello contraviene lo dispuesto en los artículos 52 y 53 de la Ley 4 de 1913, normas que claramente establecen que la Ley sólo rige para las situaciones de hecho ocurridas con posterioridad a la fecha de su promulgación, entendiéndose por esta, su inserción en el Diario Oficial. Bajo ese entendido, se tiene que el artículo 7 de la Ley 1960 de 2019, dispone que esta “rige a partir de su publicación”, lo cual ocurrió el 27 de junio de 2019, como consta en el Diario Oficial No. 50.997, por lo que solo puede regir hacia futuro, es decir, a procesos de selección o concursos que inicien con posterioridad a la referida fecha. Así lo ha confirmado la Corte Constitucional.

Refiere que la señora VIAYNEY ETSLEDY ARIZA HERNANDEZ ocupó la posición dos (2) en la lista de elegibles conformada Resolución No. CNSC 20182120183055 DEL 24/12/18, en consecuencia, la accionante no alcanzó el puntaje requerido para ocupar la posición meritoria en la lista de elegibles para proveer el

empleo en comento, de conformidad con el número de vacantes ofertadas ostentando frente a la misma una expectativa. Recuérdese que la Lista de elegibles venció el pasado 14 de enero, por lo que no es procedente hacer uso de la misma, por cuanto el uso de las Listas de elegibles, se debe dar durante su vigencia. Es por esto por lo que la señora VIAYNEY ETSLEDY ARIZA HERNANDEZ, se encontraba sujeta no solo a la vigencia si no al tránsito habitual de las listas de elegibles cuya movilidad pende de las situaciones administrativas que puedan ocasionar la generación de vacantes definitivas en la entidad

Manifiesta igualmente la Comisión Nacional del Servicio Civil, que en la Lista efectuada por el Sena de elegibles, la señora VIAYNEY ETSLEDY ARIZA HERNANDEZ no alcanzó la posición meritatoria, por cuanto ocupó la posición No. 30 de la Lista de Elegibles para proveer una (1) vacante adicional reportada por el SENA, identificada con el código OPEC No. 130289 (Florencia - Caquetá).

La Comisión Nacional del Servicio Civil dio cumplimiento a la orden dada en auto de octubre 5 de 2021, efectuando la publicación del auto de vinculación y la tutela en la Pagina Webb el día 7 de octubre de 2021, dando así cumplimiento a la orden emitida por el Tribunal Superior en auto que declaro la nulidad.

Este Despacho igualmente para dar cumplimiento a la orden dada por el Tribunal Superior hizo la publicación en la Pagina Webb de la Rama Judicial, de esta tutela.

CONSIDERACIONES:

De la Acción:

Respecto de la acción ejercida por el perjudicado el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia consagra que: toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

Competencia y Procedencia:

Es competente este Juzgado con fundamento en el Decreto 1382 de 2000.

Del caso Concreto:

Concurre a esta judicatura **VIAYNEY ETSLEDY ARIZA HERNANDEZ** solicitando en síntesis que se respete el debido proceso administrativo ordenando su nombramiento en periodo de prueba haciendo uso de lista de elegibles con cargos declarados desiertos y no ofertados de acuerdo a la ley 1960 de 2019.

Con respecto a los derechos indicados como vulnerados, el **debido proceso administrativo**, la Corte ha dicho que este derecho es ante todo un derecho subjetivo, es decir, que corresponde a las personas interesadas en una decisión administrativa, exigir que la adopción de la misma se someta a un proceso dentro del cual se asegure la vigencia de los derechos constitucionales de contradicción, impugnación y publicidad. En este sentido, el debido proceso se ejerce durante la actuación administrativa que lleva a la adopción final de una decisión, y también durante la fase posterior de comunicación e impugnación de la misma.

El debido proceso administrativo, se convierte en una manifestación del principio de legalidad, conforme al cual toda competencia ejercida por las autoridades públicas debe estar previamente establecida en la ley, como también las funciones que les corresponden cumplir y los trámites a seguir antes de adoptar una determinada decisión. En esta medida, las autoridades administrativas únicamente pueden actuar dentro de los límites señalados por el ordenamiento jurídico.

Con respecto al **Derecho al Trabajo**: El artículo 25 de la Constitución Política señala que el trabajo “es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado.” 2. Como derechos conexos al trabajo se encuentran conceptos como el “mínimo vital y móvil” y la seguridad social, derechos que están conexos a la vida y salud de los trabajadores y sus familias.

De los hechos narrados en la demanda de tutela, de las respuestas dadas por las partes accionadas, el amparo impetrado debe negarse, por lo siguiente:

La acción de tutela no es el mecanismo idóneo para controvertir actos administrativos de carácter general, abstracto e impersonal, como son los acuerdos para las Convocatorias. Por lo tanto, el demandante cuenta con otros mecanismo de defensa a los cuales debe recurrir para controvertir los anteriores actos administrativos, proferidos en el marco de la convocatoria 436 de 2017.

Conforme a la sentencia SU-913 de 2009, las reglas de los concursos son invariables e inmodificables.

La alta Corporación ha dicho que, las acciones de tutelas que se interponen en contra de los actos administrativos que se profieren en el marco de concursos de méritos, por regla general, son improcedentes, en tanto que existe la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, en el marco de ésta, la posibilidad de solicitar medidas cautelares.

Solo la Jurisdiccional Contencioso Administrativa puede revocar, anular o dejar sin efectos los actos administrativos dictados por las autoridades, a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho si a ello hay lugar y no el Juez constitucional como lo pretende la accionante.

Por consiguiente no se cumplió con el requisito de procedibilidad de la tutela como es el **principio de subsidiariedad**, toda vez que el accionante tiene otros mecanismos a los cuales acudir.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 y la reiterada jurisprudencia constitucional sobre la materia, la acción de tutela tiene un carácter residual y subsidiario. Por lo anterior, solo procede como mecanismo de protección definitivo (i) cuando el presunto afectado no disponga de otro medio de defensa judicial; o (ii) cuando existiendo, ese medio carezca de idoneidad o eficacia para proteger de forma adecuada, oportuna e integral los derechos fundamentales invocados, a la luz de las circunstancias del caso concreto.

No encuentra este Despacho que por las autoridades accionadas se le hayan vulnerado los derechos fundamentales que enuncia la accionante, toda vez que la convocatoria es una norma reguladora de todo concurso y a ella quedan obligadas tanto la Comisión Nacional del Servicio Civil como la entidad que convoca al concurso y todos los participantes.

Por estas razones, ha de negarse el amparo solicitado, toda vez que no se incurrió en vulneración alguna a los derechos fundamentales de la accionante.

Por lo expuesto, el Juzgado Veintisiete Civil del Circuito de Bogotá D.C. Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

Primero: NEGAR el amparo solicitado por **VIAYNEY ETSLEDY ARIZA HERNANDEZ** contra **LA COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL , EL SENA** y los convocados a esta acción constitucional.

Segundo: Notifíquese a las partes por el medio mas expedito.

Tercero: Envíese el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión en caso de no ser impugnado.

NOTIFIQUESE y CUMPLASE

La Juez.

MARIA EUGENIA FAJARDO CASALLAS.

Firmado Por:

Maria Eugenia Fajardo Casallas
Juez
Juzgado De Circuito
Civil 027 Escritural
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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: **e64b0ea989696de3e829708abead86cecebd507f1e88c2e4e367861c80e18f1d**

Documento generado en 13/10/2021 09:16:22 AM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>