INFORME SECRETARIAL. - Bogotá, D.C., Cinco (05) de Febrero de Dos Mil Veintiuno (2021). En la fecha, al Despacho del señor Juez el proceso de la referencia, informando que las accionadas dieron respuesta en tiempo, allegaron pruebas del cumplimiento de lo requerido en auto del 19 de enero y que, de conformidad con la publicación realizada por este Despacho y por las accionadas, no se recibió ninguna intervención dentro de la presente acción.

Ocho (08) de Febrero de Dos Mil Veintiuno (2021).

ACCIÓN DE TUTELA No. 110013105033 2020 00 371 00			
ACCIONANTE	Amanda Lucía Riápira Beltrán	**DOC. IDENT.**	51.914.403
ACCIONADA	Comisión Nacional del Servicio Civil y el Servicio Nacional de Aprendizaje		
PRETENSIÓN	Ordenar a las accionadas el nombramiento del accionante en el cargo de Instructor – Código 3010, Grado 1, aunque haya o no sido ofertado. Ordenar que la CNSC de respuesta de fondo a la petición impetrada en agosto de 2020.		

La señora AMANDA LUCÍA RIÁPIRA BELTRÁN, actuando en nombre propio presentó acción de tutela contra LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC y EL SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA, invocando la protección de sus derechos fundamentales de **acceso a cargos públicos, debido proceso, trabajo y nombramiento en empleos de carrera administrativa,** los cuales considera vulnerados por cuanto las entidades accionadas no han procedido a realizar su nombramiento dentro de las vacantes establecidas por el SENA, sin importar que estas hayan sido o no ofertadas en el concurso de méritos, en el cual ocupó el puesto 3.

Para fundamentar su solicitud, el accionante relata los siguientes:

I. HECHOS.

1. Que la CNSC convocó a concurso abierto de méritos para proveer las vacantes de la planta de personal del SENA, a través de la convocatoria N° 436 de 2017.

2. Dentro de tal convocatoria se expidió la Resolución N° 20182120191535, el 24 de diciembre de 2018, la cual quedó en firme el 15 de enero de 2019. Ello para proveer una vacante de la OPEC N°60639, denominada Instructor, Código 3010, Grado 1, donde la accionante ocupó el tercer puesto.

3. Que la CNSC ha expedido varias normas que reglamentan la conformación de las listas de elegibles y el banco nacional que contiene dicha información, reglamentando la forma de proveer cargos, que, a su juicio permiten que las entidades accionadas provean vacantes con dichas listas en cargos similares y equivalentes.

4. Que la lista de elegibles en la cual se encuentra vence el 14 de enero de 2021 y las accionadas no han dado uso a la misma pese a la existencia de cargos similares o equivalentes al cual se postuló.

5. Que el 19 de agosto de 2020 presentó petición ante la CNSC solicitando el uso de dicha lista y su nombramiento, en aplicación de la Ley 1960 de 2019, para la convocatoria a la cual se presentó.

6. En respuesta a ello, la CNSC le informó que dicha responsabilidad recae en el ente nominador y no en esa entidad.

7. En petición de la misma fecha, solicitó al SENA el uso de dicha lista de elegibles para los cargos de la entidad, inclusive aquellos no ofertados y desiertos, similares o equivalentes al cual se postuló.

8. Que la respuesta dada por el SENA no es clara, pues no se indica puntualmente cuales son los cargos ofertados, cuáles no, cuales están activos, desiertos, similares o equivalentes al cargo al cual se postuló.

9. Que el 22 de octubre de 2020, la CNSC cambió el criterio unificado que, reglamentaba el uso de las listas de elegibles.

II. INTERVENCIÓN DE LAS ACCIONADAS Y ACTUACIÓN DEL DESPACHO.

Es menester recordar que, el pasado 17 de noviembre de 2020 este Despacho dictó sentencia dentro del presente asunto en la cual se negaron las pretensiones de la accionante. Como consecuencia de ello, la accionante presentó impugnación contra dicha decisión; mediante auto del 13 de enero de 2021, el superior jerárquico **anuló** la decisión proferida por este Despacho y ordenó tomar correctivos dentro del mismo, dejando intactos las pruebas y contestaciones ya realizadas por las accionadas.

Como consecuencia de ello, el 19 de enero del año en curso, en cumplimiento de lo señalado por el Superior Jerárquico se ordenó lo siguiente:

- Vincular a todas las personas que, dentro de la accionada SENA, ocupen los cargos de igual denominación y grado al INSTRUCTOR CÓDIGO 3010 GRADO 1 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 de2004.

- Vincular a todas las personas que ocupan tales cargos declarados desiertos y a aquellas personas que ocupan el cargo de INSTRUCTORCÓDIGO 3010 GRADO 1bajo la modalidad de encargo o provisionalidad, que no fueron ofertados por la Convocatoria No. 436 de 2017y que con posterioridad al inicio de la convocatoria fueron 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.

- Vincular a todos los terceros interesados en la presente acción de tutela y a aquellos ciudadanos que se encuentren en la lista de elegibles N° 201821201391535del 24 de diciembre de 2018,perteneciente a la Convocatoria 436 de 2017, para proveer la vacante de la OPEC 60639, Cargo de INSTRUCTOR, Código 3010, grado 1 o una vacante similar o equivalente, y consideren que a través de la presente acción puede existir la vulneración de sus derechos fundamentales.

Para ello se procedió a la publicación del auto señalado dentro de la página de la CNSC, la página del SENA y el micrositio del Juzgado junto con la acción de tutela de la señora Amanda Riápira, el aviso realizado por este Despacho y la providencia de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá. Ambas accionadas acreditaron el cumplimiento de tales providencias, junto con la notificación interna por parte del SENA de las providencias señaladas a las personas designadas anteriormente y las personas que conforman la lista de elegibles, acreditándose mediante pantallazos de correo electrónico. Pese a todos los trámites anteriores, no se recibió ninguna intervención dentro la acción en referencia.

A. RESPUESTA DEL SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA:

En respuesta elevada ante este Despacho, la entidad solicita que se declare la improcedencia de la misma, por cuanto, los aspirantes están sujetos a las reglas del concurso y aceptaron su totalidad para participar en el mismo. Lo anterior implica que, la accionante al igual que

los demás aspirantes aceptaron inscribirse a un solo empleo público diferenciado por la respectiva OPEC, por lo cual, no puede pretender a través de este mecanismo constitucional buscar la posesión dentro de un empleo público al cual se inscribió, por ende, a una OPEC diferente. Teniendo en cuenta lo anterior, señala esta entidad que la accionante no le asiste derecho al nombramiento que persigue, ya que la lista de elegibles se otorgó para proveer una sola vacante, y la señora Riápira ocupó el puesto tres en la misma, de tal manera que no tiene derecho alguno frente a lo que reclama. Por último, señala que el contexto de la Ley 1960 de 2019 es aplicable solamente a los nuevos concursos, de tal manera que, no se puede buscar su aplicación retroactiva frente a otras situaciones, tal como lo plantea la accionante, quien se presentó a una convocatoria en el año 2017.

B. RESPUESTA DE LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC:

La accionada solicita que se declare la improcedencia de la presente acción pues la misma no es la vía idónea para controvertir actos administrativos, por no cumplir los requisitos generales de procedencia de la acción. Por otro lado, señala la irretroactividad de la Ley 1960 de 2019 que reglamentó la presente convocatoria y la imposibilidad de su aplicación a la accionante, por cuanto la convocatoria fue antes de dicha norma; Por último, señala que la competencia de proveer las vacantes está en el SENA y no en esa entidad.

III. PROBLEMA JURIDICO.

En el presente asunto confluyen varias situaciones, por lo cual, el problema jurídico a resolver se planteará de la siguiente manera:

1. Determinar si la acción de tutela es el mecanismo idóneo para satisfacer las pretensiones de la señora Riápira, en la forma planteada por ella.

2. Analizar si existe vulneración de los derechos fundamentales de acceso a cargos públicos, debido proceso, trabajo y nombramiento en empleos de carrera administrativa por parte de las accionadas al no realizar el nombramiento de la accionante en el cargo de Instructor – Código 3010, Grado 1 o en un empleo similar o equivalente, de conformidad con lo señalado en la Ley 1960 de 2019.

3. Establecer si las respuestas dadas por el SENA y la CNSC vulneran el derecho de petición de la accionante, en los términos señalados en la acción de tutela.

Con lo anterior se procede a resolver previas las siguientes,

C O N S I D E R A C I O N E S

Conforme al art. 86 de la Constitución Política y el Decreto reglamentario de la acción de tutela (art. 1º. del mencionado Decreto), ésta procede contra la acción u omisión de las autoridades públicas y de los particulares, sobre estos últimos, según lo establece la ley (art. 42 del mismo Decreto) que vulneren o amenacen cualquiera de los derechos constitucionales fundamentales , además que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Establece por previsión supra legal la concepción de la acción de tutela, como un instrumento jurídico que permite brindar a cualquier persona, sin mayores requisitos de orden formal, la protección específica e inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando se ven vulnerados o sean amenazados por la acción o la omisión de una autoridad pública o de un particular en ejercicio de funciones públicas, siempre que para la protección del derecho que busca el amparo de tutela no exista otro mecanismo de defensa judicial para protegerlo, o existiendo, al ejercitarse la acción se pretenda evitar un perjuicio irremediable, para lo cual su procedencia sería posible como mecanismo transitorio dada su inmediatez para la protección del derecho constitucional transgredido.

Además, el Decreto 306 de 1.992, por medio del cual se reglamenta el 2591 referido, establece en su artículo 2º que la acción de tutela protege exclusivamente los derechos constitucionales fundamentales y que no puede ser utilizada para hacer cumplir las leyes, los decretos, los reglamentos o cualquier otra norma de categoría inferior, como así lo tiene interpretado y definido la jurisprudencia reiterada de nuestro máximo Tribunal (Corte Constitucional) de la jurisdicción de tutela.

El juez de tutela está instituido para la guarda de los derechos fundamentales, por esa razón se ha reiterado que incluso no es necesario que en forma particular se indique la vulneración de algún precepto, considerando que si al efectuar el análisis de la controversia que le es planteada, encuentra quebrantado alguno de los principios de orden constitucional, deberá adoptar las medidas tendientes a garantizar la guarda del derecho que encuentre conculcado, si la situación fáctica como las pruebas que sustentan la acción dan cuenta de ello, o incluso si la acción de tutela está dirigida a obtener el amparo de otro derecho que no es el que se afirma vulnerado.

- **DEL ACCESO A LOS CARGOS PÚBLICOS CONCURSO DE MÉRITOS Y LA LISTA DE ELEGIBLES.**

A partir de la Constitución de 1991, la función pública se circunscribe a una serie de principios para su efectividad, entre ellos la transparencia, publicidad y el mérito, tal como lo contempla el Art. 125 de la Constitución Política:

> *"Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.*
>
> *Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.*
>
> *El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.*
>
> *El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.*
>
> *En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción."*
>
> ***PARÁGRAFO.*** *<Parágrafo adicionado por el artículo 6 del Acto Legislativo 1 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido.* (Subrayado propio).

En ese mismo orden de ideas, la Ley 909 de 2004 en su Artículo 2 señala:

> *"2. El criterio de mérito, de las calidades personales y de la capacidad profesional, son los elementos sustantivos de los procesos de selección del personal que integra la función pública. Tales criterios se podrán ajustar a los empleos públicos de libre nombramiento y remoción, de acuerdo con lo previsto en la presente ley."*

- **LA ACCIÓN DE TUTELA FRENTE A LAS DETERMINACIONES ADOPTADAS DENTRO DEL CONCURSO DE MÉRITOS:**

Como ya se expresó anteriormente, la acción de tutela es un mecanismo constitucional investido para la protección de los derechos fundamentales de las personas frente a las acciones u omisiones de la administración pública o de los particulares. Concretamente, en

materia de concurso de méritos, la Corte Constitucional ha señalado en múltiples oportunidades que por regla general, la acción de tutela no procede contra las decisiones adoptadas en el trámite y desarrollo de un concurso de méritos, pues los mismos implican actos administrativos que pueden ser recurridos a través de la vía gubernativa e inclusive, son actos de carácter demandable ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Empero, lo anterior encuentra su excepción cuando todos esos medios de defensa ordinarios no son suficientes para evitar el acaecimiento de un perjuicio grave e irremediable o inclusive, no sean idóneos para dar solución a un asunto que trasciende la órbita constitucional. De esta manera, procede la acción de tutela como mecanismo transitorio.

> *"Sin embargo, la doctrina constitucional ha reiterado que al estar en juego la protección de los derechos fundamentales al trabajo, la igualdad y el debido proceso de quienes participaron en un concurso de méritos y fueron debidamente seleccionados, la Corte Constitucional asume competencia plena y directa, aun existiendo otro mecanismo de defensa judicial, al considerar que la tutela puede "desplazar la respectiva instancia ordinaria para convertirse en la vía principal de trámite del asunto", en aquellos casos en que el mecanismo alterno no es lo suficientemente idóneo y eficaz para la protección de estos derechos.*
>
> *Considera la Corte que en materia de concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera se ha comprobado que no se encuentra solución efectiva ni oportuna acudiendo a un proceso ordinario o contencioso, en la medida que su trámite llevaría a extender en el tiempo de manera injustificada la vulneración de derechos fundamentales que requieren de protección inmediata. Esta Corte ha expresado, que, para excluir a la tutela en estos casos, el medio judicial debe ser eficaz y conducente, pues se trata nada menos que de la defensa y realización de derechos fundamentales, ya que no tendría objeto alguno enervar el mecanismo de tutela para sustituirlo por un instrumento previsto en el ordenamiento legal que no garantice la supremacía de la Constitución en el caso particular".*[1]

En este orden de ideas, este Despacho señala la acción de tutela es el mecanismo eficaz para estudiar las pretensiones del accionante, pues se está discutiendo el derecho a estar en propiedad en cargos públicos, que, aunque pueden ser susceptibles de ser discutidos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativa, tal mecanismo no es idóneo para la protección de sus derechos, en tanto, puede ser sometido a demora, en razón a la congestión judicial que atraviesa toda la jurisdicción.

- **EL DERECHO A LA IGUALDAD Y DEBIDO PROCESO EN EL CONCURSO DE MÉRITOS**

Como es bien sabido, los concursos para el acceso a cargos públicos contienen varias etapas, en las cuales los aspirantes deben superar una serie de pruebas de diferentes tipos, lo cual se justifica en que, los cargos públicos deben ocuparse por personas de altas competencias. En reiteradas oportunidades, la jurisprudencia constitucional ha señalado que los criterios que excluyen a los participantes de la convocatoria deben estar debidamente justificados y no pueden soportarse en criterios discriminatorios como la raza, orientación sexual, ideología política y religiosa entre otros. Así mismo, que los criterios de ingreso al empleo deben estar plenamente soportados en la ley y deben ser accesibles a los aspirantes, quienes antes de presentarse a los concursos deberán conocer tales condiciones.

Aunado a lo anterior, debe señalarse que, dentro de los parámetros constitucionales, los aspirantes tienen derecho a conocer los motivos claros y razonados por los cuales se les califica de determinada manera en cada etapa, ello en concordancia al principio de motivación de los actos administrativos, motivación que debe entenderse como adecuada.[2]

- **LA LISTA DE ELEGIBLES Y LOS DERECHOS ADQUIRIDOS:**

[1] Corte Constitucional, sentencia SU-913 de 2009.
[2] Corte Constitucional, Sentencia T-227 de 2019.

La lista de elegibles se integra a partir de los puntajes obtenidos por los aspirantes que han superado las distintas pruebas dentro del concurso al cual se inscribieron. En reiteradas oportunidades se ha señalado que, quien ocupa el primer lugar dentro de la lista, no tiene una simple expectativa si no que tiene un derecho adquirido, de ser nombrado en el cargo al cual concursó.[2]

> *"Para la Corte es indudable que quien respondió a una convocatoria hecha por una entidad pública, presentó los exámenes, pruebas, entrevistas, documentación exigida y además, practicados aquéllos los superó satisfactoriamente y ocupó el primer lugar en una lista de elegibles, tiene, en tal virtud y por mandato constitucional, no una mera expectativa sino un verdadero derecho adquirido a ser nombrado en el cargo correspondiente."*[3]

Entonces, la lista de elegibles es un acto administrativo con efectos particulares y concretos frente a todos y cada uno de los aspirantes que aparecen relacionados en la lista; aunado a ello, también son actos creadores de derechos en cabeza de los participantes del concurso, los cuales no pueden ser desconocidos por la ley, salvo por motivos de utilidad pública e interés social, con el respectivo resarcimiento al afectado.[4]

> *"La conformación de la lista de elegibles, en ese sentido, genera para las personas que hacen parte de ella un derecho de carácter subjetivo, que consiste en ser nombrado en el cargo para el que se concursó, cuando el mismo esté vacante o desempeñando por un funcionario o empleado en provisionalidad. La consolidación de ese derecho "se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer".*[5]

Dentro de la misma línea de estudio, se ha establecido que la convocatoria del concurso de méritos es la directriz para el desarrollo idóneo del mismo, y la lista de elegibles, al ser parte de dichas pautas puede ser usada para proveer cargos dentro de la entidad siempre y cuando sean de la misma naturaleza, perfil y denominación. Dicha interpretación se ha mantenido incólume a lo largo de la jurisprudencia constitucional.

La mayor ilustración acerca de estos principios reposa en las sentencias C-319 de 2010 y T-294 de 2011, donde se recalca que proveer vacantes dentro de una entidad a partir de la lista de elegibles frente a cargos de denominación y grados iguales no es *una mera facultad del nominador sino un* ***deber*** *de este,* y en caso de que, los cargos sean de diversa naturaleza, el uso de la lista de elegibles si es facultativa.[3]

- **APLICACIÓN DE LA LEY 1960 DE 2019 Y EL USO DE LA LISTA DE ELEGIBLES PARA PROVEER VACANTES NO CONVOCADAS.**

El empleo público y su acceso al mismo, se encuentra reglamentado por varias normas tanto de orden legal como constitucional, entre las más destacadas se encuentra la Ley 909 de 2004 y Decreto 1083 de 2015. Recientemente, se expidió la Ley 1960 de 2019, la cual implica varios cambios sustanciales frente al régimen de carrera administrativa, provocando un **tránsito legislativo** en la aplicación de las normas que rigen la materia.

Respecto de la aplicación de la lista de elegibles para proveer vacantes no convocadas en el concurso, existen varios pronunciamientos de la Corte Constitucional acerca de cómo abordar dicha problemática. Ya en líneas anteriores se reseñaron varias sentencias que explican la postura de ese alto tribunal frente a dicha situación; por ello, debe tenerse en cuenta el último pronunciamiento en la materia, esto es la sentencia **T-340 de 2020**, a partir de la cual se rememoran varias sentencias, entre ellas, la SU 446 de 2011 y T-654 de 2011:

> *"Cuando esta Corporación afirma que la lista o registro de elegibles tiene por vocación servir para que se provean las vacantes que se presenten durante su vigencia, se está refiriendo a los cargos*

[3] Corte Constitucional, sentencia SU-446 de 2011.

objeto de la convocatoria y no a otros, pese a que estos últimos puedan tener la misma naturaleza e identidad de los ofrecidos. En otros términos, el acto administrativo en análisis tiene la finalidad de servir de soporte para la provisión de los empleos que fueron objeto de concurso y no de otros. ***En consecuencia, si en vigencia de la lista se presenta una vacante, ésta se podrá proveer con ella si la plaza vacante fue expresamente objeto de la convocatoria que le dio origen. Los cargos que se encuentren por fuera de ésta, requerirán de un concurso nuevo para su provisión****. (…)* ***Fuerza concluir, entonces, que el uso del registro o lista de elegibles se impone sólo para proveer las vacantes y los cargos en provisionalidad que registre la entidad durante su vigencia, siempre y cuando se trate de las plazas ofertadas en el respectivo concurso***." (Negrilla y cursiva propia).

Pese a lo anterior, dicha postura debe analizarse nuevamente, frente al fenómeno producido por la Ley 1960 de 2019, la cual trajo varios cambios en la reglamentación del empleo público, entre ellos el **uso de las listas de elegibles**, *inclusive para cargos equivalentes no convocados que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad.*[4] La variación establecida por la norma tiene repercusión frente al precedente ya sentado por la Corte Constitucional, pues el mismo partía del supuesto en que no es posible el uso de dichas listas para proveer otras vacantes no ofertadas, por cuanto el legislador lo había dispuesto de esa manera.[5]

En lo que respecta en la aplicación de la ley en el tiempo y en el espacio, para la Corte Constitucional es claro que la Ley 1960 de 2019 tiene una aplicación a futuro como todas las normas por regla general; sin embargo, acepta que dentro del marco de esta norma también puede darse el fenómeno de la **retrospectividad** de manera excepcional, lo cual se da, siempre y cuando se haya configurado una situación de hecho con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la norma y que nunca se consolidó; de otra forma, cuando existe una situación jurídica en curso al momento de la entrada en vigencia.[6] Para el caso del tránsito legislativo que se menciona y la aplicación de la línea jurisprudencial ya existente, debe analizarse la lista de elegibles y el momento en el cual quedó en firme.

De lo anterior se derivan dos situaciones: una de ellas, es el contexto de aquellos que ocuparon los lugares equivalentes al número de plazas convocadas, quienes ostentan un **derecho cierto** frente a los cargos a los cuales se presentaron, por lo cual hay una situación jurídica consolidada frente a la cual no tiene cabida alguna la aplicación de una nueva ley; por otro lado, están aquellas personas que se encuentran en la lista de elegibles a la espera de una vacante para el cargo concursado, quienes a diferencia de los primeros, tienen una **expectativa** de ser nombrados, siendo aplicable la Ley 1960 de 2019, por regular dicha situación jurídica que antes no se contemplaba en la norma; ello teniendo en cuenta los supuestos que permitan su uso, es decir la existencia de nuevas vacantes junto con todo el trámite administrativo y presupuestal que ello conlleva:

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

[4] Art. 31, Ley 1960 de 2019.
[5] Sentencia T-340 de 2020.
[6] Ibidem.

***ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC**.".*

*En 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."* (Negrilla y subrayado propio).

- **DERECHO DE PETICIÓN.**

Al respecto, ha manifestado la Honorable Corte Constitucional, que la posibilidad de las autoridades de no contestar reclamaciones o solicitudes conlleva la configuración del fenómeno del silencio administrativo, lo que no puede entenderse como vía expedita para el desconocimiento del núcleo esencial del derecho fundamental de petición.

El derecho de petición es el mecanismo por excelencia que tiene el ciudadano para poner en funcionamiento la administración pública, y obtener una pronta respuesta a los problemas que le aquejan, razón por la cual le corresponde a la administración pública, en desarrollo de la función pública, su resolución.

La Corte en sentencia T - 761 de 2005 con relación al derecho de petición indicó:

> *"[...] reiteradamente la Corte Constitucional ha definido los componentes conceptuales básicos y mínimos del derecho de petición, señalando que dicho derecho fundamental comprende la posibilidad efectiva y cierta de elevar peticiones respetuosas ante los diferentes entes del poder público, facultad que está garantizada por la correlativa obligación impuesta a las autoridades de dar trámite a la solicitud, sin que exista argumento alguno para negar su admisión o iniciar las diligencias para dar la respuesta. El destinatario de la petición debe: a- Proferir una respuesta oportuna, dentro de los términos legales establecidos en el ordenamiento jurídico. b- Resolver de fondo lo solicitado, cuestión que exige a la autoridad referirse de manera completa a los asuntos planteados, excluyendo de plano las respuestas evasivas y comunicar prontamente lo decidido al peticionario, independientemente de que la respuesta sea positiva o negativa a sus pretensiones."*

El derecho de petición consagrado en el Artículo 23 de la Constitución Política, ubicado dentro del Título II, Capítulo I, titulado "DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES", es la facultad concedida a las personas para poner en actividad a la autoridad pública o entidades privadas sobre un asunto o situación determinada, y como lo ha precisado el constitucionalista Dr. JACOBO PEREZ ESCOBAR, "*[…] El derecho de petición es tan fundamental que sin él serían nugatorios todos los demás. Esto es un derecho que sirve de medio para hacer valer los demás cuando son desconocidos o vulnerados. De ahí su naturaleza especial […]*" [4]
La Ley Estatutaria del Derecho de Petición, Ley 1755 de 2015, establece los términos y parámetros en que deben ser resueltas las peticiones elevadas por los particulares, el artículo 14 de dicha normatividad es claro al establecer:

> *"Artículo 14. Términos para resolver las distintas modalidades de peticiones. Salvo norma legal especial y so pena de sanción disciplinaria, **toda petición deberá resolverse dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción**. Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones:*

1. Las peticiones de documentos y de información deberán resolverse dentro de los diez (10) días siguientes a su recepción. Si en ese lapso no se ha dado respuesta al peticionario, se entenderá, para todos los efectos legales, que la respectiva solicitud ha sido aceptada y, por consiguiente, la administración ya no podrá negar la entrega de dichos documentos al peticionario, y como consecuencia las copias se entregarán dentro de los tres (3) días siguientes.

2. Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción.

Parágrafo. Cuando excepcionalmente no fuere posible resolver la petición en los plazos aquí señalados, la autoridad debe informar esta circunstancia al interesado, antes del vencimiento del término señalado en la ley expresando los motivos de la demora y señalando a la vez el plazo razonable en que se resolverá o dará respuesta, que no podrá exceder del doble del inicialmente previsto" (Subrayado y negrilla fuera de texto).

- **LA RESPUESTA EFECTIVA EN EL DERECHO DE PETICIÓN**

De conformidad con lo expuesto anteriormente, debe entenderse el desarrollo total del derecho de petición implica la respuesta efectiva, clara y en tiempo de la entidad, es decir, no basta con la simple respuesta otorgada al peticionario, pues la misma debe ser congruente con lo solicitado, independientemente de que decisión de la misma sea favorable o adversa a sus intereses

Así las cosas, también existe vulneración al derecho fundamental de petición en aquellos casos donde se extiende respuesta al peticionario, sin una solución concreta y de fondo sobre el asunto pedido. Pues si la entidad no está en capacidad de ofrecer una respuesta concisa sobre el asunto, está obligada a justificar los motivos que generan tal imposibilidad. Al respecto, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre este supuesto en reiterada jurisprudencia.

Entre la jurisprudencia más reciente, la sentencia T-487 de 2017, la ponencia del Dr. Alberto Rojas Ríos recuerda el núcleo esencial del derecho de petición, en los siguientes términos:

"a) la posibilidad cierta y efectiva de elevar, en términos respetuosos, solicitudes ante las autoridades, sin que éstas se nieguen a recibirlas o se abstengan de tramitarlas; b) la respuesta oportuna, es decir, dentro de los términos establecidos en el ordenamiento jurídico; c) la respuesta de fondo o contestación material, lo que supone que la autoridad entre en la materia propia de la solicitud, sobre la base de su competencia, refiriéndose de manera completa a todos los asuntos planteados (plena correspondencia entre la petición y la respuesta), excluyendo fórmulas evasivas o elusivas; y d) la pronta comunicación de lo decidido al peticionario, con independencia de que su sentido sea positivo o negativo.

La respuesta debe satisfacer cuando menos tres requisitos básicos: (i) debe ser oportuna, es decir, debe ser dada dentro de los términos que establezca la ley; (ii) la respuesta debe resolver de fondo el asunto solicitado. Además de ello, debe ser clara, precisa y congruente con lo solicitado; y (iii) debe ser puesta en conocimiento del peticionario.
(…) La respuesta no implica necesariamente la aceptación de lo solicitado, ni se concreta necesariamente en una respuesta escrita."

IV. EL CASO EN CONCRETO.

El estudio del caso en concreto se dividirá en tres partes, por cuanto se solicitan varias pretensiones dentro de la presente acción.

- **Frente a la procedencia de la acción de tutela en el asunto sub judice.**

Respecto a los requisitos de procedencia, en cuanto a la legitimación por activa se acredita toda vez que la persona que directamente alega la supuesta afectación es quien promueve el presente mecanismo constitucional; a renglón seguido, las accionadas son las entidades directamente relacionadas con el derecho en cuestión. El requisito de inmediatez también se encuentra acreditado por cuanto, hay un tiempo prudencial entre la configuración de la vulneración y la interposición de la presente acción, pues la lista de elegibles en la cual se encuentra la accionante, ya se encuentra vencida, señalando que la señora Riápira interpuso la mentada acción antes de que dicha situación se configurará. Por otro lado, frente al requisito de subsidiariedad, el mismo se encuentra acreditado.

Si bien el legislador estableció un mecanismo ordinario para la defensa de los derechos en cuestión, esto es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativo, lo cierto es que dicho mecanismo no es eficaz ni idóneo para la satisfacción de las pretensiones de la accionante, pues como se señaló antes, la lista de elegibles en la cual se encuentra la señora Riápira ya se encuentra vencida, de tal manera que la accionante no puede acceder a dicho mecanismo en principio, pues aunque a través del mismo se pueda realizar una valoración integra y de fondo frente al problema jurídico planteado, el tiempo para resolver dicha controversia afecta directamente los derechos que derivan de la lista de elegibles, en especial para aquellos que ocuparon los primeros puestos, tal como se estableció en el estudio jurisprudencial realizado antes.

Por tanto, el presente mecanismo constitucional se encuentra habilitado como medio excepcional y transitorio para evitar el acaecimiento de un **perjuicio irremediable**, que en este caso es el vencimiento de la lista de elegibles. Ello implica que esto último será analizado por el Despacho más adelante a efecto de adoptar la decisión correspondiente.

- **Respecto del derecho de petición ante las accionadas.**

En síntesis, que constituye la vulneración a este derecho es: la falta de respuesta dentro del término establecido por la ley o la respuesta evasiva e incongruente de la entidad accionada, sin importar que la misma sea negativa o positiva; téngase en cuenta que el legislador, a través de la Ley 1755 de 2015 reglamentó el ejercicio del derecho de petición, inclusive, los términos para su respuesta. Con ocasión a la situación sanitaria generada por el Covid-19, dichos términos se ampliaron en algunos casos entre 30 y 35 días, según el Decreto 491 de 2020, el cual es aplicable a la CNSC como entidad autónoma de las ramas del poder público[7] y al SENA, como establecimiento público adscrito al Min. Trabajo.[8]

Conforme a la petición elevada ante la CNSC, se encuentra que la misma es acorde a lo solicitado por la jurisprudencia constitucional, por ser clara, congruente y de fondo, pese a que la misma no sea favorable a los intereses de la accionante, tal como se consigna en respuesta del 21 de agosto del año en curso, la cual también se hace de manera genérica a varias personas que elevaron petición en el mismo sentido que la accionante.

Por otra parte, frente al SENA, en principio no era posible establecer si la respuesta otorgada cumple o no con los lineamientos constitucionales referentes al derecho de petición, por cuanto, en los anexos allegados no se encontraba la respuesta de la petición en mención. Con ocasión a la primera decisión emanada por este Despacho, se protegió dicho derecho, por tanto la accionada emitió respuesta a la petición de la accionante; una vez revisada, se observa que la misma cumple con los requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional, por tanto, declarará que en el presente asunto se configuró el fenómeno de carencia actual del objeto por hecho superado, ya que la accionada SENA realizó los trámites necesarios para frenar la vulneración del derecho de petición de la señora Riápira.

- **En cuanto al uso de la lista de elegibles y las pretensiones derivadas de ello.**

La accionante en escrito de tutela reprocha que el SENA y la CNSC, en medio de una interpretación errónea no den uso a la lista de elegibles vigente para proveer empleos dentro

[7] Ley 909 de 2004.
[8] Ley 119 de 1994.

del SENA, aunque sean posteriores a la convocatoria a la cual participó. Por lo anterior solicita que se efectúe su nombramiento en alguno de esos empleos en aplicación de dicho criterio, teniendo en cuenta que ocupó el tercer lugar en la lista de elegibles. Para sostener su interpretación frente a la aplicación de la Ley 1960 de 2019, se sustenta en varias sentencias de distintos tribunales del país, que decidieron frente al tema en situaciones similares a la esgrimida dentro de la presente acción.

Frente a lo anterior, este Despacho en oportunidades pasadas ya se ha pronunciado frente al tránsito normativo provocado por la Ley 1960; sin embargo, en ellos no se tuvo en cuenta la posición de la Corte Constitucional por cuanto la sentencia que establece las reglas de interpretación es posterior a dichos casos, al igual que la mayoría de las sentencias que reseña la parte accionante. Por ello, se acogerá el mismo para la solución al caso específico.[9]

En el análisis jurisprudencial anteriormente reseñado se estableció que por regla general la vigencia de la ley es a partir de su expedición sin efectos retroactivos; como excepción está la retrospectividad frente a aquellas personas que conforman la lista de elegibles pero no ocuparon ninguna de las vacantes a las cuales aspiraron, es decir, para aquellos que tienen una mera expectativa de ocupar algún cargo dentro de la entidad a la cual se presentaron, siempre y cuando se cumplan los supuestos logísticos para acceder a alguno de esos cargos. De conformidad con lo anterior, el señor Oscar Daniel Carvajal Clavijo, quien ocupó el primer puesto dentro de la convocatoria, ostenta un derecho adquirido además de ocupar la única vacante ofertada; por tanto, frente a él no hay lugar a la aplicación a las disposiciones emanadas a partir de la Ley 1960 de 2019. Por otro lado, Bibiana Cuadrado, Amanda Riápira, Juan Carlos Castro y Kelly Johanna Sánchez ocuparon las demás plazas dentro de la lista de elegibles, a quienes les es aplicable la Ley 1960 de manera retrospectiva, pues ostentan una **expectativa** de ser nombrados siempre y cuando se cumplan los supuestos para ello.

La lista de elegibles señalada en la Resolución 20182120191535 del 24 de diciembre de 2018, quedó en firme antes de la entrada en vigencia de la Ley 1960, a través de las reglas establecidas por la CNSC; téngase en cuenta que ese criterio solamente aplica para los *mismos empleos* y no para aquellos que son equivalentes:

> ***ARTÍCULO 2.2.11.2.3. Empleos equivalentes.*** *Se entiende que un cargo es equivalente a otro cuando tienen asignadas funciones iguales o similares, para su desempeño se exijan requisitos de estudio, experiencia y competencias laborales iguales o similares y tengan una asignación básica mensual igual o superior, sin que en ningún caso la diferencia salarial supere los dos grados siguientes de la respectiva escala cuando se trata de empleos que se rijan por la misma nomenclatura, o el 10% de la asignación básica cuando a los empleos se les aplique nomenclatura diferente.* (Decreto 1227 de 2005, art. 89 modificado por el art. 1 del Decreto 1746 de 2006)
>
> ***MISMO EMPLEO.*** *Se entenderá por "mismos empleos", los empleos con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, mismos requisitos de estudio y: 1. Vacantes generadas por modificación de planta, o por las causales del artículo 41 de la Ley 909 de 2004. 2. 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.*

De lo anterior, se establece que las listas de elegibles que quedaron en firme antes de la vigencia de la Ley 1960 de 2019, podrán ser usadas para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad al proceso de selección siempre y cuando correspondan a los **mismos empleos,** es decir, con las especificaciones establecidas en la norma citada antes. Por otro lado, en los procesos adelantados a partir de la vigencia de la Ley 1960, el proceso de selección debe ser adecuado para que la lista de elegibles sea utilizada para cubrir no solamente las vacantes ofertadas, sino aquellas vacantes que surjan posteriormente y que correspondan a los **mismos empleos** o **empleos equivalentes**.

[9] Corte Constitucional, sentencia SU-354 de 2017.

Así las cosas, se concluye que la accionante se encuentra cubierta por la Ley 1960 a partir de su aplicación retrospectiva y por ostentar una expectativa frente a la lista de elegibles en la cual se encuentra. Sin embargo, como dicho acto administrativo quedó en firme antes de la entrada en vigencia de la Ley 1960 (15 de enero de 2019), los supuestos analizados, solamente le aplican frente a los **mismos empleos** que surjan con posterioridad a la vacante a la cual se presentó, **siempre y cuando se desarrolle la logística administrativa y financiera para proveer las vacantes**. Por ello, la pretensión en la cual busca ser nombrada en la entidad en un cargo equivalente, será descartada de plano, ya que no es el contexto que le aplica a la señora Riápira.

Aclarada la situación que le corresponde a la accionante, debe establecerse si le asiste el derecho a ser nombrada en el *mismo empleo* frente a las vacantes que surgieron con posterioridad. De lo cual debe indicarse que de las pruebas que reposan en el expediente, no hay evidencia alguna de la existencia de las vacantes posteriores a las cuales pueda aplicar la accionante, pues estas ni siquiera han iniciado el respectivo proceso administrativo y financiero establecido en la Circular 001 de 2020: i. solicitar la respectiva apertura del OPEC, ii. crear un nuevo registro de las vacantes a ofertar y iii. tramitar la autorización de la lista de elegibles, indicando que deben corresponder a los mismos empleos, es decir, misma denominación, código, grado, funciones y asignación salarial.

A diferencia de otras decisiones adoptadas por este Despacho frente a garantizar el debido proceso y transparencia dentro de los procedimientos que ya se encontraban en curso por parte de otras entidades nominadoras y la CNSC: en el presente asunto solamente existen comunicaciones entre las accionadas respecto al uso de la lista de elegibles para proveer empleos temporales. Pese a ello, y como se dijo antes, no es posible determinar si existen dichos empleos y si las entidades han nombrado a partir del uso de la lista de elegibles, ni mucho menos establecer cuales vacantes de las más de mil OPEC de la convocatoria 436 de 2017[10] para el cargo de Instructor – Código 3010, Grado 01, se encuentran en estado desierto, que correspondan al mismo empleo y que puede acceder la señora Riápira.

Por último, téngase en cuenta que este Despacho no puede dar una aplicación integra a los precedentes reseñados por la parte accionante, por dos razones principalmente: La primera, es que ninguno de ellos ostenta la calidad de superior jerárquico de este Despacho, que permita, en obediencia de dicho criterio, la aplicación directa de sus sentencias. El segundo, es que dichas decisiones fueron dictadas con anterioridad a la sentencia **T-340 de 2020,** es decir, no se aplicó el criterio ordenado por la Corte Constitucional frente al tránsito normativo provocado por la Ley 1960, pues al existir un vacío en la materia, desde la jurisprudencia de otros tribunales y juzgados se buscó una solución a tal planteamiento, a partir de principios de interpretación lo cual generó diversas tesis al respecto. Aunado a ello, debe resaltarse que muchas de las decisiones allí consignadas, se respaldaron en el Acuerdo 562 de 2016 (El cual fue derogado por el Acuerdo 165 de 2020) y en la posibilidad de efectuar nombramientos en cargos equivalentes o con similitud funcional, como se refleja en la Resolución 10303 del 20 de octubre de 2020, la cual afecta a la accionante pues dicha protección constitucional le fue extendida, donde se expresa que no existen empleos con similitud funcional a la OPEC 60639, a la cual pertenece la accionante. Tesis que el Despacho no acoge, según lo expuesto en párrafos anteriores.[11]

Como quiera que, el perjuicio que se alega, no se encuentra probado ya que la accionante ostenta una expectativa frente a un nombramiento que puede darse eventualmente bajo las características descritas antes, se declarará improcedente la pretensión relativa al nombramiento de la señora Riápira en un *mismo empleo,* dentro del cargo de Instructor – Código 3010, Grado 01, por las razones señaladas. Frente a la pretensión de ser nombrada

[10] Consulta OPEC, Convocatoria 436 de 2017. https://www.cnsc.gov.co/index.php/consulte-opec-436-de-2017-servicio-nacional-de-aprendizaje-sena

[11] https://etbcsj.sharepoint.com/sites/juzlaboral33bta/Documentos%20compartidos/Forms/AllItems.aspx?id=%2Fsites%2Fjuzlaboral33bta%2FDocumentos%20compartidos%2FTUTELAS%20DIGITALES%2F2020%2000371%20CARRERA%20ADTIVA%2F2020%2000371%20PARA%20COMPARTIR%2F22%2E%20RESOLUCI%C3%93N%20DEL%2022%20DE%20OCT%2020%20ACCIONANTE%2Epdf&parent=%2Fsites%2Fjuzlaboral33bta%2FDocumentos%20compartidos%2FTUTELAS%20DIGITALES%2F2020%2000371%20CARRERA%20ADTIVA%2F2020%2000371%20PARA%20COMPARTIR

en un *cargo similar o equivalente*, la misma se negará principalmente por ser una situación ya decidida a través de la protección constitucional efectuada por el Juzgado Veintidós (22) Civil del Circuito de Bogotá, dentro de las acciones de tutela 2019 00727, 2019 00728 y 2019 00729 y por las razones expuestas anteriormente, frente a la aplicación retrospectiva de la norma.

V. DECISIÓN

En razón y mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TREINTA Y TRES LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO: **DAR POR SUPERADO** el hecho objeto de la presente acción, frente al derecho fundamental de **PETICIÓN,** por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia, frente a la accionada **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA.**

SEGUNDO: **NEGAR EL AMPARO** invocado por **AMANDA RIÁPIRA BELTRÁN**, frente al **DERECHO DE PETICIÓN,** ante la accionada **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC,** de conformidad con la parte considerativa de esta sentencia.

TERCERO: **DECLARAR IMPROCEDENTE**, la pretensión relativa al nombramiento y posesión de la accionante dentro de las vacantes referentes al empleo denominado Instructor – Código 3010, Grado 01, de la OPEC No. 60639, respecto al **mismo empleo** para cargos que surjan con posterioridad a la convocatoria, pero por las razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia.

CUARTO: **NEGAR EL AMPARO** invocado, frente a la pretensión relativa al nombramiento y posesión de la accionante dentro de las vacantes referentes al empleo denominado Instructor – Código 3010, Grado 01, de la OPEC No. 60639, respecto a **empleos similares o equivalentes,** para cargos que surjan con posterioridad a la convocatoria, por los motivos señalados en la parte motiva de esta sentencia.

QUINTO: **NOTIFÍQUESE** a las partes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

SEXTO: **REMITIR** el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, en el evento de no ser impugnado el fallo; de lo contrario, deberá enviarse el expediente al Honorable Tribunal Superior de Bogotá.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JULIO ALBERTO JARAMILLO ZABALA
JUEZ