

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO VEINTINUEVE LABORAL DEL CIRCUITO  
BOGOTÁ D.C.

ACCION DE TUTELA No. 11001310502920220028300

ACCIONANTE: CAROLINA CHAMORRO OSORIO,

ACCIONADA: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA y LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC;

Bogotá, D.C. veintinueve (29) de agosto de dos mil veintidós (2022)

ANTECEDENTES

La señora CAROLINA CHAMORRO OSORIO, identificada con cédula de ciudadanía No 1.037.604.486, en nombre propio interpuso acción de tutela contra del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA y LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC; por considerar que ha vulnerado los derechos fundamentales, dignidad humana, garantía y efectividad de la protección de los derechos por parte del estado, igualdad, trabajo, debido proceso administrativo, acceso a cargos y funciones públicas vía merito, así como a los principios de confianza legítima, buena fe y seguridad jurídica el principio de inescindibilidad de la norma respecto de la la ley 1960 de 2019, consagrados en los artículos 1, 2, 13, 23, 25, 29, 40 83 y 125 de la Constitución Política.

HECHOS RELEVANTES

1. Relata que la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL. expidió el ACUERDO No. **2017100000116 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.
2. Refiere 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.**
3. Indica que Producto de la convocatoria, la CNSC expide la resolución de lista de elegibles No **20182120187265** del 24 de diciembre de 2018, con firmeza a partir del 15 de enero de 2019, para proveer una (1) vacante de la OPEC No **59282**, con la denominación **INSTRUCTOR, CÓDIGO 3010, GRADO 1**, donde me encuentro ocupando el lugar número dos de elegibilidad con **74.20** puntos definitivos.
4. Trae acuerdos de la CNSC como referencia:

“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”,

“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 en el título III capítulo 1.

“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 los cargos declarados desiertos"

5. Dice 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."
6. Narra que " 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"
7. Menciona que." la firmeza de la lista de elegibles venció en enero de 2021, sin que se me 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 me vulneran mis derechos fundamentales" incoados.
8. Alude que Actualmente se encuentra como elegible para un cargo con la Denominación **INSTRUCTOR, CÓDIGO 3010, GRADO 1**, lo que le da derecho a que se le nombre en un cargo similar al que se presento
9. Manifiesta 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.
10. Exhibe que el SENA el 17 de junio de 2020 expidió un reporte con 170 vacantes nuevas de las denominaciones A, 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 ya que cuanto valdría un nuevo concurso para el SENA -
11. Refiere El SENA y LA CNSC sacaron un nuevo concurso con cargos que han existido desde antes que se vencieran las listas y a pesar que, existen Listas de elegibles vigentes y que lo anterior no se puede hacer y, así lo dejó en claro la PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION y la misma CNSC en la circular conjunta 074 de 2009, más aun no se puede convocar a un nuevo concurso cuando fue expedida la ley 1960 de 2019, comoquiera que, existen unos derechos de los elegibles de las diferentes listas de las convocatorias

### ACTUACIÓN PROCESAL Y CONTESTACIONES

Mediante auto del diecinueve (19) de agosto de dos mil veintidós (2022). Se dispuso la admisión de la presente acción de tutela, ordenando la notificación a la entidad accionada **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA y LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC**; por con el fin que ejerciera su derecho a la defensa frente a las manifestaciones dadas por el accionante.

Evacuado lo anterior, y dentro del término conferido por la autoridad judicial para ejercer su derecho de defensa, el **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA** dio contestación en los siguientes términos:

1. La Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, apertura la Convocatoria 436 de 2017, para proveer definitivamente los empleos vacantes del personal perteneciente al sistema general de carrera administrativa del SENA. Las reglas de este concurso de méritos se dispusieron en el Acuerdo No 20171000000116 del 24 de julio de 2017.
2. Dentro del proceso de selección, el SENA reportó UNA (1) vacante del empleo denominado Instructor Código 3010 - Área Temática CONTABILIDAD. Está vacante se ofertó en la Convocatoria No. 436 de 2017 con el código OPEC 59282.

3. De acuerdo con los resultados de las pruebas aplicadas en el proceso, la CNSC en estricto orden de mérito, mediante la Resolución No CNSC - 20182120187265 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 59282 denominado Instructor Código 3010 - Área Temática CONTABILIDAD.

4. 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 2 ciudadanos, encontrándose entre ellos el accionante en el puesto 2, con un puntaje de 74.20.

5. Dando cumplimiento a lo previsto en el Acuerdo de la Convocatoria y el Acuerdo No. 562 de 2016 de la CNSC (norma aplicable a la Convocatoria No. 436 de 2017), la única vacante ofertada con el código OPEC 59282, fue provista por el elegible JUAN VALENCIA, quien ocupó la mejor posición meritatoria de la lista, por lo que el accionante no alcanzó la posición meritatoria para ser vinculada a la Entidad.

B. LEY 1960 DE 2019- CRITERIO UNIFICADO DEL 16 DE ENERO DE 2020 DE LA CNSC.

2. Con la expedición del Criterio Unificado del 16 de enero de 2020, la CNSC estableció los parámetros para el uso de las listas de elegibles conformadas dentro de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, en aras de realizar la provisión de aquellas vacantes definitivas que no hicieron parte de la oferta pública de empleos. Por tal razón, este Criterio Unificado es aplicable a las listas de elegibles constituidas dentro la Convocatoria No. 436 de 2017, ya que este proceso inició el 24 de julio de 2017 con la expedición del Acuerdo No. 20171000000116 de 2017. Sobre el particular, el Criterio Unificado, señala:

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

3. Con fundamento en el Criterio, el uso de las listas de elegibles de la Convocatoria No. 436 de 2017 se fundamenta en el cumplimiento de los siguientes requisitos: i) La vacante del empleo de la planta de personal debe tener la misma denominación, código, grado y asignación básica mensual del cargo ofertado en la Convocatoria 436 de 2017 y; ii) La vacante del empleo de la planta de personal debe tener los mismos propósitos, funciones y ubicación geográfica del cargo ofertado en la Convocatoria 436 de 2017.

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

#### C. USOS DE LISTAS PARA LA PROVISIÓN DE EMPLEOS EQUIVALENTES

4. En virtud de las decisiones adoptadas por el Juzgado Doce Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá - Sección Segunda- dentro las acciones de tutela promovidas por los señores OSCAR IVÁN ORTÍZ, MAGDA BIBIANA MARTÍNEZ y DOLLY PATIÑO CAMACHO, en las cuales se dispuso “(...)EXHORTAR a la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC para que acate el fallo constitucional T- 340 del 2020, que dispuso la aplicación retrospectiva de la ley 1960 del 2019, conforme se argumenta en esta providencia. (...)”, el SENA ha reportado en el aplicativo SIMO de la CNSC las vacantes definitivas de la planta de personal susceptibles de provisión mediante el uso de listas de elegibles de la Convocatoria No. 436 de 2017.

5. El reporte de estos empleos se hizo teniendo en cuenta la definición de “empleos equivalentes” realizada por la Sala Plena de la Comisión Nacional del Servicio Civil en el Criterio Unificado del 22 de septiembre de 2020:

“(…) Se entenderá por empleos equivalentes aquellos que pertenezcan al mismo nivel jerárquico, tengan grado salarial igual, posean el mismo requisito de experiencia, sean iguales o similares en cuanto al propósito principal o funciones, requisitos de estudios competencias.”

6. Por tal razón, para determinar la equivalencia de una vacante respecto a un empleo ofertado en la Convocatoria No. 436 de 2017 es necesario considerar los siguientes parámetros:

- 1) Que la vacante corresponda al mismo nivel jerárquico que la OPEC ofertada en la Convocatoria No. 436 de 2017.
- 2) Que tanto la vacante de la planta de personal como el empleo ofertado tengan el mismo grado salarial.
- 3) El propósito, funciones, competencias, requisitos de estudio y requisitos de experiencia de la vacante definitiva deben coincidir con la OPEC ofertada en la Convocatoria No. 436 de 2017

7. Bajo este entendido, el perfil de la vacante debe coincidir con el de la OPEC reportada en la Convocatoria No. 436 de 2017, ya que la Resolución No. 1458 de 2017 “Por la cual se actualiza el Manual Especifico de Funciones y de Competencias Laborales para los empleos de la Planta de Personal del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA” dispone las funciones y requisitos de experiencia y formación académica propias de todos los empleos, las cuales están encaminadas a desarrollar un proceso administrativo o área temática específicos y únicos. Por consiguiente, a través de los oficios Nros. 20213201737902 y 2021RE018008 de 2021, se formalizó ante la CNSC de las vacantes definitivas objeto de provisión a partir de los usos de listas de elegibles.

**LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC**, se refirió en el siguiente sentido:

### **“2.1 Empleo objeto de concurso**

Consultado el Sistema de Apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad - SIMO se comprobó que en el marco de la Convocatoria Nro. 436 de 2017, el Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA ofertó **una (1) vacante** para proveer el empleo identificado con el Código OPEC 59282, denominado Instructor, Código 310, Grado 1. Agotadas las fases del concurso, mediante Resolución Nro. 20182120187265 del 24 de diciembre de 2018 se conformó Lista de Elegibles para proveer la vacante ofertada, lista que teniendo en cuenta tanto lo dispuesto en el Criterio Unificado de Sala de Comisionados del 12 de julio de 2018 como lo instituido en el numeral 12 del artículo segundo del Acuerdo Nro. 0165 de 2020, estuvo vigente hasta el **14 de enero de 2021**.

### **2.2 Estado de la vacante ofertada**

Consultado el Banco Nacional de Lista de Elegibles se evidenció que durante la vigencia de la lista, el Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA **no reportó movilidad de la lista**, entendida la movilidad en el marco del uso de las listas como la 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 meritatoria de conformidad con el número de vacantes ofertadas. **Por lo tanto, teniendo en cuenta lo reportado por la entidad, la vacante ofertada se encuentra provista con el elegible ubicado en la posición 1.**

### **2.3 Estado actual de las vacantes definitivas**

Lo atinente al estado actual de las vacantes definitivas habrá de ser resuelta por la entidad nominadora, toda vez que dicha información es del resorte exclusivo de la misma, comoquiera que la administración de éstas constituye información institucional propia

de cada entidad, sujeta a la variación y movilidad que pueda presentar la planta de personal, sin que para esto deba mediar actuación alguna por parte de esta Comisión Nacional, careciendo así de competencia para dar respuesta a dicha solicitud.

#### 2.4. Reporte de vacantes de mismos empleos

Consultado el Sistema de Apoyo para la Igualdad el Mérito y la Oportunidad - SIMO y de conformidad con lo erigido en la Circular Externa Nro. 001 de 2020 -que establece los lineamientos para el reporte de vacantes definitivas de empleos de carrera administrativa en SIMO-, se constató que durante la vigencia de la lista **el SENA no reportó la existencia de vacante definitiva alguna que cumpliera con el criterio de mismos empleos respecto de la lista de marras.**

#### 2.5 Uso de listas de elegibles para empleos equivalentes

Es importante indicar que esta Comisión Nacional el 16 de enero de 2020 emitió Criterio Unificado para el "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 ( ...)" en tanto para los "(...) los procesos de selección aprobados con posterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes de los "mismos empleos" o vacantes en cargos de empleos equivalentes.**" (Énfasis fuera de texto)

Por lo tanto, en concordancia con el mencionado Criterio y teniendo en cuenta que el Acuerdo de la Convocatoria Nro. 436 de 2017 fue expedido con anterioridad a la expedición y entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, para el caso concreto no le era aplicable la disposición contenida en el artículo 6° de la precitada norma y por lo tanto no era procede el uso de lista por equivalencia.

#### 2.6 Estado de la accionante en la Convocatoria

Es menester señalar que en cohesión entre lo erigido en el numeral 4° del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 y el numeral 6 del artículo 2 del Acuerdo 165 de 2020 **la accionante ya no ostenta la condición de elegible**, no obstante, consultado el Banco Nacional de Lista de Elegibles, entendido este como el sistema de información administrado por la CNSC, conformado por las listas de elegibles históricas y vigentes, resultantes de los procesos de selección desarrollados por la Comisión, se corroboró que la señora **CAROLINA CHAMORRO OSORIO ocupó la posición dos (2)** en la lista de elegibles conformada mediante la Resolución Nro. 20182120187265 del 24 de diciembre de 2018.

En consecuencia, la accionante no alcanzó el puntaje requerido para ocupar posición meritoria en la lista de elegibles para proveer el empleo en comento, de conformidad con el número de vacantes ofertadas. Es por ello, que la señora **CAROLINA CHAMORRO OSORIO** se encontraba sujeta no solo a la vigencia si no al tránsito habitual de las listas de elegibles cuya movilidad depende de las situaciones administrativas que pueden ocasionar la generación de vacantes definitivas en la entidad.

### 3. Concepto Final

En consecuencia, en el caso sub examine no resulta razonable hacer uso de la lista de elegibles, toda vez que sobre el acto administrativo mediante el cual se conformó la lista de elegibles **acaeció la pérdida de ejecutoria**, así como por cuanto durante la vigencia de la lista no se encontró solicitud de autorización de uso de la lista para proveer vacante alguna de conformidad con lo reportado con la entidad, en consonancia con lo instituido en el Criterio Unificado del 16 de enero de 2020 "uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019".

## CONSIDERACIONES

La acción de tutela que consagra el artículo 86 de la Constitución Política faculta a toda persona para reclamar ante los jueces, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que así se autoriza.

La Corte Constitucional ha determinado que “(...) el juez constitucional debe verificar el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela, que al tenor del Artículo 86 de la Carta y del Decreto 2591 de 1991, se sintetizan en existencia de legitimación por activa y por pasiva; afectación de derechos fundamentales; instauración del amparo de manera oportuna (inmediatez); y agotamiento de los mecanismos judiciales disponibles, salvo que se configure la ocurrencia de un perjuicio irremediable o que tales vías sean inexistentes o ineficaces (subsidiariedad) (...)”<sup>1</sup>.

El Artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, que reglamentó la acción de tutela dispone lo siguiente:

“(...) Artículo 6. Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá:  
1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante (...)” (Subrayado del Despacho).

La acción constitucional de tutela fue consagrada por el Constituyente como un mecanismo de naturaleza subsidiaria para la protección de los derechos fundamentales. Sin embargo, no se diseñó para desplazar a los jueces ordinarios del ejercicio de sus atribuciones propias. Así, el principio de subsidiariedad, conforme al artículo 86 de la Constitución, implica que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable

Es claro que, el principal medio de defensa lo constituyen las acciones o recursos contemplados en el ordenamiento legal, de ahí el carácter subsidiario de la acción de tutela, por tanto, solo procederá cuando no se disponga de esos medios de defensa consagrados en el ordenamiento, y no en el evento de contar con ellos y haber dejado precluir las oportunidades para ejercerlos, toda vez que la acción de tutela no es alternativa a las vías ordinarias.

Dentro de este contexto, por regla general, la acción de tutela no procede cuando a través de su uso se pretenda atacar decisiones proferidas por la Administración en el marco de un concurso de méritos, pues el afectado puede acudir a los medios de defensa disponibles en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para el efecto. Incluso, los demandantes pueden solicitar la adopción de medidas cautelares de todo tipo, cuyo contenido de protección es amplio y admiten su concurrencia dependiendo del caso, con lo cual se pretende garantizar el acceso material y efectivo a la administración de justicia<sup>2</sup>.

Sin embargo, la Corte Constitucional también ha sostenido que, pese a la existencia de las vías de reclamación en lo contencioso administrativo, existen dos hipótesis que permiten la procedencia excepcional de la acción de tutela. La primera, cuando existe el riesgo de ocurrencia de un perjuicio irremediable, y, la segunda, cuando el medio existente no es idóneo y eficaz para resolver la controversia.

Sobre esta última, en la Sentencia T-059 de 2019<sup>3</sup>, en el marco de un concurso de méritos, la Corte Constitucional manifestó 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**

<sup>1</sup> Sentencia T-788/13 del doce (12) de noviembre de dos mil trece (2013). CORTE CONSTITUCIONAL. Magistrado Ponente: LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ.

<sup>2</sup> Sobre la introducción al ordenamiento jurídico de estas medidas en la Ley 1437 de 2011, esta Corporación, en Sentencia T- 610 de 2017, M.P. Diana Fajardo Rivera, sostuvo que: “el legislador realizó un esfuerzo importante para que las medidas cautelares se concibieran como una garantía efectiva y material del acceso a la administración de justicia pretendiendo de esta manera irradiar el escenario administrativo de una perspectiva constitucional. Ello es razonable en la medida en que el carácter proteccionista de la Carta Política debe influir en todo el orden jurídico vigente como reflejo de su supremacía, lo que supone que las demás jurisdicciones aborden los asuntos puestos a su consideración desde una visión más garantista y menos formal del derecho.”

<sup>3</sup> M.P. Alejandro Linares Cantillo.

*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. Sin embargo, al juez constitucional le corresponde, establecer si esas medidas de defensa existentes en el ordenamiento jurídico son ineficaces, atendiendo a las particularidades del caso en concreto puesto en su conocimiento. (...)*"

*Particularmente, cuando se trata de concursos de méritos, la jurisprudencia ha sido consistente en afirmar que los medios de defensa existentes ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no siempre son eficaces, en concreto, para resolver el problema jurídico planteado, pues generalmente implica someter a ciudadanos que se presentaron a un sistema de selección que se basa en el mérito a eventualidades, tales como que (i) la lista de elegibles en la que ocuparon el primer lugar pierda vigencia de manera pronta o, (ii) se termine el período del cargo para el cual concursaron, cuando éste tiene un periodo fijo determinado en la Constitución o en la ley. En ese sentido, la orden del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho no estaría relacionada con la efectividad del derecho al acceso de cargos públicos, sino que implicaría una compensación económica, situación que [,] a todas luces, no implica el ejercicio de la labor que se buscaba desempeñar y significa consolidar el derecho de otra persona que, de acuerdo con el mérito, no es quien debería estar desempeñando ese cargo en específico (...)" (Negrillas fuera del texto)*

La Corte Constitucional recientemente en la sentencia T-081 de 2022 señaló:

*"(...) Tratándose de afectaciones derivadas del trámite de los concursos de méritos, resulta imperativo para el juez constitucional determinar cuál es la naturaleza de la actuación que presuntamente transgredió los derechos, con la finalidad de determinar si existe o no un mecanismo judicial idóneo y eficaz para resolver el problema jurídico. Por lo anterior, es importante establecer en qué etapa se encuentra el proceso de selección, para determinar si existen actos administrativos de carácter general o de carácter particular y concreto que puedan ser objeto de verificación por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a través de los medios de control de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, dependiendo de cada caso.  
(...)*

*En desarrollo de lo anterior, en su jurisprudencia reiterada<sup>4</sup>, la Corte Constitucional ha venido sosteniendo que, por regla general, la acción de tutela no es el mecanismo judicial de protección previsto para controvertir los actos proferidos en el marco de un concurso de méritos, cuando estos son susceptibles de ser demandados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Tal circunstancia es particularmente relevante, cuando el proceso de selección ha concluido con la elaboración y firmeza de la lista de elegibles.*

*La posición anterior ha sido respaldada por el Consejo de Estado, al advertir que, cuando son proferidas dichas listas, la administración dicta actos administrativos cuyo objeto es generar situaciones jurídicas particulares, de suerte que, cuando ellas cobran firmeza, crean derechos ciertos que deben ser debatidos en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y en el marco del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, pues el debate generalmente se centra en la legalidad del proceso y en el cumplimiento de las normas previstas en el ordenamiento jurídico y en la propia convocatoria (...)"*

En este orden de ideas, la Alta Corporación<sup>5</sup> señaló que la acción de tutela es procedente por vía de excepción para cuestionar actos administrativos dictados en desarrollo de un concurso de méritos, y que, más allá de la causal del perjuicio irremediable, cabe examinar la eficacia en concreto del medio existente y de la viabilidad sumaria de las medidas cautelares, teniendo en cuenta, la naturaleza de la disputa, los hechos del caso y su impacto respecto de derechos, principios o garantías constitucionales, siendo, prevalente, en este escenario, la protección del mérito como principio fundante del Estado colombiano y del actual modelo democrático<sup>6</sup>.

Frente a la retrospectividad de la ley 1960 de 2019, la Corte Constitucional se pronunció en la sentencia T-340 de 2020, en la cual indicó:

<sup>4</sup> Corte Constitucional, sentencias T-388 de 1998, T-095 de 2002, SU-913 de 2009, T-556 de 2010, T-169 de 2011, T-156 de 2012, T-604 de 2013, T-180 de 2015, T-610 de 2017, T-438 de 2018, T-227 de 2019, T-425 de 2019, entre otras.

<sup>5</sup> Sentencia T-340 de 2020

<sup>6</sup> Sentencia T-059 de 2019

*“(..). Para la Sala, el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la Ley 1960 de 2019, regula la situación jurídica no consolidada de las personas que ocupaban un lugar en una lista de elegibles vigente que excedía el número de vacantes ofertadas, por lo que las entidades u organismos que llevaron a cabo los concursos deberán hacer uso de estas, en estricto orden de méritos, para cubrir las vacantes definitivas en los términos expuestos en la referida ley. Lo anterior no implica que automáticamente se cree el derecho de quienes hacen parte de una lista de elegibles a ser nombrados, pues el ICBF y la CNSC deberán verificar, entre otras, que se den los supuestos que permiten el uso de una determinada lista de elegibles, esto es, el número de vacantes a proveer y el lugar ocupado en ella, además de que la entidad nominadora deberá adelantar los trámites administrativos, presupuestales y financieros a que haya lugar para su uso  
(..)*

*Respecto de la aplicación de la Ley 1960 de 2019 para del uso de las listas de elegibles expedidas con anterioridad al 27 de junio del año en cita, la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió un criterio unificado el 1º de agosto de 2019, en el que, de manera enfática, estableció que la modificación establecida en dicha ley únicamente sería aplicable a los acuerdos de convocatoria aprobados después de su entrada en vigencia. No obstante, posteriormente, el pasado 20 de enero, la misma Comisión dejó sin efectos el primer criterio y estableció que “las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera –OPEC– de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los “mismos empleos”, entendiéndose con igual denominación código, grado, asignación básica mensual, propósitos, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC.”<sup>7</sup>.*

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

### **CASO CONCRETO**

Descendiendo al caso concreto se tiene que la accionante, solicita el amparo constitucional de sus derechos fundamentales a la igualdad, trabajo, debido proceso administrativo, acceso a cargos y funciones públicas vía merito, así como a los principios de confianza legítima, buena fe y seguridad jurídica el principio de inescindibilidad, los cuales considera vulnerados por la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC- y Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-, al negarle dar aplicación a la Ley 1960 de 2019

En consecuencia, autorizar el uso de la lista de elegibles conformada mediante la Resolución CNSC 20182120187265 del 24 de diciembre de 2018, con firmeza a partir del 15 de enero de 2019, para proveer una (1) vacante de la OPEC No 59282, y se proceda a nombrar al accionante en el cargo que considera equivalente, conforme la Ley 1960 de 2019-

Teniendo lo incoado por la accionante y las contestaciones allegadas por las entidades accionadas, se estudiará si resulta procedente o no la acción de tutela en el presente asunto, al verificar los requisitos de procedencia del mecanismo constitucional:

En torno a la legitimación en la causa por pasiva, según el artículo 86 superior, la acción debe ser ejercida en contra del sujeto responsable de la amenaza o vulneración de derechos, lo cual en este caso se satisface, en la medida en que a las entidades accionadas se les atribuye la vulneración de los derechos fundamentales invocados por el accionante y son las

<sup>7</sup> Énfasis por fuera del texto original, Consultado en: <https://www.cnsc.gov.co/index.php/criterios-unificados-provision-de-empleos>

entidades que implementaron, desarrollaron y ejecutaron la convocatoria No. 436 de 2017-SENA, el cual es objeto de estudio dentro del presente asunto.

En el presente caso, la accionante, se encuentra legitimada presuntamente en la causa por activa para interponer la presente acción de tutela, pues es la titular de los derechos fundamentales que estima vulnerados por las entidades accionadas, en razón que la accionante se inscribió y participó en la convocatoria No. 436 de 2017-SENA para el cargo de la OPEC No **59282**, con la denominación **INSTRUCTOR, CÓDIGO 3010, GRADO 1** y ocupó el puesto 2 de la lista de elegibles conformada mediante la resolución No. Resolución CNCS **20182120187265** del 24 de diciembre de 2018.

Sin embargo al revisar el escrito inicial de la accionante y de las repuestas brindadas por las accionadas, se constata que NO se encuentra escrito o petición ante el SENA o la CNCS para revisión de su caso frente al uso de la lista de elegibles Resolución CNCS **20182120187265** del 24 de diciembre de 2018 para la OPEC 57295, IDP 9217 para el cargo de OPEC No **59282**, con la denominación **INSTRUCTOR, CÓDIGO 3010, GRADO 1**, todo ello para tener una respuesta favorable o de manera desfavorable, del uso de listas de elegibles para empleos equivalentes conforme la Ley 1960 de 2019-, para ponderar si era garante de protección constitucional, es así que la legitimidad en causa por activa desaparece, para pretender la protección de los derechos incoados.

Frente al requisito de subsidiariedad, teniendo en cuenta la jurisprudencia de la Corte Constitucional **Sentencia T-375/18** “se tiene que la acción de tutela solo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial o este no sea idóneo y eficaz para resolver la controversia, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

Lo anterior, en tanto se evidencia que el accionante cuenta con otros mecanismos de defensa judicial para controvertir la decisión de la entidad accionada sobre la negativa del uso de la lista de elegibles del accionante para cubrir un empleo que considera equivalente, como lo es el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, para garantizar el acceso efectivo a la administración de justicia, aunado a que la lista de elegibles conformada mediante la resolución No. 20182120187265 del 24 de diciembre de 2018 se conformó para proveer la vacante ofertada, lista que teniendo en cuenta tanto lo dispuesto en el Criterio Unificado de Sala de Comisionados del 12 de julio de 2018 como lo instituido en el numeral 12 del artículo segundo del Acuerdo Nro. 0165 de 2020, estuvo vigente hasta el **14 de enero de 2021**, por lo tanto, no se acreditan las causales señaladas por la Corte Constitucional para la procedencia excepcional de la acción de tutela en el presente asunto.

Así, también se advierte que en el asunto *sub examine* no se cumple con el requisito de inmediatez, pues no se acreditó razón alguna por la cual la accionante, pasado 18 meses, cuando la lista de legibles perdió vigencia el día 14 de enero de 2021, procedió a acudir a esta acción de amparo, con miras a proteger sus derechos fundamentales. De esta manera el accionante no acreditó un motivo que revelara la causa de su inactividad o que pusiera en evidencia un estado de indefensión o vulneración que haga procedente esta acción constitucional.

El Despacho como resultado de confrontar la situación fáctica del accionante, las normas legales aplicables al caso y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, declarará la improcedencia de la acción de tutela en el caso bajo estudio, por cuanto no se acreditan los requisitos de procedencia de la acción de tutela, esto es, no se cumple con los requisitos de subsidiariedad, inmediatez y no se acreditó la configuración de un perjuicio irremediable.

Por lo aquí expuesto, el JUZGADO VEINTINUEVE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### **RESUELVE:**

PRIMERO. – : DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela interpuesta por CAROLINA CHAMORRO OSORIO, identificada con cédula de ciudadanía No 1.037.604.486, en nombre propio interpuso acción de tutela contra de la FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTIAS Y PENSIONES FONCEP, SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

y LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC;, de conformidad con la parte considerativa de esta sentencia

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE a las partes de la presente determinación. Contra la presente providencia procede el recurso de IMPUGNACIÓN, el cual debe ser interpuesto dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación

TERCERO. -. En caso de no ser impugnada, REMÍTASE el expediente a la H. CORTE CONSTITUCIONAL para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La Juez,

**NANCY MIREYA QUINTERO ENCISO**

**Firmado Por:**

**Nancy Mireya Quintero Enciso**

**Juez Circuito**

**Dirección Ejecutiva De Administración Judicial**

**División 029 De Sistemas De Ingeniería**

**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: **617275402419609ac6cdddb02de3b3f1d7da747105bf9bb8f4820f11ae096cc6**

Documento generado en 29/08/2022 04:32:04 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**

**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**