| ACCIÓN DE TUTELA NO. 110013105033 2021 00022 00 | | | |
|---|---|---|---|
| **ACCIONANTE** | Neila Yasmina Millán Cuero | **DOC. IDENT.** | 66.737.738 |
| **ACCIONADA** | CNSC y SENA | | |
| **DERECHO(S)** | DEBIDO PROCESO ADMIISTRATIVO, DIGNIDAD HUMANA, IGUALDAD, PETICIÓN, TRABAJO y ACCESO A CARGOS Y FUNCIONES PÚBLICAS VÍA MÉRITO. | | |
| **PRETENSIÓN** | 1. Que el **SENA** verifique en su planta global los empleos que cumplen con las características de equivalencia del empleo identificado con el código **OPEC No 58315** denominado **INSTRUCTOR, CÓDIGO 3010, GRADO 1,** al que concursó **NEILA YASMINA MILLÁN CUERO,** o los cargos que hayan sido declarados en vacancia definitiva en virtud de alguna de las causales de retiro del servicio; o que posterior a la fecha de la convocatoria No 436 de 2017 fueron declarados en vacancia definitiva y que al momento de la apertura de dicha convocatoria estaban provistos con personal en carrera administrativa; o con causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004. Lo anterior con estricto apego a los parámetros consignados en el artículo 2.2.11.2.3. del Decreto 1083 de 2015, los cuales deben estar reportados o ser actualizados en el mismo lapso de tiempo en el aplicativo sistema de apoyo para la igualdad, el mérito y la oportunidad (SIMO), y de hallarlos, solicitar ante la CNSC la lista de elegibles.<br>2. Que la **CNSC** provea con lista de elegibles los cargos equivalente a la OPEC 58315 con la denominación **INSTRUCTOR, CÓDIGO 3010, GRADO 1,** que hayan sido declarados en vacancia definitiva en virtud de alguna de las causales de retiro del servicio; o aquellos que posterior a la fecha de la convocatoria No 436 de 2017 fueron declarados en vacancia definitiva y que al momento de la apertura de dicha convocatoria estaban provistos con personal en carrera administrativa; o aquellos cargos para los causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004. Lo anterior con estricto apego a los parámetros consignados en el artículo 2.2.11.2.3. del Decreto 1083 de 2015.<br>3. Que el SENA expida el respectivo certificado de disponibilidad presupuestal por la suma que soporta el uso de la lista de elegibles, el cual deberá enviar dentro de las 48 horas siguientes a la CNSC, quien expedirá la autorización de uso de la lista de elegibles en otros tres días.<br>4. Que el estudio de equivalencias que se le realice al accionante se haga atendiendo los cinco (5) pasos establecidos por la Comisión Nacional de Servicio Civil mediante el referido CRITERIO UNIFICADO "USO DE LISTAS DE ELEGIBLES PARA EMPLEOS EQUIVALENTES" con fecha de sesión de 22 de septiembre de 2020.<br>5. Que la CNSC elabore la lista de elegibles dentro de los cinco (5) días siguientes al vencimiento para optar; y que una vez notificado y en firme dicho acto, lo remita dentro de los tres (3) días siguientes al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA quien deberá nombrar a la aspirante NEILA YASMINA MILLÁN CUERO, dentro de los cinco (5) días siguientes al recibo de las listas, siempre que se ubique en estricto orden de mérito que deberá respetarse. | | |

Bogotá D.C., seis (6) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

## A N T E C E D E N T E S

La señora **NEILA YASMINA MILLÁN CUERO**, 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 **DEBIDO PROCESO ADMIISTRATIVO, DIGNIDAD HUMANA, IGUALDAD, PETICIÓN, TRABAJO y ACCESO A CARGOS Y FUNCIONES PÚBLICAS VÍA MÉRITO**, 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 5.

Para fundamentar su solicitud, el accionante relata los siguientes:

**HECHOS.**

1. Que en cumplimiento de la Ley 909 de 2004, la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, 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.

**2.** 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. Que producto de la convocatoria, la CNSC expide la resolución de lista de elegibles No **20182120181115** del 24 de diciembre de 2018, para proveer cuatro (04) vacantes de la OPEC No **58315** con la denominación **INSTRUCTOR, CÓDIGO 3010, GRADO 1,** donde la accionante se encuentra ocupando el lugar número **QUINTO** de elegibilidad con **59.23** puntos definitivos en la convocatoria.

4. 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.

5. Que 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 de 2019, numeral 6°, impartieron instrucciones sobre la aplicación de Ley 1960 de 2019, a partir de su entrada en vigencia y en relación con los procesos de selecciona a los que aplica, así:

   *"(…) El artículo 7º de la Ley 1960 de 2019, prevé: "(…) la presente ley rige a partir de su publicación (…)", hecho que acaeció con la publicación realizada en el Diario Oficial No. 50997 del 27 de junio de 2019.*

   *Conforme con las etapas definidas en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004 y el precedente jurisprudencial, los procesos de selección existen jurídicamente desde el momento en que son aprobados por la Sala Plena de la CNSC, como consecuencia del agotamiento de la etapa previa de planeación y coordinación interinstitucional.*

   *Los procesos aprobados en sesión de Comisión hasta antes del 27 de junio de 2019, podrán ser modificados, corregidos o aclarados en cualquiera de sus aspectos en los términos de la normatividad que se encontraba vigente antes de la expedición de la Ley 1960 de 2019.*

   *Con fundamento en lo antes citado, los procesos de selección aprobados antes del 27 de junio de 2019 se regirán por el artículo 29 de la Ley 909 de 2004 vigente antes de su modificación. (…)"*

   Lo anterior, en concordancia con el **Principio de Ultractividad** de la Ley, mismo que en la doctrina de la Corte Constitucional, Sentencia C-763 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería, fue enunciado en los términos que a continuación se exponen:

6. Que la firmeza de la lista de elegibles está a partir de enero de 2019 y ya venció, específicamente el 14 de enero de 2021, sin que se le haya dado la posibilidad de un USO de Lista de Elegibles, lo cual no es una potestad de la entidad sino un deber legal, con lo cual considera vulnerados sus 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 Y EL PRINCIPIO DE INESCINDIBILIDAD DE LA NORMA RESPECTO A LA LEY 1960 DE 2019.

7. Que, varios de los cargos ofertados y no ofertados en la convocatoria 436 de 2017, **NO** fueron provistas por parte de la CNSC y el SENA, tratándose de un deber legal y no de una potestad por parte de las mencionadas entidades.

8. Que, habiendo superado los exámenes y las condiciones de actitud para el cargo concursado, debía habérsele 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.

9. Que actualmente la accionante se encuentra como elegible para un cargo con la Denominación INSTRUCTOR, CODIGO 3010, GRADO 1, lo que le da derecho a que se le nombré en un cargo similar al que se presentó.

10. Que en ningún momento la CNSC y 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.

11. Que el SENA, el 17 de junio de 2020 expidió un reporte con 170 vacantes nuevas de las denominaciones Profesional, Instructor, técnico, secretario y auxiliar administrativo, con las que, a su criterio no cuentan con listas de elegibles con las cuales se pueda hacer Uso de lista de elegibles para dar aplicación a la Ley 1960 de 2019.

12. Que, dentro de las vacantes reportadas en el punto anterior en ningún momento hace mención al perfil de los cargos ni a su núcleo básico del conocimiento ni a su eje temático.

13. Que, dentro de las vacantes reportadas en el punto DÉCIMO SÉPTIMO se encuentran las siguientes vacantes no ofertadas con la Denominación de INSTRUCTOR 3010 grado 1:

| No. | Dependencia | Denominación | Grado | Vacantes | IDP |
|---|---|---|---|---|---|
| 1 | Antioquia - centro de servicios y gestión empresarial | Instructor | 1 | 1 | 1038 |
| 2 | Antioquia - centro tecnológico del mobiliario | Instructor | 1 | 1 | 895 |
| 3 | Antioquia - centro textil y de gestión Industrial | Instructor | 1 | 1 | 8986 |
| 11 | Antioquia- centro para el desarrollo del hábitat y la construcción | Instructor | 1 | 1 | 780 |
| 12 | Antioquia- centro tecnológico del mobiliario | Instructor | 1 | 1 | 881 |
| 17 | Atlántico - centro de comercio y servicios | Instructor | 1 | 1 | 8014 |
| 18 | Atlántico - centro para el desarrollo Agroecológico y agroindustrial | Instructor | 1 | 1 | 1402 |
| 19 | Atlántico - centro para el desarrollo agroecológico y agroindustrial | Instructor | 1 | 1 | 1407 |
| 20 | Atlántico - centro industrial y de aviación | Instructor | 1 | 1 | 1505 |
| 23 | Atlántico- centro nacional Colombo Alemán | Instructor | 1 | 1 | 2626 |
| 29 | Bolívar - centro de comercio y servicios | Instructor | 1 | 1 | 2345 |
| 32 | Bolívar- centro para la industria petroquímica | Instructor | 1 | 1 | 3534 |
| 35 | Boyacá- centro de desarrollo Agropecuario Y agroindustrial | Instructor | 1 | 1 | 3742 |
| 36 | Boyacá- centro de desarrollo Agropecuario Y agroindustrial | Instructor | 1 | 1 | 3758 |
| 37 | Boyacá-centro de desarrollo agropecuario y agroindustrial | Instructor | 1 | 1 | 3738 |

| | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|
| 39 | Boyacá-centro industrial de mantenimiento y manufactura | Instructor | 1 | 1 | 3822 |
| 40 | Caldas - centro de comercio y servicios | Instructor | 1 | 1 | 4002 |
| 41 | Caldas - centro de comercio y servicios | Instructor | 1 | 1 | 4011 |
| 42 | Caldas- centro de procesos industriales y construcción | Instructor | 1 | 1 | 9251 |
| 43 | Caldas- centro de procesos industriales y construcción | Instructor | 1 | 1 | 3974 |
| 49 | Caquetá - centro tecnológico de la amazonia | Instructor | 1 | 1 | 4046 |
| 50 | Casanare - centro agroindustrial y fortalecimiento empresaria | Instructor | 1 | 1 | 4152 |
| 51 | Cauca - centro de comercio y servicios | Instructor | 1 | 1 | 3126 |
| 55 | Cesar- centro agroempresarial | Instructor | 1 | 1 | 918 |
| 56 | Cesar- centro agroempresarial | Instructor | 1 | 1 | 1031 |
| 59 | Cesar-centro de operación y mantenimiento minero | Instructor | 1 | 1 | 2289 |
| 63 | Chocó- centro de recursos naturales, industria y biodiversidad | Instructor | 1 | 1 | 2760 |
| 75 | Cundinamarca-centro industrial y desarrollo empresarial de Soacha | Instructor | 1 | 1 | 3388 |
| 82 | Distrito capital - centro de formación en actividad física y cultura | Instructor | 1 | 1 | 3121 |
| 83 | Distrito capital - centro de formación en actividad física y cultura | Instructor | 1 | 1 | 3179 |
| 84 | Distrito capital - centro para la industria de la comunicación grafica | Instructor | 1 | 1 | 2540 |
| 86 | Distrito capital-centro de electricidad, electrónica y telecomunicaciones | Instructor | 1 | 1 | 8449 |
| 90 | Distrito Capital - Centro gestión mercados, logística y tecnologías de la información | Instructor | 1 | 1 | 7897 |
| 95 | Guajira - centro agroempresarial y acuícola | Instructor | 1 | 1 | 2431 |
| 103 | Huila-centro de desarrollo agroempresarial y turístico del huila | Instructor | 1 | 1 | 4690 |
| 104 | Huila-centro de desarrollo agroempresarial y turístico del huila | Instructor | 1 | 1 | 4692 |
| 110 | Magdalena-centro acuícola y agroindustrial de Gaira | Instructor | 1 | 1 | 3404 |
| 115 | Meta-centro de industria y servicios del Meta | Instructor | 1 | 1 | 5197 |
| 117 | Nariño-centro agroindustrial y pesquero de la costa pacifica | Instructor | 1 | 1 | 5329 |
| 119 | Nariño-centro internacional de producción limpia - lope | Instructor | 1 | 1 | 5353 |
| 120 | Norte de Santander- centro de formación para el desarrollo rural y minero | Instructor | 1 | 1 | 5482 |
| 123 | norte de Santander-centro de industria, empresa y los servicios | Instructor | 1 | 1 | 5451 |
| 124 | Putumayo- centro agroforestal y acuícola arapaima | Instructor | 1 | 1 | 4080 |
| 125 | Quindío- centro agroindustrial | Instructor | 1 | 1 | 7872 |
| 128 | Quindío-centro de comercio industria y turismo | Instructor | 1 | 1 | 5731 |
| 131 | Risaralda - centro comercio y servicios | Instructor | 1 | 1 | 5923 |
| 133 | Risaralda-centro de diseño e innovación tecnológica industrial | Instructor | 1 | 1 | 5873 |
| 134 | Risaralda-centro de diseño e innovación tecnológica industrial | Instructor | 1 | 1 | 8850 |
| 137 | Santander - centro atención sector agropecuario | Instructor | 1 | 1 | 6058 |
| 141 | Santander- centro de servicios empresariales y turísticos | Instructor | 1 | 1 | 6206 |
| 145 | Santander- centro de servicios empresariales y turísticos | Instructor | 1 | 1 | 7351 |
| 146 | Santander- centro industrial de mantenimiento integral | Instructor | 1 | 1 | 7887 |
| 149 | Santander-centro industrial del diseño y la manufactura | Instructor | 1 | 1 | 7723 |
| 156 | Tolima-centro de industria y construcción | Instructor | 1 | 1 | 6408 |
| 159 | Valle- centro de diseño tecnológico industrial | Instructor | 1 | 1 | 7193 |
| 163 | Valle-centro agropecuario de Buga | Instructor | 1 | 1 | 1550 |
| 165 | Valle-centro de biotecnología industrial | Instructor | 1 | 1 | 7376 |
| 167 | Valle-centro de gestión tecnológica de servicios | Instructor | 1 | 1 | 6756 |
| 168 | Valle-centro náutico pesquero de Buenaventura | Instructor | 1 | 1 | 7036 |
| 169 | Valle-centro náutico pesquero de Buenaventura | Instructor | 1 | 1 | 7047 |
| 170 | Valle-centro náutico pesquero de Buenaventura | Instructor | 1 | 1 | 7097 |

14. Que, los cargos mencionados en el punto anterior, presentan similitud funcional con el cargo al cual me presenté en la convocatoria con la denominación INSTRUCTOR 3010 grado 1.

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

**INTERVENCIÓN DE LAS ACCIONADAS**

Admitida la tutela, de ella se dio traslado a la entidad accionada a fin de que ejerciera el derecho de defensa, solicitándole informara sobre las **pretensiones del (la) accionante,** frente a lo cual allegaron respuesta en los siguientes términos:

**Respuesta de la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC:**

Mediante escrito allegado vía correo electrónico, la accionada menciona:

> *"(…) no resulta procedente el uso de listas solicitado por la accionante, para la conformación de nuevas vacantes, pues con ellos se le estaría dado aplicación a la **Ley 1960 de 2019** de manera retrospectiva, toda vez que la Convocatoria Nro. 436 de 2017 - SENA, inició con la expedición del Acuerdo No. **20171000000116 del 24 de julio de 2017**, es decir con anterioridad a la entrada en vigencia de la mencionada ley, encontrándose en consecuencia bajo su amparo o efecto.*
>
> *La aplicación **"retrospectiva"** de la Ley 1960 de 2019, no es posible como quiera que ello contraviene lo dispuesto en los artículos 52 y 53 de la Ley 4 de 1913, normas que claramente establecen que la Ley sólo rige para las situaciones de hecho ocurridas con posterioridad a la fecha de su promulgación, entendiendo por esta, su inserción en el Diario Oficial.*
>
> *Bajo ese entendido, tenemos que **el artículo 7 de la Ley 1960 de 2019 dispone que esta "rige a partir de su publicación",** lo cual ocurrió el 27 de junio de 2019, como consta en el Diario Oficial No. 50.997, por lo que solo puede regir hacia futuro, es decir, a procesos de selección o concursos que inicien con posterioridad a la referida fecha. Así lo ha confirmado la Corte Constitucional1.*
>
> *En relación con los efectos de la ley en el tiempo la regla general es la irretroactividad, entendida como el fenómeno según el cual la ley nueva rige todos los hechos y actos que se produzcan a partir de su vigencia.*
>
> *Así las cosas, como no se indicó en el texto de la Ley 1960 de 2019, que la misma era **retroactiva o retrospectiva**, esta sólo se puede aplicar a procesos de selección iniciados con posterioridad a su entrada en vigencia (27 de junio de 2019). **Si el legislador hubiese querido darle un efecto diferente así habría procedido, pero no corresponde al Juez de tutela sustituir al legislador, y menos sin siquiera cumplir la carga de argumentación suficiente de una excepción de inconstitucionalidad**. Es claro que no es procedente aplicar la retrospectividad de la Ley 1960 de 2019 al caso bajo estudio, en atención a que dicho fenómeno solo procede **"frente a situaciones que han estado gobernadas por una norma anterior, pero cuyos efectos jurídicos no se han consolidado al momento de entrar a regir la nueva disposición normativa"**, situación que no se da en el sub júdice, ya que nos encontramos frente a un hecho rotundamente consolidado, pues las etapas de la Convocatoria No. 436 de 2017 – SENA ya se encuentran agotadas.*
>
> *Es importante señalar que en cumplimiento a la mencionando norma, la CNSC y el Departamento Administrativo de la Función Pública -DAFP, a través de Circular Conjunta No. 20191000000117 de 29 de Julio de 2019, numeral 6°, impartieron instrucciones sobre la aplicación de Ley 1960 de 2019 a partir de su entrada en vigencia y en relación con los procesos de selección a los que aplica, así:*
>
> *Las Listas de Elegibles que adquirieron firmeza, así coma aquellas (listas de elegibles) expedidas coma consecuencia de una convocatoria aprobada con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, seguirán las reglas*

*previstas antes de la modificación de la Ley 909 de 2004 y las establecidas en los respectivos Acuerdos de Convocatoria.*

*De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos" 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 numero de OPEC.*

*Ante lo expuesto, se tiene 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".*

Por otro lado, en lo referente a la situación de la accionante en la convocatoria en comento, admite:

*La accionante se inscribió al proceso de selección para el empleo denominado Instructor, Grado 1, Código 3010, identificado con código OPEC No. 58315, del Área temática de GESTIÓN LOGÍSTICA, ocupando la **posición No. 5** en la Lista de Elegibles, adoptada mediante **Resolución No. CNSC 20182120181115 DEL 24/12/18**, para proveer **cuatro (4) vacantes** del empleo referido:*

**RESUELVE:**

**ARTÍCULO PRIMERO.- Conformar** la Lista de Elegibles para proveer **cuatro (4) vacantes** del empleo de carrera denominado **Instructor,** Código **3010,** Grado **1**, del Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA, ofertado a través de la Convocatoria No. 436 de 2017 - SENA, bajo el código OPEC No. **58315**, así:

| Posición | Tipo doc | Documento | Nombres | Apellidos | Puntaje |
|---|---|---|---|---|---|
| 1 | CC | 16512490 | SELVER | SANCHEZ GAMBOA | 78.38 |
| 2 | CC | 31603149 | SANDRA MILENA | MOSQUERA COPETE | 71.85 |
| 3 | CC | 79497072 | MILTON EZEQUIEL | RINCON ERAZO | 70.83 |
| 4 | CC | 32890068 | LILIANA | ARDILA ESTUPIÑAN | 66.09 |
| 5 | CC | 66737738 | NEILA YASMINA | MILLÁN CUERO | 59.23 |
| 6 | CC | 16488953 | JAVIER LUCIANO | OLAVE MUÑOZ | 57.49 |
| 7 | CC | 73109148 | ROY | MARTELO THORRENS | 57.08 |

***La mencionada lista de elegibles fue publicada el día 04/01/19 y cobró firmeza el día 15/01/19*** *(…)*

| Actos BNLE | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| No. Acto Administrativo | Fecha del Acto Administrativo | Fecha de Publicación | Observaciones | Fecha de Firmeza | Fecha de Publicación Firmeza | Fecha de Vencimiento |
| 20182120181115 | 24/12/18 | 04/01/19 | CONFORMA LE | 15/01/19 | 15/01/19 | 14/01/21 |

*Con relación al uso de listas, el numeral 4° del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, vigente para cuando se realizó el concurso, que establecía que con las listas de elegibles "en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso", no otras.*

*Realizadas las precisiones a que hubo lugar y consultado el Sistema de Apoyo para la Igualdad el Mérito y la Oportunidad – SIMO se constató que durante la vigencia de la lista **el Servicio Nacional de Aprendizaje no reporto vacante adicional a las ofertadas** en el marco de la convocatoria, que cumpliesen con el criterio de mismos empleos.*

*Aunado a lo anterior, una vez 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 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 meritoria de conformidad con el número de vacantes ofertadas, por tanto las vacantes ofertadas se presumen provistas con los elegible ubicados de la posición uno (1) a la cuatro (4).*

*Asimismo, se corroboró que la señora **NEILA YASMINA MILLÁN CUERO ocupó la posición cinco (05),** en la lista de elegibles conformada mediante Resolución Nro. 20182120181115 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 esto por lo que la señora **NEILA YASMINA MILLÁN CUERO** se encontraba sujeta no solo a la vigencia si no al tránsito habitual de las listas de elegibles cuya movilidad pende de las situaciones administrativas que pueden ocasionar la generación de vacantes definitivas en la entidad.*

*Corolario 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 perdida de ejecutoria**, así como por no encontrarse solicitud de autorización de uso de la lista para proveer vacante alguna de conformidad con lo reportado con la entidad." (Negrilla y subrayado del texto original)*

En consecuencia, solicita sea declarada improcedente la presente acción, toda vez que no existe vulneración alguna a los derechos fundamentales de la accionante por parte de la CNSC.

**Respuesta del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA:**

En respuesta elevada ante este Despacho, manifestó la accionada:

*En el caso que nos ocupa, la accionante tiene otros medios de defensa judicial contra las decisiones tomadas por el SENA o la CNSC, las cuales se expresan en actos administrativos y que el mismo aporto como prueba con el escrito de tutela, por lo cual debería demandar dichas decisiones, en este caso la acción judicial corresponde a los medios de control en la jurisdicción contenciosa administrativa, establecidos en la Ley 1437 de 2011.*

*O si lo debatido consiste en la aplicación de la Ley 1960 de 2019, el mecanismo judicial principal es la acción de cumplimiento.*

*Así mismo, cuenta con la posibilidad de solicitar ante la jurisdicción contenciosa administrativa como medida cautelar la suspensión de los actos administrativos que considera fueron ilegales o inconstitucionales (...)*

*La Corte Constitucional dentro de las excepciones que establece al principio de residualidad y subsidiariedad planteó, que es procedente la acción de tutela cuando se evidencie un perjuicio irremediable, el cual ha definido así "La*

*irremediabilidad del perjuicio, implica que las cosas no puedan retornar a su estado anterior, y que sólo pueda ser invocada para solicitar al juez la concesión de la tutela como "mecanismo transitorio" y no como fallo definitivo, ya que éste se reserva a la decisión del juez o tribunal competente. Es decir, se trata de un remedio temporal frente a una actuación arbitraria de autoridad pública, mientras se resuelve de fondo el asunto por el juez competente."*[4]

***Es de anotar que la accionante, pese a que invoca la procedencia de la tutela con la finalidad de evitar un perjuicio irremediable, no solicito una protección transitoria, ni probó o se esforzó por aportar algún material probatorio para demostrar que en este caso hay algún perjuicio irremediable que se deba tutelar (…)***

*En suma, dentro de la presente acción de tutela, no se encuentra probado el requisito, de que la accionante se encuentre en un perjuicio irremediable.*

*Lo anterior, por cuanto la valoración del perjuicio irremediable, en tanto riesgo de afectación negativa, jurídica o fáctica a un derecho fundamental exige que concurran los siguientes elementos (T 808-2010, T956-2014). Por una parte, debe ser cierto, es decir que existan fundamentos empíricos que permitan concluir que el riesgo que se pretende evitar sí puede ocurrir dentro del contexto fáctico y jurídico del caso. En otros términos, debe existir "plena certeza y convicción de la amenaza o vulneración del derecho invocado" (T-471-2017). Además, la certeza del riesgo debe tener una alta probabilidad de ocurrencia; no puede tratarse de una simple conjetura hipotética o una simple percepción del solicitante. De la misma forma, el riesgo debe ser inminente, o sea, que "está por suceder en un tiempo cercano, a diferencia de la mera expectativa ante un posible menoscabo" (T 471-2017)."*

En consecuencia, solicita negar por improcedentes o denegar las pretensiones de la accionante por falta de vulneración de los derechos fundamentales de la accionante.

## ACTUACIONES ADICIONALES

Mediante proveído del 21 de septiembre de 2021, el Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, decretó la nulidad de la sentencia emitida por este despacho y ordenó la vinculación de las personas que integran, junto a la accionante, la lista de elegibles para proveer la vacante del empleo de carrera denominado INSTRUCTOR Código 3010, Grado 1 del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, OFERTADO A TRAVÉS DE LA Convocatoria No. 436 de 2017, bajo el Código OPEC No. 58315 del Acuerdo No. 2017000000116 del 24 de julio de 2017, a fin de que se pronuncien respecto de la misma.

En cumplimiento de lo ordenado por el superior, el despacho procedió a vincular a las personas mencionadas mediante auto del 22 de septiembre de 2021 y se ordenó al SENA notificarlas personalmente, lo cual acreditó mediante correo electrónico anexo al expediente digital, no obstante, todas guardaron silencio.

## PROBLEMA JURÍDICO.

Corresponde al despacho determinar si existe violación a los derechos fundamentales de **DEBIDO PROCESO ADMIISTRATIVO, DIGNIDAD HUMANA, IGUALDAD, PETICIÓN, TRABAJO y ACCESO A CARGOS Y FUNCIONES PÚBLICAS VÍA MÉRITO** del (la) accionante, tal y como lo plantea en el escrito de tutela.

Así mismo, es del caso establecer si es la Acción de Tutela el mecanismo idóneo para resolver la solicitud de **NEILA YASMINA MILLÁN CUERO** respecto de sus derechos fundamentales.

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. 1°. 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 2° 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.

### PROCEDENCIA DE 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.

## DEL DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA

LA Honorable Corte constitucional, en sentencia C 147 de 2017, explica de manera certera el alcance de este derecho fundamental y los aspectos que la conforman, en los siguientes términos:

> *"****La dignidad humana y sus dimensiones.***
>
> *5. El artículo 1° de la Carta, consagra que* ***la dignidad humana*** *justifica la existencia del Estado y en razón a su naturaleza de valor Superior y principio fundante,* ***exige el reconocimiento a todas las personas del derecho a recibir un trato acorde a su naturaleza humana****. En ese sentido, constituye uno de los fundamentos del ordenamiento jurídico, pues es un pilar determinante para el Estado Social de Derecho, la democracia constitucional y los derechos humanos y fundamentales en términos generales*[2]*.*
>
> *De esta manera,* ***en sentencia C-143 de 2015, la Corte reiteró que el derecho a la dignidad humana debe entenderse bajo dos (2) dimensiones****: a partir de su objeto concreto de protección y con base en su funcionalidad normativa.*
>
> *En relación con el primero, este Tribunal ha identificado tres (3) lineamientos claros y diferenciables:*
>
> *i) La dignidad humana como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características;*

[1] Corte Constitucional, sentencia SU-913 de 2009.
[2] Sentencia C-143 de 2015 M.P. Luís Ernesto Vargas Silva.

*ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia; y*

*iii) La dignidad humana como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, de la integridad física y moral o, en otras palabras, la garantía de que los ciudadanos puedan vivir sin ser sometidos a cualquier forma de trato degradante o humillante.*

*De otro lado, al tener como punto de vista la funcionalidad de la norma, este Tribunal en la mencionada providencia, identificó tres (3) expresiones del derecho a la dignidad:*

*i) Es un valor fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado;*

*ii) Constituye un principio constitucional; y*

*iii) También tiene la naturaleza de derecho fundamental autónomo.*

*De igual manera, esta Corporación consideró que la consagración constitucional del principio de la dignidad humana impone el deber de un trato especial hacia el individuo, ya que la persona es un fin para el Estado, por lo que todos los poderes públicos deben asumir una carga de acción positiva para maximizar en el mayor grado posible su efectividad.*

*6. En resumen, **el derecho a la dignidad humana implica garantizar las condiciones necesarias para una existencia materialmente apropiada y acorde con el proyecto de vida que cada ciudadano le imprime a su devenir**, por lo que existe un mandato imperativo de las autoridades públicas y de los particulares, para que adopten las medidas necesarias de protección indispensables para salvaguardar los bienes jurídicos más preciados para el Estado, especialmente, para otorgar a la persona un trato acorde a su condición deontológica.*

**DEL 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).

**DEL DERECHO AL TRABAJO**

En reiterada jurisprudencia, la Corte Constitucional ha señalado que el derecho al trabajo tiene una doble dimensión: individual y colectiva, reconocida en la Constitución. El aspecto individual se refiere a la facultad que tiene toda persona de elegir y ejercer profesión u oficio en condiciones dignas y justas. En la dimensión colectiva implica un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo porque de lo contrario el ejercicio del derecho al trabajo se convierte en una simple expectativa.

Ahora bien, de manera más específica, en lo relacionado con la protección del mismo, ésta Corte ha indicado desde la sentencia T 611 de 2001:

> *La interpretación legal propia de la justicia ordinaria tiene como objetivo la resolución de un caso, de una contradicción o disparidad entre trabajador y empleador. La valoración jurídica se realiza especialmente mediante la aplicación de reglas que pretenden definir inequívocamente los derechos y obligaciones derivados de una relación contractual en el que prima el ejercicio de la voluntad de las partes. Si bien existen derechos inalienables del trabajador la potestad de negociación continúa desempeñando un papel decisivo en la definición de derechos y obligaciones intrínsecas a la actividad laboral y productiva de una empresa. Ese conjunto de derechos y obligaciones constituye el marco de interpretación del juez laboral allí, deben resolverse las diferencias o propiciar el acuerdo entre las partes. Si el sistema de reglas que define la relación contractual laboral se agota y se llega a una situación de duda, el sistema posee una cláusula de cierre en la que toda duda se resuelve a favor del trabajador.*
>
> *La interpretación constitucional recae sobre un objeto de mayor complejidad el derecho al trabajo como uno de los valores esenciales de nuestra organización política, fundamento del Estado social de derecho, reconocido como derecho fundamental que debe ser protegido en todas sus modalidades y asegurar el derecho de toda persona al*

*desempeño en condiciones dignas y justas, así como los principios mínimos fundamentales a los que debe sujetarse el legislador en su desarrollo y la obligación del Estado del desarrollo de políticas de empleo hacen del derecho al trabajo un derecho de central importancia para el respeto de la condición humana y cumplimiento del fin de las instituciones. La interpretación que surge de la dimensión constitucional descrita no persigue la solución de un conflicto o diferencia entre el trabajador y el empresario para hallar la solución correcta sino pretende, la definición de campos de posibilidades para resolver controversias entre derechos o principios fundamentales. La protección del derecho al trabajo desde la interpretación constitucional tiene el propósito de optimizar un mandato en las más altas condiciones de racionalidad y proporcionalidad sin convertirlo en el derecho frente al cual los demás deben ceder.*

**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.[3]

**DEL DERECHO DE 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*

[3] Corte Constitucional, Sentencia T-227 de 2019.

*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 lista de elegibles y los derechos adquiridos:**

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.[4]

**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

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

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 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."*

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***.[5] 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.[6]

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.[7] 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.

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

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia T 340 de 2020 expresa de manera enfática y certera:

> *"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, 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.[8]".***
>
> *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).

Así mismo, en esta sentencia T 340 de 2020, en la cual se estudia un asunto similar al aquí discutido, dentro del cual el juez de primera instancia negó el amparo y el Tribunal Administrativo de Santander revocó tutelando los derechos fundamentales del accionante a la igualdad y al trabajo ordenando el nombramiento de éste en periodo de prueba, la Corte manifestó:

> *"(…), por el cambio normativo y la consecuente variación de los supuestos fácticos y jurídicos que dieron origen a la acción de tutela y que hacen inaplicable el precedente de esta Corte al sub-examine,* ***se confirmará la orden de protección dictada por el Tribunal Administrativo de Santander el 3 de julio de 2019****, bajo el entendido que,* ***en aplicación de la Ley 1960 del año en cita, resultaba obligatorio utilizar la lista de elegibles*** *contenida en la Resolución No. 20182230073845 del 18 de julio de 2018, para proveer la vacante del cargo de Defensor de Familia, código 2125, grado 17, en el centro zonal de San Gil, regional Santander,* ***pues la misma tiene una aplicación retrospectiva e incluye la hipótesis que se alega por el actor****, más allá de que ella no haya sido invocada en la demanda de tutela, al haberse presentado el cambio normativo durante el desarrollo del proceso, circunstancia que no afecta su pretensión, ya que, como se dijo, la Corte ha admitido que esa solución legal garantiza el principio del mérito y asegura la realización de los principios economía, eficiencia y eficacia de la función pública, lo cual resulta claramente concordante con la reclamación realizada por el accionante.*
>
> *3.7.3. De acuerdo con lo expuesto el acápite 3.6 de esta providencia,* ***la Ley 1960 de 2019 modificó la Ley 909 de 2004, concretamente la regla referida al uso de las listas de elegibles vigentes, para permitir que con ellas también se provean las "vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad".***
>
> *Así las cosas,* ***el cambio normativo*** *surgido con ocasión de la expedición de la mencionada ley* ***aplica a la situación de las personas que ocupan un lugar en la lista de elegibles que excedía el número de vacantes ofertadas y por proveer****. Es decir que, si son las siguientes en orden y existe una lista vigente, en caso de producirse una vacante para ese empleo, aun*

[8] Consultado en: https://www.cnsc.gov.co/index.php/criterios-unificados-provision-de-empleos.

*cuando no haya sido ofertado,* ***tendrán derecho a ser nombradas en las vacantes definitivas que se vayan generando, de conformidad con lo dispuesto en la referida ley****. Sin embargo, en cada caso concreto, la entidad cuyas necesidades de personal se pretenden satisfacer mediante el concurso deberá realizar los trámites administrativos para reportar las vacantes definitivas de los cargos a la CNSC, así como los trámites financieros y presupuestales para poder hacer uso de las referidas listas.*

*De hecho, en este punto* ***debe recordarse que la misma Comisión Nacional del Servicio Civil modificó su postura en torno a la aplicación de la referida ley y dispuso que las listas de elegibles y aquellas que sean expedidas en procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán ser usadas durante su vigencia para cubrir las nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos"****. En este punto no sobra recordar que el pronunciamiento de dicha autoridad goza de un valor especial, por ser el organismo que, por mandato constitucional, tiene la función de administrar las carreras de los servidores públicos (CP. art. 130).*

**EL CASO EN CONCRETO.**

Teniendo en cuenta que la situación fáctica y jurídica no varió con la vinculación de los demás miembros de la lista de elegibles toda vez que ninguno se pronunció al respecto, procederá el despacho a emitir decisión de fondo en el mismo sentido que lo hizo en la sentencia que fue declarada nula, pues, como ya se mencionó, no existe circunstancia sobreviniente alguna que induzca al despacho a cambiar su posición.

**En cuanto al requisito de subsidiariedad**

Por otro lado, frente al requisito de subsidiariedad, el mismo se encuentra acreditado, toda vez que, 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 está a punto de perder su vigencia y adelantar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prolongaría excesivamente la vulneración de los derechos de la accionante en el tiempo, como lo mencionó la Corte Constitucional en la citada sentencia SU-913 de 2009.

**En cuanto al requisito de inmediatez**

Teniendo en cuenta que la lista de elegibles a la que perteneció la accionante perdió vigencia y ejecutoria el 14 de enero de 2021 y que la presente acción fue interpuesta el 22 de enero de 2021, como consta en acta de reparto visible en el expediente digital, para el despacho no se cumple con el requisito de inmediatez, máxime cuando, los 170 cargos que la accionante reclama como reportados por el SENA con posterioridad a la conformación de la lista de elegibles, para los cuales no fue tenida en cuenta, fueron informados a la CNSC en junio de 2020, esto es 7 meses antes de la interposición de la presente acción.

Así las cosas, se abstendrá el despacho de continuar con el estudio de las pretensiones de la accionante y declarará improcedente la presente acción por falta del requisito de inmediatez.

**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: DECLARAR IMPROCEDENTE**, la presente acción por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente providencia.

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

**TERCERO: 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, para que sea sometida a reparto entre los Magistrados de todas y cada una de las Salas que lo conforman.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

**JULIO ALBERTO JARAMILLO ZABALA**
**JUEZ**