REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
JUZGADO DIECIOCHO DE FAMILIA DE BOGOTÁ D.C

ACCIÓN DE TUTELA
No. 1100131100-18-2020-00448-00

Bogotá D.C., dieciséis (16) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Procede el despacho a emitir fallo dentro del presente trámite de acción de tutela interpuesta por Julián Ernesto Trespalacios Torres, en nombre propio, contra la Comisión Nacional del Servicio Civil –CNSC- y el Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA-.

I. ANTECEDENTES

El accionante indicó como hechos de la acción:

> **"PRIMERO:** 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, en adelante la 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.
>
> **SEGUNDO:** 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.**
>
> **TERCERO**: Producto de la convocatoria, la CNSC expide la resolución de lista de elegibles No 20182120193975 del 24 de diciembre de 2018, para proveer una (01) vacante de la OPEC No 58899, con la denominación de INSTRUCTOR, CODIGO 3010 grado 1, donde me encuentro ocupando el lugar número SEGUNDO de elegibilidad con 64.49 puntos definitivos en la convocatoria.
>
> **CUARTO**: Que 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 el cual reza: […]
>
> En este punto, es de resaltar que es obligatorio por parte de la CNSC crear el banco de Lista de elegibles de cada convocatoria para proveer los cargos declarados desiertos y los cargos temporales que tengan vacancias definitivas o que se creen posterior a la firmeza de las listas de elegibles vigentes.
>
> **QUINTO**: Teniendo en cuenta el punto anterior 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 su artículo 3 numerales 3, 4, 5 y 7 que reza:

Artículo 3. Definiciones. Para la aplicación de las disposiciones del presente Acuerdo se establecen las siguientes definiciones:

> 3. Lista de elegibles: Es el listado que conforma la CNSC a través de acto administrativo y que ordena a los elegibles en estricto orden de mérito a partir de los resultados obtenidos en el proceso de selección para la provisión de un empleo específico.
> 4. Banco Nacional de Listas de Elegibles: Es un sistema de información conformado y administrado por la CNSC, el cual se integra con las listas de elegibles en firme, resultantes de los procesos de selección desarrollados por la CNSC y organizado bajo los criterios establecidos en el presente Acuerdo.
> La utilización del Banco Nacional de Listas de Elegibles solo procede para la provisión de vacantes definitivas en empleos de carrera.
> De acuerdo a lo previsto en el artículo 10 del Decreto 1894 de 2012, el cual modificó el artículo 70 del Decreto 1227 de 2005 (contenido en el Decreto 1083 de 2015), la utilización del Banco Nacional de Listas de Elegibles sólo procede para proveer los empleos ofertados en la respectiva convocatoria.
> 5. Concurso desierto para un empleo: Es aquel concurso que, para un empleo ofertado dos veces en el marco de un proceso de selección, es declarado desierto por la Comisión Nacional del Servicio Civil mediante acto administrativo motivado, cuando se presenta alguna de las siguientes situaciones:
> 1. No tuvo inscritos o ninguno de los inscritos acreditó los requisitos mínimos exigidos en el perfil del empleo.
> 6. Empleo con similitud funcional: Se entiende que un empleo es similar funcionalmente a otro cuando tiene la misma denominación, código y grado, cuando tienen asignadas funciones iguales o similares y para su desempeño se exijan requisitos de estudio, experiencia y competencias laborales iguales o similares.
> La presente definición aplica únicamente para efectos de uso de listas de elegibles, en el marco de los procesos de selección que adelante la Comisión Nacional del Servicio Civil, en desarrollo de sus facultades legales.

SEXTO: De igual manera en el mismo acuerdo 562 de 2016 […] hace referencia a todo lo que tiene que ver con el Banco Nacional De lista de elegibles en el título III capítulo 1. […]

SEPTIMO: En el mismo acuerdo 562 de 2016 […] hace referencia a todo lo que tiene que ver con los cargos declarados desiertos: […]

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. Donde el articulo 6 queda así:

> **ARTÍCULO 6°.** El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así:
> "Artículo 31. El Proceso de Selección comprende:
> 1. (...)
> 2. (...)
> 3. (…)
> 4. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de 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**. (línea y negrilla fuera de texto).
>
> Lo que permite el **USO** de lista de elegibles con cargos no ofertados tal como lo confirmó la CNSC en auto de enero de 2020.

OCTAVO: EL SENA reportó a la CNSC, unos cargos no ofertados para que se haga el USO de lista de elegibles, sin embargo, este proceso tampoco se ha adelantado ya que siguen existiendo solicitudes de exclusión sin resolver.

NOVENO: El 16 de enero de 2020 La CNSC expide EL CRITERO UNIFICADO "USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DE 27 DE JUNIO DE 2019" donde se deja la claridad y la obligatoriedad de hacer el uso de lista de elegibles con los cargos no ofertados posteriores a la entrada en vigencia de la mencionada LEY 1960 de junio de 2019 así:

La CNSC y el Departamento Administrativo de la Función Pública -DAFP-, a través de la Circular Conjunta No. 20191000000117 de 29 de Julio do 20192, 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, […].

DECIMO: Que, mi lista de elegibles se vence el 14 de enero de 2021, sin que se me haya dado la posibilidad de un USO de Lista de Elegibles, con lo cual se me vulneran mis derechos fundamentales a: **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.**

DECIMO PRIMERO: Que, varios de los cargos ofertados y no ofertados en las convocatorias de 2008, **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.

DECIMO SEGUNDO: Es obvio que, habiendo superado los exámenes y las condiciones de actitud para el cargo concursado, debía habérseme 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.

DECIMO TERCERO: […]

DECIMO CUARTO: […]

DECIMO QUINTO: Actualmente me encuentro como elegible para un cargo con la Denominación **INSTRUCTOR, CODIGO 3010, GRADO 1,** lo que me da derecho a que se me nombré en un cargo similar al que me presenté.

DECIMO SEXTO: En ningún momento la CNSC Y EL SENA, me 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.

DECIMO SEPTIMO: En agosto de 2020, presenté Derecho de petición, a la CNSC, solicitando mi nombramiento en periodo de prueba haciendo USO DE LISTA DE ELEGIBLES con cargos no ofertados y dando aplicación a la ley 1960 de 2019 para los cargos con similitud funcional con el que me presente en la convocatoria 436 de 2017. (Anexo pantallazo y copia de la petición).

Teniendo en cuenta los anteriores hechos, que me encuentro en una lista de elegibles de la convocatoria 436 de 2017, entidad SENA y cobijándome en el artículo 23 de la Constitución Política de Colombia, el cual contempla el derecho de petición, la Ley 1437 de 2011 "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo"; de la Ley 1755 de 2015, solicito que me den un informe detallado de las siguientes peticiones:
PRIMERO: Que, mediante oficio se solicite al SENA, el uso de lista de elegibles con todas las vacantes no ofertadas en la convocatoria 436 de 2017, mencionadas en los puntos **décimo séptimo y décimo octavo,** para dar aplicación a la LEY 1960 de 2019.
SEGUNDO: Se le ordene al SENA que se abstenga de cambiar el perfil en cuanto a su área temática de los cargos No ofertados, cuya denominación sea **INSTRUCTOR,**

código 3010, ya que viola el debido proceso administrativo de los elegibles de la convocatoria 436 de 2017.

TERCERO: Que, en pro del debido proceso administrativo solicito mediante derecho de petición que, la CNSC realice una visita al SENA y revise el total de la Planta de personal del SENA para que identifique el total de los cargos No ofertados por el SENA en la convocatoria 436 de 2017 y que actualmente se encuentran vacantes, en provisionalidad y en encargo, para que los mismos sean provistos mediante uso de lista de elegibles para que se le dé aplicación a la LEY 1960 de 2019.
CUARTO: Solicito se me dé un informe detallado de cuantos cargos hay inscritos en carrera en la CNSC con la entidad SENA de los niveles Técnico, profesional, asesor, asistencial e instructor.

DECIMO OCTAVO: La petición […] fue respondida en septiembre de la siguiente manera:

Donde la CNSC informa que solo va a hacer uso de listas de elegibles con los cargos no ofertados de acuerdo al CRITERIO UNIFICADO de septiembre de 2020:
(…)
Frente a esta solicitud, es menester indicar que, en el caso de configurarse alguna de las causales de retiro del servicio o de generación de vacantes definitivas contempladas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004 y en el Decreto 1083 de 2015, la Entidad debe realizar el respectivo estudio técnico de las vacantes generadas y deberá determinar si resulta procedente solicitar al Grupo de Provisión de Empleo de la CNSC, autorización de uso de lista de elegibles para así generar la provisión efectiva con quien le asista el derecho en razón a su posición de mérito en una lista de elegible.

• Sobre este punto especial, es necesario traer a colación las disposiciones dadas en el documento emitido por la CNSC el 06 de agosto de 2020, denominado: "COMPLEMENTACIÓN AL CRITERIO UNIFICADO *"USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DE 27 DE JUNIO DE 2019 del 16 de enero de 2020",* según el cual:

"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, mismos requisitos de estudio y experiencia reportados en la OPEC, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC****." (Subraya y negrita fuera de texto).*

Bajo ese entendido, es responsabilidad de la Entidad nominadora, decidir las actuaciones propias de la gestión del talento humano, sin que para ello se requiera de la Comisión Nacional del Servicio Civil; pero, con la claridad que, la aplicación para la provisión de empleos mediante el uso de listas vigentes para procesos de selección, como la Convocatoria 436 de 2017-SENA, cuyas listas de elegibles se dieron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, únicamente es posible para aquellos denominados "**mismos empleos**", es decir, aquellos "*con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, mismos requisitos de estudio y experiencia reportados en la OPEC, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC."*

Nota del tutelante: En este punto es de resaltar que se viola el estricto orden de merito [sic] y mas [sic] aun cuando el SENA modifica los perfiles de las OPEC no ofertadas.

- **En lo tocante a la solicitud de: *"Que, mediante oficio se solicite al SENA, el uso de lista*** **de elegibles con todas las vacantes no ofertadas en la**

convocatoria 436 de 2017, mencionadas en los puntos (…), para dar aplicación a la LEY 1960 de 2019."

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

> *"uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019" el cual señala, que "(…) las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su* ***vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la oferta pública de empleos de carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos"*** (subrayado y negrita fuera de texto).

Por ello, en pro de establecer un lineamiento que permita a las entidades, dar aplicación al aludido Criterio del 16 de enero de 2020, la Comisión Nacional del Servicio Civil, emitió la Circular Externa Nro. 001 del 21 de febrero de 2020, en la cual se fijó el procedimiento para el reporte de las vacantes definitivas de carrera administrativa que serán provistas con listas de elegibles vigentes de *"mismos empleos",* en virtud del criterio unificado de uso de listas en el contexto de la Ley 1960 de 2019 y de su complementación, emitido por la CNSC el 06 de agosto de 2020.

De lo anterior se colige que, si las vacantes no ofertadas, no cumplen con las características definidas para "**mismos empleos**" de conformidad con lo establecido en el Criterio Unificado del 16 de enero de 2020, esto es, empleos "***con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, mismos requisitos de estudio y experiencia reportados en la OPEC, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC***", no resulta viable efectuar uso de listas a efectos de proveerlas.

Nota del tutelante: En este punto, es de resaltar que se viola el estricto orden de mérito y más aún cuando el SENA modifica los perfiles de las OPEC no ofertadas.

Frente a la solicitud de: *"Que, en pro del debido proceso administrativo solicito mediante* derecho de petición que, la CNSC realice una visita al SENA y revise el total de la Planta de personal del SENA para que identifique el total de los cargos No ofertados por el SENA en la convocatoria 436 de 2017 y que actualmente se encuentran vacantes, en provisionalidad y en encargo, para que los mismos sean provistos mediante uso de lista de elegibles para que se le dé aplicación a la LEY 1960 de 2019.

Sobre el particular se indica que, en cuanto a la identificación de los empleos actualmente vacantes y no reportados en el SENA, debe ser resuelta por el Servicio Nacional de Aprendizaje, toda vez que tal información es del resorte exclusivo de la entidad, comoquiera que constituye información institucional, la cual está sujeta a la variación y movilidad que pueda presentarse en la planta de personal.

En ese entendido, es deber de la entidad, suministrar la información pertinente a través del Sistema de Apoyo para la Igualdad el Mérito y la Oportunidad – SIMO. Motivo por el cual no se accede a su solicitud.

Nota del tutelante: En este punto se aprecia que la CNSC lo niega a pesar que ellos son la máxima autoridad en administrar la carrera administrativa

y si ellos no lo hacen quien podría obligar al SENA a respetar el debido proceso administrativo. Por tal motivo ruego la protección mediante esta acción de tutela.

- **Frente a la solicitud *"Se le ordene al SENA que se abstenga de cambiar el perfil en* cuanto a su área temática de los cargos No ofertados, cuya denominación sea (…), ya que viola el debido proceso administrativo de los elegibles de la convocatoria 436 de 2017, y "solicito que se exija y ordene al SENA que no puede modificar los perfiles en su área Temática de los cargos ofertados y no ofertados para la convocatoria 436 de 2017, ya que eso vulnera el debido proceso administrativo de los elegibles."**

En lo atinente a esta solicitud, es menester indicar que, de conformidad con lo dispuesto en la Resolución SENA No. 1458 de 2017, las áreas temáticas son parte estructural de la organización y clasificación, así como de la definición de las funciones y competencias laborales de los empleos de nivel Instructor. Situación que conlleva a que las modificaciones hechas a las áreas temáticas de los empleos, se traducen en modificación al respectivo manual de funciones, actividad en la que frente a los empleos NO reportados, de conformidad con lo establecido en el artículo 2.2.2.6.1 del Decreto 1083 de 2015, la CNSC, no posee competencia al ser una actividad de administración de personal, que es inherente a la organización y necesidades del servicio de la respectiva entidad.

En lo que respecta a los empleos reportados, se tiene que la instrucción solicitada es innecesaria, ya que el reporte de la OPEC es fiel copia del manual de funciones con el cual se adelantó el concurso de méritos, para proveer los empleos ofertados, y su modificación se encuentra vetada desde el acuerdo de convocatoria. Por lo que el eventual uso de listas deberá surtir el examen para la determinación de los denominados "mismos empleos" según se indicó en líneas precedentes.

Nota del tutelante: En este punto es de mencionar que el manual de funciones difiere bastante de las OPEC ofertadas, prueba de ello es la cantidad de OPEC diferentes que ofertó el SENA a pesar que en el Manual de Funciones en algunos casos hay solo un empleo descrito como por ejemplo, los cargos auxiliares 1, 2 y 3, secretarios y técnicos 1, 2 y 3, además ofertaron 1926 OPEC diferentes del cargo Instructor cuando solamente hay 29 redes del conocimiento y ofertaron 1267 OPEC diferentes de los cargos profesionales cuando los núcleos básicos del conocimiento son muy inferiores. Todo lo anterior se pueden confirmar en el manual de funciones vigente del SENA.

- ***Frente a la solicitud de "Que, mediante la oficina de VIGILANCIA de la CNSC se* investigue al SENA por violar normas de carrera al modificar los perfiles en su área Temática de los empleos cuando existen listas de elegibles vigentes"**

En lo que respecta a esta solicitud, se tiene que, de conformidad con lo manifestado hasta aquí, no se encuentra mérito para abrir la investigación solicitada.

Nota del tutelante: no se podía esperar algo diferente en su respuesta cuando la misma CNSC vulnera derechos fundamentales de los concursantes, por tal motivo solicito la protección mediante esta acción de tutela.

- ***Frente a la solicitud de "Que, la CNSC le solicite al SENA un informe donde indique a cuáles cargos identificados con su IDP les modificó el perfil EN SU ÁREA TEMÁTICA"***

Al respecto, se tiene que la solicitud no encuentra asidero dentro de las funcionalidades de la CNSC, por lo que los peticionarios deben recurrir de manera directa a la entidad, para obtener esta información, toda vez que la administración de la planta de personal es competencia exclusiva de la entidad.

Nota del tutelante: En este punto se aprecia que la CNSC lo niega a pesar que ellos son la máxima autoridad en administrar la carrera administrativa y si ellos no lo hacen quien podría obligar al SENA a respetar el debido proceso administrativo. Por tal motivo ruego la protección mediante esta acción de tutela.

(Anexo copia de la respuesta dada por la CNSC como documentos y pruebas).

DECIMO NOVENO: En agosto de 2020, presenté derecho de petición al SENA solicitando mi nombramiento en un cargo no ofertado con la Denominación Instructor de los cargos no ofertados y desiertos (Anexo pantallazo y copia de la petición).

Teniendo en cuenta los anteriores hechos, que me encuentro en una lista de elegibles de la convocatoria 436 de 2017, entidad SENA y cobijándome en el artículo 23 de la Constitución Política de Colombia, el cual contempla el derecho de petición, la Ley 1437 de 2011 "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo"; de la Ley 1755 de 2015, solicito que me den un informe detallado de las siguientes peticiones:

PRIMERO: Que, el SENA mediante oficio solicite a la CNSC, el uso de lista de elegibles con todas las vacantes no ofertadas en la convocatoria 436 de 2017, mencionadas en los puntos **décimo séptimo y décimo octavo,** para dar aplicación a la LEY 1960 de 2019.
SEGUNDO: Solicito se me informe cual es el área temática de cada uno de los cargos mencionados en los puntos **décimo séptimo y décimo octavo**, con la denominación INSTRUCTOR, y cual es o fue la profesión del funcionario que desempeña o desempeñaba cada uno de esos cargos.
TERCERO: Teniendo en cuenta el artículo 29 de la CN, respecto al debido proceso solicito y que soy directo interesado en cada uno de esos cargos, solicito se me informe cada vez que se le cambie el perfil en cuanto al área temática a cada uno de esos cargos.
CUARTO: Solicito se me informe cuantos trabajadores oficiales tiene en su planta el SENA y cuantos de ellos se encuentran registrados en Carrera administrativa en la CNSC, solicito documento de identidad de cada uno de ellos para verificar y cotejar la información con la CNSC.
QUINTO: Solicito este derecho de petición sea resuelto de fondo y en los términos establecidos en la ley 1755 de 2015.

VIGESIMO: EL SENA, da respuesta en la que me envían unos archivos en Excel, pero en ningún momento me dicen puntualmente cuales son los cargos a nivel nacional que se encuentran desiertos, y no ofertados con la denominación de INSTRUCTOR, de igual manera no respondieron las peticiones puntualmente como las había solicitado. Con lo cual se vulnera el derecho de petición y como consiguiente y por conexidad el derecho al debido proceso, el derecho al trabajo, el derecho a acceso en cargos y funciones públicas. Sin embargo no es difícil descubrir que el SENA, tiene bastantes cargos con la denominación de INSTRUCTOR 1, que no fueron ofertados y con los que tiene el deber legal de Hacer uso de lista de elegibles, dando aplicación a la ley 1960 de 2019, por lo que pido muy respetuosamente por medio de esta acción constitucional, ordenar al SENA hacer uso de lista de elegibles sin tener en cuenta el criterio Unificado de enero de 2020 respecto al mismo empleo y posición geográfica, si no aplicar lo de similitud funcional y el estricto orden de mérito. En este punto es de mencionar que, como yo apliqué a un cargo INSTRUCTOR tengo similitud funcional varios de los cargos del SENA con la denominación INSTRUCTOR 1.

De igual manera respecto a la petición en la cual solicité que me informaran cual era el perfil de cada uno de los empleos, el SENA respecto a que ellos tienen la obligatoriedad de remitir a sus dependencias los derechos de petición y no exigirles a los peticionarios que ellos lo realicen, yendo en contravía de la ley 1755 de 2015, pido se me entregue esta información, teniendo en cuenta la siguiente respuesta:

Por su parte, dando respuesta a su solicitud "se me informe cual es el área temática de cada uno de los cargos mencionados en los puntos décimo séptimo y décimo octavo, con la

denominación INSTRUCTOR, y cual es o fue la profesión del funcionario que desempeña o desempeñaba cada uno de esos cargos", se adjunta base de datos de todas las vacantes reportadas con corte a Julio a la CNSC y frente a las cuales se reportó a dicha Entidad el uso de listas, con su respectiva identificación y perfilamiento. Respecto de la profesión del funcionario, es necesario que acuda a cada una de las Regionales y Centros de Formación a donde pertenecen los empleos para que le precisen dicha información, comoquiera que la facultad nominadora se encuentra delegada. Con relación a su petición "Solicito se me informe cuantos trabajadores oficiales tiene en su planta el SENA y cuantos [sic] de ellos se encuentran registrados en Carrera administrativa en la CNSC, solicito documento de identidad de cada uno de ellos para verificar y cotejar la información con la CNSC", le informo que en la planta de personal del SENA existen 680 cargos de Trabajadores Oficiales los cuales NO son considerados empleados públicos y por tanto no se rigen por las normas que regulan la carrera administrativa, por ello, no están inscritos en el Registro mencionado, ya que se rigen por el Código Sustantivo del Trabajo y la Convención Colectiva suscrita en 2015. (Negrilla fuera de texto).

El Sena envía solamente la siguiente información.

CARGOS DESIERTOS CON LA DENOMINACIÓN DE INSTRUCTOR CON LOS CULAES TENGO SIMILITUD FUNCIONAL

dependencia	**denominación**	**grado**	**OPEC**	**vacantes**	**IDP**	**RESULTADO USO DE LISTAS**
Antioquia-Centro Tecnológico del Mobiliario	Instructor	1	59349	3	11240 11236 11239	NO EXISTE
Caldas- Centro Pecuario y Agroempresarial	Instructor	1	58421	1	12324	NO EXISTE
Guainía-Centro Ambiental y Ecoturis del Nororiente Amazónico	Instructor	1	58623	1	11063	NO EXISTE
Cauca- Centro de Teleinformática y Producción Industrial	Instructor	1	58704	1	12395	SI EXISTE
Valle-Centro Náutico Pesquero de Buenaventura	Instructor	1	59128	1	7024	NO EXISTE
Antioquia-Complejo Tecnológ Agroindustrial, Pecuario y Tur	Instructor	1	59253	1	11317	NO EXISTE
Cundinamarca-Centro de Desarrollo Agroempresarial	Instructor	1	59838	1	12653	NO EXISTE
Vichada-Centro Produc y Transformac Agroindustr de Orinoquia	Instructor	1	59889	1	12181	NO EXISTE
San Andrés-Centro Formación Turísti,Gente de Mar y Servici	Instructor	1	60601	1	11737	NO EXISTE
Guajira-Centro Agroempresarial y Acuícola	Instructor	1	60986	1	11087	NO EXISTE

VACANTES INSUFICIENTES

Dependencia	DENOMINACION	grado	OPEC	VACANTES CONVOCADAS	VACANTES DESIERTAS	IDP NO PROVISTA
Distrito Capital-Centro de Electricid,Electróni y Telecomuni	Instructor	1	60604	3	1	10586

NUEVAS VACANTES APARENTEMENTE SIN LISTAS

DEPENDENCIA	DENOMINACION	GRADO	VACANTES	IDP
ANTIOQUIA - CENTRO TECNOLOGICO DEL MOBILIARIO	INSTRUCTOR	1	1	895
SANTANDER-CENTRO DE SERVICIOS EMPRESARIALES Y TURISTICOS	INSTRUCTOR	1	1	6206
VALLE-CENTRO AGROPECUARIO DE BUGA	INSTRUCTOR	1	1	1550

NUEVAS VACANTES

dependencia	denominación	grado	IDP
CUNDINAMARCA-CENTRO DE BIOTECNOLOGÍA AGROPECUARIA	INSTRUCTOR	1	8463
RISARALDA-CENTRO DE DISEÑO E INNOVACIÓN TECNOLÓGI INDUSTRIAL	INSTRUCTOR	1	7345
DISTRITO CAPITAL-CENTRO DE GESTION DE MERCADOS, LOGISTICA Y TECNOLOGIAS DE LA INFORMACION	INSTRUCTOR	1	2255
DISTRITO CAPITAL-CENTRO DE MATERIALES Y ENSAYOS	INSTRUCTOR	1	2483
MAGDALENA - CENTRO ACUICOLA Y AGROINDUSTRIAL DE GAIRA	INSTRUCTOR	1	4975

LISTAS APARENTEMENTE AGOTADAS

DP PENDIENTE DE PROVEER	OPEC AGOTADA	OPEC A USAR	REGIONAL	UBICACIÓN
12284	58795	N/A	CALDAS	CENTRO DE AUTOMATIZACION

VIGESIMO PRIMERO: En agosto de 2020, presenté un segundo derecho de petición al SENA solicitando mi nombramiento en un cargo no ofertado con la Denominación Instructor de los cargos no ofertados y desiertos (Anexo pantallazo y copia de la petición).

Teniendo en cuenta los anteriores hechos, que me encuentro en una lista de elegibles de la convocatoria 436 de 2017 entidad SENA y cobijándome en el artículo 23 de la Constitución Política de Colombia, el cual contempla el derecho de petición, la Ley 1437 de 2011 "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo"; de la Ley 1755 de 2015, solicito que me den un informe detallado de las siguientes peticiones:

PRIMERO: Se me dé un informe detallado respecto a todos los cargos que actualmente se encuentran en la Planta Global del SENA con la denominación INSTRUCTOR, CODIGO 3010, pertenecientes al EJE TEMATICO DE SOFTWARE Y RED DEL CONOCIMIENTO INFORMÁTICA, DISEÑO Y DESARROLLO DE SOFTWARE, que se encuentren en: provisionalidad, encargo, vacantes, temporales y en propiedad con derechos de carrera, donde se especifique:

1. IDP DEL CARGO.
2. Número de identificación de la persona que actualmente está ejerciendo el cargo, para el caso que se encuentre ocupado; con el fin de verificar ante la CNSC, si se encuentra inscrito en Carrera administrativa.
3. Profesión de la persona que está ejerciendo actualmente el cargo, así como el cargo o profesión de la última persona que lo ejerció.
4. Ubicación del Cargo.
5. Tipo de provisión del cargo, si se encuentra en: provisionalidad, encargo, vacantes, temporales o en propiedad con derechos de carrera.
6. Si la persona que ejerce actualmente el cargo, está inscrita en carrera ante la CNSC o su inscripción se encuentra en trámite.

SEGUNDO: Solicito que los cargos descritos en primera petición y que no hayan sido ofertadas en la convocatoria 436 de 2017, sean reportadas a la CNSC para que se haga uso de lista de elegibles con cargos no ofertados en aplicación a la LEY 1960 de 2019.

Solicito este derecho de petición sea resuelto de fondo y en los términos establecidos en la ley 1755 de 2015.

VIGESIMO SEGUNDO: EL SENA, da respuesta en la que me envían unos archivos en Excel, donde informan todos los cargos desiertos y no ofertados a los cuales puedo aplicar cuya información es la siguiente:

CARGOS NO OFERTADOS EN LOS QUE PUEDO DE IGUAL MANERA APLICAR

Dependencia	**municipio_vacantes**	**departamento_vacantes**	**denominacion** [sic]	**grado**
ANTIOQUIA - CENTRO TECNOLOGICO DEL MOBILIARIO	ITAGÜÍ	ANTIOQUIA	Instructor	1
SANTANDER - CENTRO DE SERVICIOS EMPRESARIALES Y TURISTICOS	BUCARAMANGA	SANTANDER	Instructor	1
VALLE-CENTRO AGROPECUARIO DE BUGA	GUADALAJARA DE BUGA	VALLE DEL CAUCA	Instructor	1
MAGDALENA - CENTRO ACUICOLA Y AGROINDUSTRIAL DE GAIRA	SANTA MARTA	MAGDALENA	Instructor	1
CUNDINAMARCA-CENTRO DE BIOTECNOLOGÍA AGROPECUARIA	MOSQUERA	CUNDINAMARCA	Instructor	1
DISTRITO CAPITAL-CENTRO DE GESTION DE MERCADOS, LOGISTICA Y TECNOLOGIAS DE LA INFORMACION	BOGOTA D.C	BOGOTA D.C	Instructor	1
DISTRITO CAPITAL-CENTRO DE MATERIALES Y ENSAYOS	BOGOTA D.C	BOGOTA D.C	Instructor	1
RISARALDA-CENTRO DE DISEÑO E INNOVACIÓN TECNOLÓGI INDUSTRIAL	DOSQUEBRADAS	RISARALDA	Instructor	1

CARGOS DESIERTOS EN LOS QUE PUEDO APLICAR

dependencia	**municipio_vacantes**	**departamento_vacantes**	**denominacion** [sic]
Caldas- Centro Pecuario y Agroempresarial	LA DORADA	CALDAS	Instructor
Guainía-Centro Ambiental y Ecoturis del Nororiente Amazónico	PUERTO INÍRIDA	GUAINÍA	Instructor
Cauca- Centro de Teleinformática y Producción Industrial	POPAYÁN	CAUCA	Instructor
Valle-Centro Náutico Pesquero de Buenaventura	BUENAVENTURA	VALLE DEL CAUCA	Instructor
Antioquia-Complejo Tecnológ Agroindustrial, Pecuario y Tur	APARTADÓ	ANTIOQUIA	Instructor
Antioquia-Centro Tecnológico del Mobiliario	ITAGÜÍ	ANTIOQUIA	Instructor
Cundinamarca- Centro de Desarrollo Agroempresarial	CHÍA	CUNDINAMARCA	Instructor
Vichada-Centro Produc y Transformac Agroindustr de Orinoquia	PUERTO CARREÑO	VICHADA	Instructor
San Andrés-Centro Formación Turísti,Gente de Mar y Servici	SAN ANDRÉS	ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA	Instructor
Guajira-Centro Agroempresarial y Acuícola	FONSECA	LA GUAJIRA	Instructor
Distrito Capital-Centro de Electricid,Electróni y Telecomuni	BOGOTA D.C	BOGOTÁ, D.C.	Instructor

II. PRETENSIONES

El actor de la súplica constitucional solicitó tutelar sus derechos fundamentales y, en virtud de ello, emitir las siguientes órdenes:

> **"PRIMERO.** 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 LOS QUE EL DESPACHO CONSIDERE PERTINENTES, VULNERADOS U AMENAZADOS, de **JULIAN ERNESTO TRESPALACIOS TORRES,** mayor de edad e identificado con cédula de ciudadanía No 9.271.250 y se ordene de manera inmediata a la **CNSC** y al **SENA** realizar el nombramiento en periodo de prueba y su posesión para un empleo bien sea que haya sido ofertado o no ofertado con la denominación **INSTRUCTOR CODIGO 3010 GRADO 1,** lo anterior En un término No superior a 48 horas, por haberse superado todas las pruebas, etapas del concurso, cumplir la totalidad de requisitos del empleo al cual se presentó y actualmente encontrarse como elegible, ya que era un deber legal por parte de la CNSC y el SENA hacer uso de lista de elegibles. Lo anterior sin tener en cuenta el Criterio unificado de enero de 2020 si no la similitud funcional.
>
> **SEGUNDO:** Ordenar a la CNSC, **VERIFICAR** una a una toda la planta de personal del SENA, para identificar todos los cargos con la denominación INSTRUCTOR CODIGO 3010 GRADO 1 con los núcleos básicos de conocimiento contemplados en la OPEC No 58899 a la cual se presentó el accionante.
>
> **TERCERO:** Ordenar a La CNSC dar respuesta de fondo al derecho de petición radicado en agosto de 2020.
>
> ORDENAR A **LA CNSC Y AL SENA** rendir un informe escrito a este Despacho, con los soportes respectivos, dentro de un término igual y siguiente al concedido para el cumplimiento del presente fallo".

III. TRÁMITE PROCESAL

3.1 La acción de tutela fue radicada el día 2 de octubre de 2020 a las 7:37 p.m. esto es, fuera del horario laboral judicial, por lo que se entenderá presentada el siguiente día hábil, es decir, el 5 de octubre de 2020, cuyo conocimiento le correspondió por reparto a este despacho judicial.

3.2 Por auto de la misma fecha se admitió la acción constitucional contra los accionados y se ordenó notificarlos para que, en el término de un día, dieran contestación a la misma.

3.3 En la misma providencia, se ordenó vincular al Ministerio de Trabajo, dentro del mismo término y para los efectos mencionados. Igualmente, se ordenó vincular a las terceras personas que tengan interés en la presente acción constitucional, para que dentro del término de un (01) día hábil y si lo consideran del caso, intervengan dentro de este trámite. Para efectos de surtir la notificación a las personas interesadas, se ordenó a la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, al Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA y a la Rama Judicial que procedieran a realizar la publicación de esta providencia y del texto de la demanda de tutela en la página oficial de cada entidad, con el propósito de informar a la comunidad sobre la existencia del presente trámite

3.4 Obra dentro del expediente digital, constancia del emplazamiento ordenado, efectuado en la página web de la Rama Judicial el día 6 de octubre de 2020.

3.5 Mediante auto de fecha 15 de octubre de 2020, se ordenó la vinculación de la Procuraduría General de la Nación al presente trámite para que, en el término de cinco (5) horas se pronunciara sobre los hechos de la tutela.

3.6 El día 16 de octubre de 2020 se ampararon los derechos del accionante y se emitieron las órdenes correspondientes a los accionados, entre otras decisiones.

3.7 Como quiera que la CNSC impugnó el fallo de tutela, mediante auto del 29 de octubre de 2020 se concedió la impugnación y se ordenó la remisión del expediente digital al Tribunal Superior de Bogotá.

3.8 Mediante proveído del 2 de marzo de 2021, el Tribunal Superior de Bogotá, declaró la nulidad de la sentencia proferida por este despacho "manteniendo a salvo las pruebas recaudadas", por encontrar configurada la causal señalada en el numeral 8° del art. 133 del C.G.P., ordenando la devolución a este juzgado e indicando que se debe vincular al trámite "como parte pasiva a todas las personas que ocupan en el SENA los cargos de igual denominación y grado al Instructor y que habiendo sido ofertados en la convocatoria No. 436de 2017 hayan sido declarados en vacancia definitiva en virtud de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, así como también a aquellas personas que ocupan tales cargos declarados desiertos y los que ocupan cargos de Instructor en provisionalidad que no fueron ofertados por la convocatoria y que con posterioridad al inicio de la misma fueron declarados en vacancia definitiva en virtud de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en la normatividad antes mencionada".

3.9 La decisión fue remitida vía correo electrónico el día 2 de marzo de 2021 a las 8:05 p.m., por lo que se entiende recibida el día hábil siguiente, esto es, 3 del mismo mes y año.

3.10 Por auto del 3 de marzo de 2021, este despacho dispuso obedecer y cumplir lo ordenado por el superior y la vinculación de: "todas las personas que ocupan en el SENA los cargos de igual denominación y grado al Instructor y que habiendo sido ofertados en la convocatoria No. 436de 2017 hayan sido declarados en vacancia definitiva en virtud de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, así como también a aquellas personas que ocupan

tales cargos declarados desiertos y los que ocupan cargos de Instructor en provisionalidad que no fueron ofertados por la convocatoria y que con posterioridad al inicio de la misma fueron declarados en vacancia definitiva en virtud de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en la normatividad antes mencionada".

Igualmente se ordenó a la CNSC, al SENA y a la Rama Judicial, "que al día siguiente a la comunicación de este proveído, procedan a realizar la publicación de esta providencia, del auto admisorio y del texto de la demanda de tutela en la página oficial de cada entidad, con el propósito de informar a los vinculados sobre la existencia del presente trámite y si es su deseo intervenir dentro del presente trámite constitucional, lo deberán realizar dentro del término de un (01) día siguiente a la publicación ordenada en este numeral", entre otras decisiones.

3.11 El 8 de marzo de 2021 se ordenó requerir a la CNSC, al SENA y a la RAMA JUDICIAL, para que remitieran "en el término de un (1) día, la constancia de publicación ordenada por este despacho en auto del 3 de marzo de 2021, para efectos de la vinculación" mencionada. Igualmente, se adicionó el numeral 3° del auto últimamente mencionado, en el sentido de, ordenar "a secretaria realizar la publicación allí dispuesta en el micrositio del juzgado, dejando las constancias de rigor".

3.12 Por auto del 9 de marzo de 2021 se ordenó requerir a la CNSC para que hiciera la publicación, según lo ordenado en auto del 3 de marzo de 2021, toda vez que fueron allegadas constancias de la publicación inicial, dispuesta en auto del 5 de octubre de 2020.

3.13 El 9 del mismo mes y año se recibió constancia de publicación por parte de la Rama Judicial.

3.14 El 9 de marzo de 2021 se recibió escrito del señor Edgar Joaquín Delgado como interesado activo en el trámite de la referencia, quien había solicitado copia de la decisión del Tribunal Superior de Bogotá dentro de este asunto y se le remitió el día 8 de marzo de 2021, tanto copia de lo enunciado como del auto proferido por este despacho el día 3 de marzo de esta anualidad.

3.15 La vinculación mencionada, fue publicada en el micrositio del juzgado, según informe secretarial de fecha 9 de marzo de 2021.

3.16 El 10 de marzo de 2021 fue allegada la constancia de publicación por parte de la CNSC, pero en los mismos términos descritos en el numeral 3.12.

3.17 Igualmente fue comunicada, mediante correo electrónico recibido el 10 de marzo de 2021, constancia de publicación de la vinculación tantas veces mencionada, en la página de la Rama Judicial.

3.18 El 11 de marzo de 2021 fue allegada constancia de la publicación ordenada a la CNSC.

3.19 Mediante auto del 16 de marzo de 2021 se dispuso: "Como quiera que el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA- no ha allegado constancia de la publicación ordenada en auto del 3 de marzo de 2021 y sobre la cual se efectuó requerimiento, mediante decisión del 8 de marzo de 2021, nuevamente se le requerirá por SEGUNDA VEZ, bajo los apremios del numeral 3° del art. 44 del C.G.P., para que proceda de conformidad, remitiendo a este despacho constancia de la publicación de manera URGENTE E INMEDIATA".

3.20 Pese a los requerimientos, a la fecha del presente fallo, el SENA no remitió constancia de la publicación solicitada.

IV. ARGUMENTOS DE DEFENSA

4.1 COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

En primer lugar indicó que "la acción carece de los requisitos constitucionales y legales necesarios para ser procedente, pues la inconformidad del accionante frente a la conformación de listas de elegibles que se encuentra contenido [sic] en los Acuerdos reglamentarios del concurso, **no es excepcional**, precisando que en últimas la censura que hace el accionante recae sobre las normas contenidas en el citado Acuerdo, frente a lo cual cuenta con un mecanismo de defensa idóneo para controvertir el mentado acto administrativo, razón por la cual **la tutela no es la vía idónea para cuestionar la legalidad de dichos actos administrativos",** dado que no se acreditó la presencia de un perjuicio irremediable.

Señaló que, consultado el sistema de apoyo para la igualdad, el mérito y la oportunidad – SIMO, se constató que el accionante en la Convocatoria 436 de 2017 - SENA, para el empleo Auxiliar, grado 1, OPEC3 No. 58899, agotadas las fases del concurso, ocupó la posición No. 2 en la lista de elegibles conformada mediante la "Resolución No. CNSC – 20182120193975 del 24 de julio [sic] de 2018, para proveer una (1) vacante".

Por ello la entidad remitió al SENA el acto administrativo citado, por lo que el aspirante que ocupó la posición No. 1 fue nombrado en periodo de prueba para el cargo mencionado.

Informó que, frente a los procesos de selección, la competencia de la Comisión está limitada a las fases de: i) convocatoria, ii) reclutamiento iii) aplicación de pruebas y iv) conformación de listas de elegibles y que los nombramientos y posesiones y, en general, la administración de plantas de personal recae, según lo dicta la ley, exclusivamente, en los representantes legales o delegados de las respectivas entidades, tal como lo prescribe el inciso final del artículo 2.2.5.1.1 del Decreto 1083 de 2015, lo que implica que es el SENA, quien tiene la competencia para el nombramiento y posesión de sus servidores.

En lo relativo al reporte de la información señaló que, según el art. 6º del Acuerdo 165 de 2020: "Reporte de Información sobre provisión y uso de listas. Las entidades deberán reportar a la CNSC por el medio que esta disponga, las novedades que se presenten en relación con los nombramientos, posesiones, derogatorias, revocatorias, renuncias presentadas y demás situaciones que puedan afectar el orden de provisión y el uso de las listas, para lo cual contarán con un término máximo de cinco (5) días hábiles contados a partir de la ocurrencia de la novedad".

Indicó que el 27 de junio de 2019 el Gobierno Nacional expidió la Ley 1960 que modificó la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictaron otras disposiciones. En acatamiento de lo allí dispuesto esa Comisión el 16 de enero de 2020 profirió un criterio unificado en lo relativo al *"uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019"* en el que se señala: *"(…) las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su* ***vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la oferta pública de empleos de carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos".***

Precisó que, el mismo empleo, se considera aquel con "**igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, requisitos de estudio y experiencia, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes".**

Además, para establecer un lineamiento que permita a las entidades dar aplicación al aludido criterio emitió la Circular Externa Nro. 0001 de 2020 en la cual se fijó el procedimiento para el reporte de las vacantes que serán provistas con listas vigentes de mismos empleos en virtud del criterio unificado de uso de listas en el contexto de la ley 1960.

Explicó que "mismo empleo" corresponde a un empleo "**exactamente igual"** en cuanto a denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes, "**siendo este el requisito sine qua non para que un elegible pueda ser nombrado en el empleo para el que concurso y demostró cumplir con lo exigido y no otro para el cual no se sometió a evaluación dentro del proceso de selección"**.

De conformidad con el artículo 6º de la Ley 1960 de 2019, manifestó que "las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que 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", lo que implica 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 numero de OPEC.

En ese sentido, explicó que las listas de elegibles derivadas de la convocatoria 436 de 2017, la cual fue aprobada antes de entrar en vigencia de la ley 1960 de 2019, sólo pueden ser utilizadas para proveer vacantes de los empleos ofertados en el mencionado proceso de selección, o para cubrir nuevas vacantes de los "mismos empleos" o vacantes en cargos de empleos equivalentes de la respectiva convocatoria.

Indicó la existencia de las reglas del uso de listas, de conformidad con las siguientes situaciones:

> "i) Una primera situación es que, una vez presentada la renuncia en período de prueba o derogatoria del nombramiento, el "USO DE LISTAS ES AUTOMÁTICA", y en este caso, la entidad respectiva se encuentra autorizada para hacer uso en estricto orden de méritos de las listas de elegibles durante la vigencia de la lista de elegibles según lo dispone el numeral 4° del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, citado.
>
> ii) La segunda situación ocurre cuando se presente la renuncia o se declare la vacancia definitiva, superado el período de prueba. En este evento, la entidad debe solicitar autorización para hacer "USO DE LA LISTA CON COBRO", de conformidad con lo determinado en el inciso 4° del artículo 30 de la Ley 909 de 2004, donde establece que las entidades que utilicen las listas de elegibles resultado de los concursos adelantados por esta Comisión, deberán sufragar los costos determinados, para lo cual se expidió la Resolución No. 0552 del 21 de marzo de 2014, donde se estableció la tarifa para el uso de las listas de elegibles para las entidades pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa, la cual asciende a la suma de un salario mínimo legal mensual vigente para entidades del Orden Nacional y medio salario mínimo legal mensual vigente para entidades del Orden Territorial, por cada vacante a ser provista".

Además, señaló que las reglas de la Convocatoria están contenidas en un acto administrativo que funge como norma del concurso de méritos, por lo cual todos los intervinientes en el proceso deben someterse aquel, so pena de trasgredir el orden jurídico imperante.

Informó que, con relación a los empleos desiertos, dado que la comisión recibió fallo en su contra, expidió el AUTO Nº 0376 DE 2020 01-06-2020 "*Por medio del cual se da*

cumplimiento al fallo proferido por el Juzgado Veintidós Civil del Circuito de Bogotá, dentro de la Acción de Tutela 20190072700 […] y las tutelas acumuladas bajo los radicados 2019-00728-00 y 2019-00729-00, […] y los coadyuvantes, en el marco de la Convocatoria No. 436 de 2017.", en cuyo artículo 2º se dispuso:

> "*ARTÍCULO SEGUNDO.- Conformar las Listas Generales de Elegibles para los empleos denominados Instructor Código 3010 Grado 01 y Profesional Grado 2, declarados desiertos en atención a los resultados del estudio realizado por la Dirección de Administración de Carrera Administrativa de la CNSC, cuya expedición deberá producirse una vez se resuelvan las actuaciones administrativas de exclusión elevadas por la Comisión de Personal del SENA y los recursos de reposición elevados ante esta entidad, en garantía del debido proceso que le asiste a todos los aspirantes dentro de la Convocatoria.*

En ese sentido, manifestó que procederá a la expedición de las Listas de Elegibles resultantes del estudio realizado por la Dirección de Administración de Carrera Administrativa de la Entidad, una vez resueltas las actuaciones administrativas de exclusión elevadas por la Comisión de Personal del SENA y los recursos interpuestos ante esta entidad, en garantía del debido proceso que le asiste a todos los aspirantes dentro de la Convocatoria, teniendo en cuenta que, con ocasión del aislamiento obligatorio decretado por el Gobierno Nacional en el marco de la Emergencia Sanitaria originada por el coronavirus, los términos en los procesos de selección, así como lo atinente a las reclamaciones, solicitudes de exclusión, expedición de listas y firmeza individual y general de las listas, fueron suspendidos hasta el 11 de mayo, fecha en la que se reanudaron las actuaciones.

Se refirió a lo contenido en el CRITERIO UNIFICADO *"USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DE 27 DE JUNIO DE 2019"* del 16 de enero de 2020, complementado en sesión de Sala Plena del 6 de agosto de 2020: *"las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la respectiva Convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "**mismos empleos".***

En ese contexto expuso que las listas de elegibles derivadas de la convocatoria 436 de 2017, la cual fue aprobada antes de entrar en vigencia de la ley 1960 de 2019, solo pueden ser utilizadas para proveer vacantes de los empleos ofertados en el mencionado proceso de selección, o para cubrir nuevas vacantes de los "**mismos empleos**" o vacantes en cargos de empleos equivalentes de la respectiva convocatoria, incluyendo el criterio de ubicación geográfica, entendido como la identificación de un lugar específico en el territorio colombiano en el cual un servidor deberá desarrollar las funciones y que está determinado por la ubicación especifica que reportó la entidad antes de iniciar la Convocatoria No. 436 de 2017, siendo esta ubicación conocida por los aspirantes al realizar la inscripción.

Precisó que, "en este caso debe atenderse y respetarse el derecho que les asiste a los aspirantes que hacen parte de las listas conformadas dentro de estos municipios a ser elegidos para ocupar las vacantes que puedan surgir dentro del mismo, ya que fue este el municipio de su elección, derechos que se verían vulnerados si se permite que dichos empleos sean ocupados por personas que hacen parte de listas de elegibles que se conformaron para otros municipios, situación que fue aceptada desde el inicio de la convocatoria".

Aclaró que, si bien la CNSC ha realizado Listas de Elegibles Generales, sin tener en cuenta la ubicación geográfica, por orden de jueces de tutela, las mismas son únicamente para proveer empleos desiertos de la convocatoria No. 436 de 2017, para los cuales no hay lista por estar desiertos, pero parar cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad, según el Criterio Unificado, debe tenerse en consideración la ubicación geográfica del Empleo OPEC, que corresponde al municipio donde se oferto el empleo.

En el caso concreto estableció, que durante la vigencia de la lista el Servicio Nacional de Aprendizaje, no ha reportado vacantes adicionales a las ofertadas en el marco de la Convocatoria Nro. 436 de 2017, que cumplan con el criterio de mismos empleos Además refirió que, consultado el Banco Nacional de Lista de Elegibles se evidenció que durante la vigencia de la lista el Servicio Nacional de Aprendizaje no ha reportado ante la CNSC movilidad de la lista de Elegibles, esto es, una novedad que se genera sobre la lista de Elegibles, por la expedición de un acto administrativo que dispone la derogatoria o revocatoria sobre el acto administrativo de nombramiento de un elegible, o la expedición de un acto administrativo que declara la vacancia definitiva de un empleo por configurarse una de las causales de retiro establecidas en la Artículo 41 de la Ley 909 de 2004, de quien ocupase posición meritoria de conformidad con el número de vacantes ofertadas.

Es por ello que el señor **JULIÁN ERNESTO TRESPALACIOS**, al haber ocupado el 2º lugar en la lista de legibles conformada mediante resolución Nº 20182120193975 del 24-12-2018 y, como quiera que el empleo para el que concursó se encuentra ocupado por aquel que quedó en primera posición, se encuentra sujeto tanto a la vigencia, como 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.

Por otra parte, adujo que derecho de petición presentado por el actor fue resuelto a través del radicado 20205000656311 y comunicado al correo electrónico ingtrespal@gmail.com, el 14 de septiembre del 2020.

En lo relativo a la publicación de la presente acción, indicó el link donde puede ser verificada en la página de la entidad.
Finalmente solicitó declarar la improcedencia de la tutela como quiera que no existe vulneración de los derechos fundamentales del accionante por parte de esa comisión.

4.2 SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE –SENA-

Guardó silencio durante el trámite de la referencia e inclusive a los requerimientos que le hizo el despacho.

V. CONTESTACIÓN DE LOS VINCULADOS

5.1 MINISTERIO DE TRABAJO

Solicitó declarar la improcedencia de la acción de tutela en lo que concierne a ese Ministerio, por falta de legitimación por pasiva, por cuanto la entidad no tiene competencia para diseñar, adelantar ni administrar los estudios, análisis y concursos que se efectúen para acceder al Sistema General de Carrera. Por ello hay lugar a que, por acción u omisión, ese Ministerio haya vulnerado o amenazado derecho fundamental alguno del accionante.

No obstante, se refirió al carácter subsidiario de la tutela y su improcedencia ante la existencia de medios ordinarios de defensa, así como a la necesaria demostración de un perjuicio irremediable, si se quiere invocar como mecanismo transitorio.

5.2 PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Señaló que la entidad no tiene legitimación en la causa por pasiva, puesto que no ha tenido intervención alguna en la falta de uso de la lista de elegibles para provisión de cargos que expone el actor.

Sin embargo, como quiera que recibió copia de las comunicaciones dirigidas por el actor al SENA, de conformidad con su ámbito funcional correspondiente, mediante oficios del 7 y 10 de septiembre de 2020 solicitó a la CNSC y al SENA, respectivamente, dar respuesta a lo invocado por el señor JULIAN ERNESTO TRESPALACIOS TORRES.

De las anteriores comunicaciones allegó copia, así como de aquella de fecha 7 de septiembre de 2020, dirigida al accionante, en la que le informa lo enunciado.

Solicitó desvincular a la entidad de la presente acción.

5.3 EDGAR JOAQUÍN DELGADO ARIAS

El precitado en calidad de interesado, pero como parte actora, solicitó en memorial del 7 de marzo de 2021, conceder las pretensiones de la tutela, para efectos de ser nombrado conforme a las vacantes disponibles y la lista de elegibles ordenada en primera instancia.

Lo anterior, teniendo en cuenta que la CNSC declaró nula la resolución mediante la cual conformó la citada lista y en la cual el señor EDGAR JOAQUÍN DELGADO ARIAS, ocupaba el segundo lugar, acto administrativo que obra en el expediente digital.

CONSIDERACIONES

1. De la acción de tutela, aspectos generales

Establece el artículo 86 de la Constitución de 1991 la acción de tutela, constituyéndolo como mecanismo preferente y sumario cuya finalidad es la protección de los derechos fundamentales, que hayan sido conculcados por acción u omisión de las autoridades o de los particulares.

2. Problema Jurídico y tesis del despacho

Teniendo en cuenta los antecedentes fácticos expuestos en precedencia, el problema jurídico que debe dilucidar el despacho se resume en establecer, sí:

> ¿Se vulneró por parte del Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC y el Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-, 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" del accionante, al no haber contestado su solicitud y no haberlo posesionado en un cargo similar a aquel para el que aprobó el concurso?

La respuesta al problema jurídico planteado en el presente caso se concreta en indicar que los derechos invocados serán objeto de protección, como quiera que no se advierte causal por parte de las accionadas para no efectuar el nombramiento deprecado.

Igualmente se amparará el derecho de petición del accionante, pero solamente en contra del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE –SENA- toda vez que, aunque se encontró acreditada la respuesta al derecho de petición de "agosto de 2020", la respuesta no cumple con los requisitos establecidos para tal efecto.

3. Caso concreto.

En el caso bajo examen se tiene que el accionante solicita que, por vía de la acción de tutela, se ordene de manera inmediata a la CNSC y al SENA realizar su nombramiento en periodo de prueba y su posesión para un empleo, bien haya sido o no ofertado, con la denominación INSTRUCTOR CODIGO 3010 GRADO 1**,** sin tener en cuenta el Criterio unificado de enero de 2020, si no la similitud funcional.

Así mismo, ordenar a la CNSC, verificar toda la planta de personal del SENA, para identificar todos los cargos con la denominación INSTRUCTOR CODIGO 3010 GRADO 1 con los núcleos básicos de conocimiento contemplados en la OPEC No 58899, a la cual se presentó el accionante.

Además, ordenar a la CNSC dar respuesta de fondo al derecho de petición radicado en agosto de 2020.

Se verifica dentro del presente asunto lo siguiente:

- Que el accionante efectivamente se presentó a la convocatoria 436 de 2017 realizada por la CNSC para proveer una vacante de la OPEC No 58899, con la denominación INSTRUCTOR, CODIGO 3010 grado 1.

- Que el actor alcanzó un puntaje de 64.49 puntos que lo ubicó en el 2º lugar en la lista de elegibles, publicada por la CNSC mediante Resolución No 20182120193975 del 24 de diciembre de 2018.

- Que el cargo fue ocupado por el participante que quedó ubicado en el primer puesto de la lista de elegibles, por lo que el señor Julián Ernesto Trespalacios Torres, no fue nombrado para dicho cargo y se encuentra a la espera de su posesión en otro cargo, como quiera que la lista de elegibles tiene vigencia de dos (2) años, sin que el SENA haya accedido a su petición de posesión, por lo que acude al amparo constitucional para tal efecto.

3.1 Del requisito de subsidiariedad de la acción de tutela

Menester resulta precisar que la tutela tiene un carácter residual y subsidiario, definición que la hace improcedente ante la existencia de medios ordinarios de defensa, a menos que ellos sean ineficaces para evitar un perjuicio irremediable.

En ese sentido, no puede esta instancia acoger la postura presentada por la CNSC y el Ministerio de Trabajo, en lo concerniente a la improcedencia de la acción dado que el señor JULIÁN ERNESTO TRESPALACIOS TORRES cuenta con otros medios para su defensa, pues salta a la vista que el precitado no intenta atacar los actos administrativos emitidos durante el desarrollo del concurso -lo cual, efectivamente, tendría que realizarse por la jurisdicción de lo contencioso administrativo-, sino el hecho de que, a pesar de existir normatividad precisa que regula la provisión de los cargos vacantes y de reunir los requisitos para su posesión, las accionadas inobservan el objetivo de dicha regulación, vulnerando así sus derechos fundamentales al trabajo, a la igualdad, al debido proceso, por mencionar algunos de los que reclama, siendo entonces, la tutela la vía idónea para solicitar su protección,

máxime cuando la lista de elegibles tiene vigencia hasta el 14 de enero de 2021, límite que implica un actuar urgente, que no alcanzaría a surtirse con una demanda administrativa.

Téngase en cuenta lo precisado al respecto por el Alto Tribunal Constitucional:

> "La Corte ha indicado que, en principio, la acción de tutela no procede para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un proceso de concurso de méritos. Sin embargo, posteriormente la jurisprudencia constitucional encontró que existen, al menos, dos excepciones a la regla antes planteada. En primer lugar, se trata de aquellos casos en los que la persona afectada no tiene un mecanismo distinto de la acción de tutela, para defender eficazmente sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional. En segundo lugar, procede la tutela cuando, por las circunstancias excepcionales del caso concreto, es posible afirmar que, de no producirse la orden de amparo, podrían resultar irremediablemente afectados los derechos fundamentales de la persona que interpone la acción. Estos casos son más complejos que los que aparecen cobijados por la excepción anterior, pues en ellos existen cuestiones legales o reglamentarias que, en principio, deben ser definidas por el juez contencioso administrativo pero que, dadas las circunstancias concretas y la inminente consumación de un daño iusfundamental deben ser, al menos transitoriamente, resueltas por el juez constitucional"[1]

Más aún, en SU- 339 de 2019 la Corte Constitucional señaló sobre el acceso a los cargos públicos, como derecho susceptible de protección en vía de tutela: "[…] la jurisprudencia de esta Corporación ha entendido que entran dentro del ámbito de protección de este derecho (i) la posesión de las personas que han cumplido con los requisitos para acceder a un cargo, (ii) la prohibición de establecer requisitos adicionales para entrar a tomar posesión de un cargo, cuando el ciudadano ha cumplido a cabalidad con las exigencias establecidas en el concurso de méritos, (iii) la facultad de elegir de entre las opciones disponibles aquella que más se acomoda a las preferencias de quien ha participado y ha sido seleccionado en dos o más concursos, (iv) la prohibición de remover de manera ilegítima (ilegitimidad derivada de la violación del debido proceso) a una persona que ocupen un cargo público"[2].

3.2 De la vulneración de derechos del accionante

Superado el análisis del requisito de subsidiariedad, se continuará con el análisis de las situaciones fácticas expuestas por el actor, a la luz de las normas que regulan la materia y que, concretamente, deben aplicarse en el caso que nos ocupa, atendiendo a que el actor al encontrarse en la lista de elegibles ha superado las etapas previas del concurso.

Por ello, solamente se hará referencia a las normas relativas a la conformación de la lista de elegibles y su utilización por parte de las entidades nominadoras.

Es así, como el art. 6º de la Ley 1960 de 2019, que modificó el numeral 4º del art. 31 de la Ley 909 de 2004 prevé: "Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de méritos **se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad**". (Negrilla y subrayado fuera del texto)

Por su parte el art. 7º de la misma ley, publicada el 27 de junio de 2019 establece: "La presente Ley rige a partir de su publicación, modifica en lo pertinente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-Ley 1567 de 1998, y deroga las demás disposiciones que le sean contrarias".

La CNSC, para dar aplicación a estas disposiciones, emitió criterio unificado el 16 de enero de 2020, en los siguientes términos:

[1] Corte Constitucional. T - 315 de 2018
[2] Corte Constitucional SU- 339 de 2019.

"De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNJSC 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 número de OPEC".

En suma, la CNSC definió que la lista de elegibles de las convocatorias realizadas antes de la expedición de la Ley 1960 de 2019, debían utilizarse para proveer los cargos que fueron incluidos en dichos concursos y aquellos que se generaran posteriormente siempre y cuando correspondieran a los mismos empleos con todos sus criterios, siendo justamente estas especificaciones las que generan la controversia entre las entidades y el accionante como se pasa a explicar.

Dado que el señor JULIÁN ERNESTO TRESPALACIOS TORRES no fue nombrado en la vacante identificada en la OPEC No 58899, con la denominación de INSTRUCTOR, CODIGO 3010 grado 1, por cuanto el participante que quedó ubicado en la primera posición ocupó el cargo, ha solicitado ser nombrado en un cargo similar, mediante derechos de petición.

3.2.1 De los derechos de petición presentados ante los accionados

Sobre el particular, téngase en cuenta el contenido del artículo 23 de la Carta Política y el deber que tienen los funcionarios públicos de dar respuesta a las peticiones que les presentan los ciudadanos, debiendo ser clara, concreta y en término. Señalándose que "[…] la repuesta a una solicitud debe cumplir los siguientes parámetros: (i) ser pronta y oportuna; (ii) resolver de fondo, de manera clara, precisa y congruente la situación planteada por el interesado; (iii) y, finalmente, tiene que ser puesta en conocimiento del peticionario. El incumplimiento de cualquiera de estos ingredientes conllevará a la vulneración del goce efectivo de la petición, lo que en términos de la jurisprudencia conlleva a una infracción seria al principio democrático. El derecho fundamental de petición propende por la interacción eficaz entre los particulares y las entidades públicas o privadas, obligando a estas a responder de manera oportuna, suficiente, efectiva y congruente las solicitudes hechas por aquellos. Faltar a alguna de estas características se traduce en la vulneración de esta garantía constitucional"[3].

En el caso bajo estudio, se encuentra que el accionante, mediante derecho de petición presentado en el mes de agosto de 2020 (no especifica el día), solicitó a la CNSC: oficiar al SENA para solicitar el uso de la lista de elegibles para proveer las vacantes no ofertadas en la convocatoria 436 de 2017, en aplicación de la Ley 1960 de 2019; oficiar al SENA para que se abstenga de cambiar el perfil de los cargos no ofertados cuya denominación es INSTRUCTOR Código 3010; realizar visita al SENA para revisar su planta de personal e identificar el total de cargos no ofertados por la entidad en la convocatoria 436 de 2017 y que se encuentren vacantes; informe detallado de cuantos cargos hay inscritos en carrera en la CNSC en los niveles técnicos, profesional, asesor, asistencial e instructor reportados por el SENA; investigación al SENA por violar normas de carrera al modificar los perfiles en su área temática.

Como quiera que, entre los derechos de los que depreca amparo el accionante mediante esta acción, está el de petición, debe el despacho analizar si la respuesta comunicada el 14 de septiembre al correo del actor, según lo asegura la CNSC, reúne los requisitos jurisprudencialmente desarrollados para tener por contestada este tipo de peticiones.

[3] C. Const., T-172/13. M.P. J. Palacio

En primer lugar, se advierte que la contestación fue emitida y comunicada al accionante, al parecer en término (1º de septiembre de 2020), por lo que resta establecer si se cumplió con responder de fondo todas y cada una de las petitorias.

Necesario resulta indicar que la CNSC efectuó una contestación masiva a las peticiones presentadas por varios solicitantes, en la cual esta instancia verificó, tanto el correo del accionante, así como cada una de las peticiones por él efectuadas a las que la entidad le dio respuesta en los siguientes términos:

Inicialmente, la CNSC indicó que daría aplicación al criterio unificado del 16 de enero de 2020 por lo que, al haberse aprobado el proceso de selección antes de la publicación de la Ley 1960 de 2019, las listas se utilizarían para proveer los mismos empleos, esto es, aquellos que tuvieran igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, mismos requisitos de estudio y experiencia reportados en la OPEC, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes.

Así mismo que, la entidad nominadora era la encargada de reportar las vacantes en SIMO, previo a realizar la solicitud de uso de listas, en virtud de la generación de nuevas vacantes, procedimiento que se fijó en la Circular Externa No. 001 del 21 de febrero de 2020, precisando que, si las vacantes no reúnen los mismos criterios con los que se identifica el número de cargo ofertado en la OPEC, no pueden ser provistos con la lista de elegibles.

En lo relativo a la visita solicitada y a la petición de ordenar al SENA que se abstenga de cambiar el perfil de los cargos no ofertados, en cuanto a su temática, la CNSC le informó que la identificación de empleos es del resorte exclusivo del SENA, así como la definición de las áreas temáticas de los mismos.

El accionante en su escrito de tutela se refirió a las investigaciones e informes de los cargos a los que el SENA, según el actor, les modificó el perfil, ante lo cual la CNSC contestó que no encontraba mérito para lo primero y no tenía competencia para lo segundo. Se puntualiza al respecto que estas peticiones no están contenidas en el derecho de petición aportado por el actor, pero sí en la respuesta masiva que emitió la entidad.

De lo expuesto se concluye que, si bien es cierto, la respuesta emitida por la CNSC no fue favorable a los intereses del accionante, también lo es que la contestación fue emitida y comunicada en término, por lo que no se observa vulneración por parte de la entidad al derecho de petición del señor JULIÁN ERNESTO TRESPALACIOS TORRES y, por tanto, no hay lugar para el amparo deprecado.

Precísese en este punto que la respuesta no necesariamente debe ser positiva, para que se considere contestado un derecho de petición, como lo ha decantado ampliamente la jurisprudencia sobre el tema: "[…] Se establece pues el deber de las autoridades de resolver de fondo las peticiones elevadas ante ellas, sin que ello quiera decir que la respuesta deba ser favorable, y no son suficientes ni acordes con el artículo 23 constitucional las respuestas evasivas o abstractas, como quiera que condenan al peticionario a una situación de incertidumbre, por cuanto éste no logra aclarar sus inquietudes, especialmente si se considera que en muchos eventos, de esa respuesta depende el ejercicio de otros derechos subjetivos"[4].

En lo relativo a los derechos de petición presentados ante el SENA[5] se tiene que el accionante adjuntó al escrito de la tutela, tanto la solicitud como la contestación de la entidad, únicamente del segundo de ellos, esto es del identificado con fecha "agosto de 2020".

[4] Corte Constitucional. T-369/13. M.P. Alberto Rojas Ríos. 27/06/2013.

[5] Se aclara al respecto que, si bien el accionante menciona dos derechos de petición radicados ante la entidad, solamente fue aportado aquel con fecha 20 de agosto de 2020, por lo que el despacho solamente resolverá lo concerniente a este, máxime cuando en el acápite de pruebas únicamente se señala una solicitud y una respuesta del SENA.

No obstante, en los hechos de la tutela indicó sobre el primero, que le fue remitida por el SENA "la base de datos de todas las vacantes reportadas con corte a Julio a la CNSC y frente a las cuales se reportó a dicha Entidad el uso de listas, con su respectiva identificación y perfilamiento", para efectos de dar respuesta a la petición del área temática de cada uno de los cargos con la denominación INSTRUCTOR.

Sobre la solicitud de informar cuántos trabajadores oficiales tiene en su planta el SENA y cuántos de ellos se encuentran registrados en carrera administrativa en la CNSC, así como el documento de identidad de cada uno de ellos para verificar y cotejar la información con la CNSC, el accionado le informó al peticionario que en la planta de personal del SENA existen 680 cargos de Trabajadores Oficiales, los cuales no son considerados empleados públicos y, por tanto, no se rigen por las normas que regulan la carrera administrativa, por lo que no están inscritos en el Registro mencionado.

Sobre la profesión de los funcionarios que desempeñan o desempeñaban el cargo de INSTRUCTOR le indicó que debía acudir "a cada una de las Regionales y Centros de Formación a donde pertenecen los empleos para que le precisen dicha información, comoquiera que la facultad nominadora se encuentra delegada".

Se insiste que lo enunciado corresponde, exclusivamente, a lo manifestado por el accionante en el escrito de tutela, puesto que ni la solicitud, ni la respuesta fueron aportadas al plenario, por lo que el despacho no puede efectuar el análisis correspondiente al cumplimiento de requisitos de la contestación, aunado a que nada manifestó el accionado al respecto.

En segundo derecho de petición, presentado en agosto de 2020 ante el SENA (no especifica el día), el accionante solicitó: informe detallado respecto a todos los cargos que actualmente se encuentran en la Planta Global del SENA con la denominación INSTRUCTOR, CODIGO 3010, pertenecientes al EJE TEMATICO DE SOFTWARE Y RED DEL CONOCIMIENTO INFORMÁTICA, DISEÑO Y DESARROLLO DE SOFTWARE, que se encuentren en: provisionalidad, encargo, vacantes, temporales y en propiedad con derechos de carrera, indicando IDP del cargo, número de identificación de la persona que actualmente está ejerciendo el cargo, para el caso que se encuentre ocupado; profesión de la persona que está ejerciendo actualmente el cargo, así como el cargo o profesión de la última persona que lo ejerció; ubicación del cargo; tipo de provisión del cargo (provisionalidad, encargo, vacantes, temporales o en propiedad con derechos de carrera) y si la persona que ejerce actualmente el cargo, está inscrita en carrera ante la CNSC o su inscripción se encuentra en trámite; así mismo, reportar dichos cargos a la CNSC para que se haga uso de la lista de elegibles en aplicación de la Ley 1960 de 2019.

Ante ello, el SENA en respuesta remitida mediante correo electrónico el día 4 de septiembre de 2020, le indicó, en primer término, el sustento legal de la provisión de empleos de carrera. Además, hizo alusión al criterio unificado de fecha 16 de enero de 2020 emitido por la CNSC.

Igualmente le señaló: "Así las cosas, y haciendo referencia a su petición, se informa que del reporte realizado hasta el momento a la CNSC de las vacantes definitivas generadas con posterioridad a la realización de la Convocatoria 436 de 2017 y de las vacantes cuyos concursos fueron declarados desiertos, no existe una vacante (desprovista, en provisionalidad o en encargo) que corresponda al empleo OPEC No. 58899, el cual se denomina Instructor Grado 1, ubicado en el Municipio de VALLEDUPAR (CESAR), con el propósito, funciones y requisitos del Área Temática de Software. En caso que con posterioridad se presente alguna vacante en la cual Usted cumpla con los requisitos para ser nombrado y se cuente con autorización de la CNSC, será oportunamente informado".

También le envió la información en archivo de Excel, "con los empleos reportados en la Convocatoria 436 de 2017 y las nuevas vacantes pertenecientes a RED DE CONOCIMIENTO DE INFORMÁTICA, DISEÑO Y DESARROLLO DE SOFTWARE (a la cual pertenecen las Áreas Temáticas Infraestructura, Contenidos Digitales y Software), su forma de provisión con corte planta de personal Julio de 2020, IDP y el número de cédula, nombres y apellidos de la persona que está vinculada en

carrera administrativa. La información sobre la prepensión deberá consultarla a cada una de las Regionales y Centros de Formación a donde pertenecen los empleos para que le precisen dicha información, comoquiera que la facultad nominadora se encuentra delegada".

Sobre la respuesta emitida, el accionante aseguró: "[…] de igual manera no respondieron las peticiones puntualmente como las había solicitado", situación que no desmintió la entidad en el traslado de esta acción.

En ese orden de ideas y, teniendo en cuenta que el SENA no dio contestación en los precisos términos solicitados por el accionante, ni hizo referencia a cada una de las solicitudes por él impetradas, encuentra el despacho vulneración a su derecho de petición, por lo que se ordenará a la entidad que, en el término de 48 horas, de respuesta a todas y cada una de las peticiones presentadas en el derecho de petición de fecha "agosto de 2020" por el señor JULIÁN ERNESTO TRESPALACIOS TORRES y comunique lo resuelto al actor aplicando, de ser el caso lo previsto en el art. 21 de la Ley 1755 de 2015, en punto de dirigir la petición ante las diferentes regionales.

3.2.2 De la vulneración de los demás derechos invocados por el actor, al no haber sido nombrado en un cargo equivalente a aquel para el cual aprobó el concurso.

Frente a los hechos y las pretensiones de la tutela, dentro del término de traslado, la CNSC manifestó que no son de su competencia los nombramientos, las posesiones y la administración de las plantas de personal de las entidades siendo, para el caso bajo estudio, el SENA quien cumple estas funciones.

Se refirió al citado Criterio Unificado emitido el 16 de enero de 2020 relativo al uso de listas de elegibles enfatizando que, para los procesos de selección aprobados con anterioridad a la publicación de la Ley 1960 de 2019, sólo pueden usarse las listas de elegibles, previa autorización solicitada por el nominador ante la Comisión, a fin de cubrir las vacantes que integraron la oferta pública de empleos de carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad, siempre y cuando correspondan a los "mismos empleos", esto es, que tengan idéntica denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, requisitos de estudio y experiencia, ubicación geográfica y grupo de aspirantes.

No obstante indicó que, en cumplimiento de fallo de tutela, "proferido por el Juzgado Veintidós Civil del Circuito de Bogotá, dentro de la Acción de Tutela 20190072700 […] y las tutelas acumuladas bajo los radicados 2019-00728-00 y 2019-00729-00, […] y los coadyuvantes, en el marco de la Convocatoria No. 436 de 2017.", procederá a conformar las Listas Generales de Elegibles para los empleos denominados Instructor Código 3010 Grado 01, declarados desiertos, la cual se expedirá una vez se resuelva las actuaciones administrativas de exclusión elevadas por el SENA y los recursos de reposición en curso.

Sin embargo, aclaró que estas listas son únicamente para los cargos declarados desiertos y no para cubrir nuevas vacantes, según el Criterio Unificado tantas veces mentado, pues al respecto debe tenerse en consideración la ubicación geográfica del empleo OPEC, aunado a que el SENA no ha reportado novedad en cuanto a vacancia definitiva de empleo.

El Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA- no se pronunció dentro del presente asunto.

Así las cosas, advierte el despacho que el señor JULIAN ERNESTO TRESPALACIOS TORRES, al estar ubicado en segundo lugar en la lista de elegibles para el cargo INSTRUCTOR CODIGO 3010 GRADO 1, en virtud de lo previsto en el art. 6 de la Ley 1960 de 2019, le asiste el derecho a ser nombrado en una vacante de un cargo equivalente, bien sea que no se haya convocado o que haya surgido con posterioridad a la convocatoria 436 de 2017, no siendo de recibo los argumentos presentados por la CNSC y que están contenidos en el

Criterio Unificado de fecha 16 de enero de 2020, toda vez que en el mismo se impone que los cargos deben ser los "mismos" en cuanto a su denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, mismos requisitos de estudio y experiencia reportados en la OPEC, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes, situación que no se acompasa con el espíritu de la Ley 1960 de 2019, la cual propende porque se haga uso de las listas de elegibles para ocupar los cargos **equivalentes no convocados que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad**, sin que la norma contenga taxativamente la exigencia de que los cargos deban ser los mismos, como sí ocurre en el Criterio Unificado que pretende aplicar, en este caso, la CNSC y en el que hace la diferenciación entre los concursos realizados antes de la promulgación de la Ley 1960 de 2019.

En ese sentido, los accionados deberán tener en cuenta lo enunciado por la Corte Constitucional, en lo relativo a la aplicación retrospectiva de la norma:

> "El fenómeno de la retrospectividad, por su parte, es consecuencia normal del efecto general e inmediato de la ley, y se presenta cuando las normas se aplican a situaciones que, **si bien surgieron con anterioridad a su entrada en vigencia, sus efectos jurídicos no se han consolidado al momento en que cobra vigor la nueva ley**. En efecto, la jurisprudencia constitucional ha puntualizado que 'el efecto en el tiempo de las normas jurídicas es por regla general, su aplicación inmediata y hacia el futuro, 'pero con retrospectividad, […] siempre que la misma norma no disponga otro efecto temporal…'. De este modo, aquello que dispone una norma jurídica debe cumplirse de inmediato, hacia el futuro y con la posibilidad de afectar situaciones que se han originado en el pasado (retrospectividad), es decir, situaciones jurídicas en curso al momento de entrada en vigencia de la norma"[6]. (Negrilla y subrayado fuera del texto)

En efecto se tiene que, aunque la lista de elegibles fue conformada en Resolución No. CNSC – 20182120193975 del 24 de julio de 2018, sus efectos individuales sólo se consolidan cuando se realiza el respectivo nombramiento, por lo que la aplicación de la Ley 1960 de 2019, para el caso en comento, resulta más que necesaria, puesto que la norma regula básicamente situaciones a futuro, como sucede precisamente en el caso del señor JULIAN ERNESTO TRESPALACIOS TORRES, quien a pesar de estar en la lista de elegibles, no ha sido posesionado, pese a existir vacantes en el cargo para el que concursó, sin que sea imperativo que sea el mismo convocado e identificado con número de OPEC en la convocatoria.

Corolario de lo expuesto se accederá a la tutela de los derechos invocados por el accionante, por lo que se emitirán las siguientes órdenes, tanto a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, como al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE.

Atendiendo a que la CNSC indicó que se encuentra realizando la Lista de Elegibles Generales, para proveer los empleos desiertos, lo que implica que en ella no se contemplarán las vacantes surgidas con posterioridad a la convocatoria 436 de 2017, se le ordenará al Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA que, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de esta providencia, realice el estudio de equivalencia de los empleos vacantes, tanto los no convocados, como los que hayan surgido con posterioridad a la convocatoria No. 436 de 2017 en el territorio nacional, respecto de aquel identificado con número 58899 de la OPEC, cuya denominación es INSTRUCTOR, CODIGO 3010 grado 1 y los reporte a la CNSC, para su correspondiente actualización.

Realizado lo anterior y, según el reporte que reciba por parte del SENA, dentro del término de cinco (5) días, la CNSC deberá efectuar la consolidación de una lista de elegibles para ocupar los empleos vacantes no convocados o que hayan surgido con posterioridad a la convocatoria No. 436 de 2017 en el territorio nacional y que hayan arrojado equivalencia con el cargo de la OPEC 58899 y remitirla al Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA.

[6] Corte Constitucional, Sentencia SU 309 de 2019.

Dentro de los cinco (5) días siguientes al recibo de la lista de elegibles, el SENA deberá proceder a realizar el nombramiento, en período de prueba, de quienes tienen el mejor derecho en los cargos vacantes no convocados o que surgieron con posterioridad al cual optaron, observando el orden de la lista de elegibles para los cargos equivalentes al Nº 58899 de la OPEC que, para tal efecto, reciba de la CNSC. Consecuentemente con ello y, dentro del mismo término, deberá proceder al nombramiento, en periodo de prueba, del accionante, con observancia estricta del orden de la lista.

Por último y, en atención a que no se observa vulneración de los derechos fundamentales del accionante, por parte del Ministerio de Trabajo y Procuraduría General de la Nación, se ordenará su desvinculación de esta súplica constitucional.

Por lo anterior, se

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Dieciocho de Familia del Circuito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales invocados por el señor JULIÁN ERNESTO TRESPALACIOS TORRES, conforme las razones aquí expuestas.

SEGUNDO: ORDENAR al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA que, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de esta providencia, realice el estudio de equivalencia de los empleos vacantes, tanto los no convocados, como los que hayan surgido con posterioridad a la convocatoria No. 436 de 2017 en el territorio nacional, respecto de aquel identificado con número 58899 de la OPEC, con la denominación de INSTRUCTOR, CODIGO 3010 grado 1 y los reporte a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL –CNSC, para su correspondiente actualización.

TERCERO: ORDENAR a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL –CNSC-, según reporte que le envíe el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE –SENA., realizar la consolidación de una lista de elegibles para ocupar los empleos vacantes no convocados o que hayan surgido con posterioridad a la convocatoria No. 436 de 2017 en el territorio nacional y que hayan arrojado equivalencia con el cargo de la OPEC 58899, dentro del término de cinco (5) días y remitirla al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-.

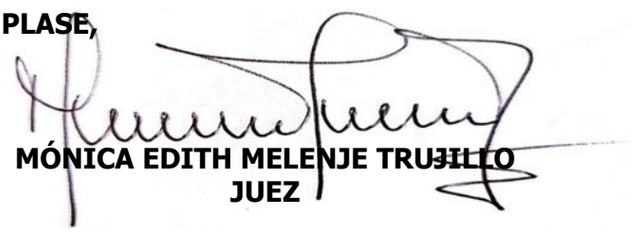
CUARTO: ORDENAR al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-, dentro de los cinco (5) días siguientes al recibo de la lista de elegibles, proceder a realizar el nombramiento, en período de prueba, de quienes tienen el mejor derecho en los cargos vacantes no convocados o que surgieron con posterioridad al cual optaron, observando el orden de la lista de elegibles para los cargos equivalentes al Nº 58899 de la OPEC que, para tal efecto, reciba de la CNSC y, proceder, dentro del mismo término, al nombramiento en periodo de prueba del accionante JULIÁN ERNESTO TRESPALACIOS TORRES, con observancia estricta del orden de la lista.

QUINTO: ORDENAR al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-, contestar íntegramente el derecho de petición presentado por el accionante JULIÁN ERNESTO TRESPALACIOS TORRES en "agosto de 2020", dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia y comunicar lo resuelto al actor aplicando, de ser el caso, lo previsto en el art. 21 de la Ley 1755 de 2015, en punto de dirigir la petición ante las diferentes regionales.
SEXTO: NEGAR la tutela del derecho de petición contra la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL –CNSC-, por las razones indicadas en la parte motiva de esta decisión.

SÉPTIMO: DESVINCULAR al Ministerio de Trabajo y la Procuraduría General de la Nación y demás convocados de la presente acción, según las consideraciones efectuadas.

OCTAVO: En caso de no ser impugnado, remítase las actuaciones a la Corte Constitucional para una eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



MÓNICA EDITH MELENJE TRUJILLO
JUEZ