



JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE FACATATIVÁ
CUNDINAMARCA

jo1cctofac@cendoj.ramajudicial.gov.co

Proceso: Acción de Tutela (primera instancia).
Accionante: Eliana Vásquez Bernal.
Accionadas: Servicio Nacional de Aprendizaje SENA y Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC.
Radicado: 252693103001-2020-000119-00

Facatativá – Cundinamarca, dieciséis (16) de diciembre de dos mil veinte (2020).

Al no observarse causal de nulidad que invalide lo actuado e impida pronunciamiento de fondo sobre el particular, procede el Despacho a proferir el fallo que en derecho corresponda dentro de la presente acción de tutela instaurada por la señora ELIANA VÁSQUEZ BERNAL contra el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA Y COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC.

PRETENSIONES

Solicita al Despacho se acceda a las siguientes pretensiones:

1. Se tutelen los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y al acceso al empleo público vulnerados por la Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC y el Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA.
2. Se ordene a las entidades accionadas que realicen los trámites administrativos pertinentes para que se autorice y use la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. CNSC 20182120140115 del 17 de octubre de 2018 respecto al cargo Profesional, Grado 2, identificado con el Código OPEC No. 60605.
3. Se ordene a la Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC que se oferten los empleos del cargo denominado Profesional Grado 2, identificado con el Código OPEC No. 60605, o con los empleos equivalentes o cargos equivalentes a los de la OPEC 60605, con el fin de optar por uno de ellos; de igual modo que se ordene al Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA que, una vez recibida la lista de elegibles de la Comisión, proceda a efectuar su nombramiento en una de las OPECS declaradas desiertas o que hayan quedado vacantes, o empleos cubiertos en provisionalidad, o por encargo.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones, se narró los siguientes:

HECHOS:

- 2.1. La accionante se inscribió en la Convocatoria 436 de 2017 de la CNSC, proceso destinado a proveer plazas ofertadas en concurso para el empleo Profesional Grado 2, de la OPEC 60605, para el SENA, cumpliendo con todos los requisitos y realizando todas las pruebas que formaban parte del proceso, logrando alcanzar el séptimo lugar, ahora el sexto lugar por la recomposición automática de las listas, con un puntaje de 61.16

Acción de Tutela (primera instancia): Eliana Vásquez Bernal - Servicio Nacional de Aprendizaje SENA y Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC 252693103001-2020-000119-00

2.2. El 27 de junio de 2019, se expidió la Ley 1960 del 2019, en cuyo artículo 6 se consignó: "El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así: "ARTICULO 31. El proceso de selección comprende: 1. (...) 2. (. . .) 3. (...) 4. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad"

2.3. Expresa que, el primero de agosto de 2019, la Comisión Nacional del Servicio Civil emitió un "Criterio unificado sobre las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 2019", a través del cual restringió la aplicabilidad en lo que respecta al uso de las listas de elegibles para proveer vacancias definitivas, especificando que la reforma legal sólo podía ser aplicada para proveer vacancias en las convocatorias a concurso de mérito realizadas con posterioridad de la entrada en vigencia de la citada ley. A continuación, el 16 de enero de 2020 la CNSC expide el *criterio unificado "uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019"* y revoca el anterior criterio unificado del 1 agosto de 2019.

2.4. Manifiesta la accionante que, existen por lo menos 27 fallos de Tutela de sentencias de segunda instancia de casos análogos, que han apoyado la aplicación con efecto retrospectivo de la Ley 1960 de 2019 en sus artículos 6 y 7, y que se apartan con sus decisiones de la aplicación del "*criterio unificado*" del 16 de enero de 2020.

2.5. Aduce que, para los nombramientos de las personas que están en lista de elegibles no están siendo tenidos en cuenta las personas que pueden ocupar empleos equivalentes, entre otros asuntos porque el acceso a los cargos públicos está siendo limitado por el *Criterio Unificado* de la CNSC del 16 de enero de 2020.

2.6. Indica que la Corte Constitucional en fallo reciente estableció un importante precedente jurisprudencial en su sentencia T-340 del 21 de agosto de 2020, fallo que determinó que la Ley 1960 de 2019 es de aplicación retrospectiva para las personas que están dentro de las listas de elegibles vigentes, en puestos diferentes al primero.

2.7. Por último, concluye que el SENA y la CNSC no reconocen que deben aplicar completamente lo establecido en el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, y se encuentran desconociendo la sentencia de la Corte Constitucional citada, que establece cómo debe aplicarse la Ley 1960 de 2019 en el tiempo, es decir con efecto retrospectivo.

TRÁMITE PROCESAL

3.1. La acción de tutela fue presentada el día 20 de octubre de 2020 y efectuado el reparto de rigor le correspondió a esta instancia judicial.

3.2. Mediante auto de la misma fecha se admitió la presente acción de tutela contra el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA Y COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC. De igual modo se ordenó vincular a la UNIVERSIDAD DE PAMPLONA en proveído de fecha 21 de octubre de 2020.

3.4. Así mismo, se corrió el traslado respectivo a las entidades accionadas para lo pertinente y se les advirtió que la omisión de dar respuesta en el término concedido les podía acarrear las responsabilidades establecidas en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991.



Acción de Tutela (primera instancia): Eliana Vásquez Bernal - Servicio Nacional de Aprendizaje SENA y Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC 252693103001-2020-000119-00

3.5. Se observó que, dentro del término de traslado conferido a las entidades accionadas, éstas contestaron la presente acción.

3.6. En fallo del 30 de octubre de 2020, este Despacho negó las pretensiones de la tutela, para lo cual la accionante presentó la respectiva impugnación el día 06 de noviembre de la presente anualidad, siendo concedida mediante auto del 09 de noviembre de 2020.

3.7. En pronunciamiento del 02 de diciembre de 2020, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca - Sala de Decisión Laboral, declaró la nulidad de la sentencia proferida, por no haberse vinculado como interesados a las personas que hacen parte de la lista de elegibles.

3.8. En auto adiado 03 de diciembre de 2020, este Despacho ordenó vincular a las personas que figuran en la resolución No. CNSC -20182120140115 del 17 de octubre de 2018, los señores Orlando Mesa Moreno, Lina Marcela Henao Vanegas, Elizabeth Lopera León, Sandra Yolanda Cortés Ramírez, Richard Bello Roncancio, Claudia Albornoz y Jazmín Helena Riaño Sánchez; así mismo se ordenó oficiar a la Comisión Nacional del Servicio Civil, para que por su intermedio se sirviera suministrar los correos electrónicos, teléfonos o direcciones donde se pudiera localizar a las personas antes citadas.

3.9. Únicamente la señora Elizabeth Lopera León se presentó al proceso solicitando se tuviera en cuenta como tercer interesado y coadyuvante en la tutela.

4. INFORME DEL SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA.

4.1. El SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA, en respuesta allegada por el coordinador del Grupo de Relaciones Laborales de la Secretaría General, expresa que se dio apertura la Convocatoria 436 de 2017, para proveer definitivamente los empleos vacantes del personal perteneciente al sistema general de carrera administrativa del SENA, y que esa convocatoria se realizó a través del Acuerdo No 20171000000116 del 24 de julio de 2017, estableciendo las reglas del concurso para proveer definitivamente esos empleos vacantes.

4.2. De acuerdo con la convocatoria No 436 de 2017, los aspirantes solamente podían inscribirse a un (1) empleo público, estableciéndose que cada OPEC era diferente, lo mismo que el número de vacantes ofertadas,

4.3. Como resultado de la anterior convocatoria, la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC, por medio de la Resolución No CNSC -20182120140115 del 17 de octubre de 2018 conformó la lista de elegibles para proveer una (01) vacante del empleo de carrera administrativa identificado con el código OPEC No 60605 denominado Profesional, Grado 2, ubicado en la Dirección General. En su artículo primero, la lista de elegibles se conformó con ocho (8) ciudadanos, encontrándose entre ellos la accionante en el séptimo (7) puesto, con un puntaje de 61.16.

4.4. La lista de elegibles, de conformidad con la Ley 909 de 2004, tendría una vigencia de dos (2) años, contados a partir de la fecha de su firmeza, por lo que en el evento en que las personas que ocuparon los primeros lugares no superaran el periodo de prueba o renuncien, se nombrará en los cargos el elegible en estricto orden de mérito de manera descendente.

4.5. De conformidad con el párrafo primero del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, la lista de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, durante su vigencia, solo pueden ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos.



4.6. Manifiesta que, cabe resaltar que los participantes en los concursos de méritos no ostentan un derecho adquirido a obtener un empleo público toda vez que sólo son titulares de una expectativa que, únicamente, se materializa cuando cumplen todos los requisitos legales y superen todas las etapas del proceso de selección, ya que es su posición meritatoria en una lista de elegibles la que le otorga a quien ocupa el primer lugar, el derecho a ser nombrado en el empleo para el cual concursó.

4.7. Indica que la CNSC, expidió el 1 de agosto de 2019, un “CRITERIO UNIFICADO” en relación con la aplicación de la lista de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019, explicando que esta ley solo es aplicable a los nuevos concursos de méritos que se adelanten, por lo que no afectaría la convocatoria 436 de 2017, explicando que los procesos de selección cuyos acuerdos de convocatoria fueron aprobados con posterioridad a la Ley 1960, serán gobernados en todas sus etapas por la mencionada ley, incluidas las reglas previstas para la lista de elegibles.

4.8. En consecuencia, el nuevo régimen conforme con el cual las listas de elegibles pueden ser utilizadas para proveer empleos equivalentes en la misma entidad únicamente es aplicable a las listas expedidas para los procesos de selección que fueron aprobados con posterioridad al 27 de junio y por esta razón, cobijado por la ley mencionada.

5. INFORME DE LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL –CNSC

5.1. En respuesta allegada, el asesor jurídico de la entidad accionada expresa que la acción de tutela carece de los requisitos constitucionales y legales necesarios para ser procedente, teniendo en cuenta que la inconformidad del accionante recae sobre las normas contenidas en el acuerdo reglamentario del concurso, frente a lo cual cuenta con un mecanismo de defensa idóneo para controvertir el acto administrativo, razón por la cual la tutela no es la vía propicia para cuestionar la legalidad de dichos actos administrativos.

5.2. Indica que, consultado el sistema de apoyo para la igualdad, el mérito y la oportunidad – SIMO, se logró corroborar que la señora ELIANA VASQUEZ BERNAL se presentó en la Convocatoria 436 de 2017 - SENA, para el empleo Profesional, grado 2, OPEC 4 No. 60605, quien agotadas las fases del concurso ocupó la posición No. 7 en la lista de elegibles conformada mediante la resolución No. CNSC –20182120140115 del 17 de octubre de 2019, para proveer una (1) vacante.

5.3. Que, para el empleo en mención se ofertó únicamente una (1) vacante, y los elegibles que adquirieron el derecho a ser nombrado en período de prueba para el cargo, fueron los aspirantes que ocuparon las primeras posiciones en la lista de elegibles, y, como la accionante ocupó la posición No. 7, es decir seis (6) vacantes por encima de los primeros lugares, no era posible que se realizara su nombramiento, como quiera que no ocupó una posición meritatoria en cuanto al número de vacantes ofertadas en el empleo; aclarándose que el empleo No. 60605 se encuentra provisto con los elegibles ubicados en la posición uno (1).

5.4. Por otro lado, señala que la competencia para el nombramiento y posesión de los servidores del SENA, recaen exclusivamente en el director de dicha entidad, no correspondiéndole a la Comisión interferir en esta facultad. La competencia de la CNSC frente a los procesos de selección está limitada a las fases de convocatoria, reclutamiento, aplicación de pruebas y conformación de listas de elegibles.



Acción de Tutela (primera instancia): Eliana Vásquez Bernal - Servicio Nacional de Aprendizaje SENA y Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC 252693103001-2020-000119-00

5.5. Aunado a lo anterior, la Comisión Nacional del Servicio Civil, el 16 de enero de 2020 profirió criterio unificado “uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019” el cual señala, que “(...) las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la oferta pública de empleos de carrera - OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los “mismos empleos”, teniéndose como mismo empleo, aquel con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, requisitos de estudio y experiencia, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes.

5.6. Con relación al criterio unificado, se establecieron las características que permitirían determinar la igualdad, mas no la equivalencia, de dos o más empleos y con base en ello, autorizar el uso de una lista de elegibles, actuación que está amparada bajo el marco normativo vigente para la época en que dio inicio el proceso de selección, no siendo aplicable la Ley 1960 de 2019. Así mismo, lejos de modificarse el concepto de empleo equivalente o de interpretarlo, lo que se hizo en ese criterio fue señalar la aplicación de la Ley 1960 de 2019 en el tiempo, esto respecto de los procesos de selección aprobados con anterioridad y posterioridad al 27 de junio de 2019.

5.7. Por último, concluye que la accionante ocupó la posición siete (7), en la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. 20182120140115 del 17/10/2019, por tanto, no alcanzó el puntaje requerido para ocupar la posición meritosa en la lista de elegibles para proveer el empleo en comento, ostentando frente a la misma una expectativa, encontrándose sujeta no solo a la vigencia si no al tránsito habitual de las listas de elegibles cuya movilidad depende de las situaciones administrativas que puedan ocasionar la generación de vacantes definitivas en la entidad.

6. INFORME DE LA UNIVERSIDAD DE PAMPLONA

6.1. El Director de la Oficina de Asesoría Jurídica de la Universidad de Pamplona manifestó que en el marco del Contrato No. 362 de 2017 suscrito con la Comisión Nacional del Servicio Civil, la Universidad de Pamplona sería el operador logístico del concurso abierto de méritos, en lo referente a las etapas de verificación de requisitos mínimos y aplicación de la prueba escrita de competencias básicas, funcionales y comportamentales correspondiente a la Convocatoria 436 del SENA, y que a la fecha ya se encuentra liquidado el mencionado contrato y las obligaciones para con la CNSC.

6.2. Expresa igualmente que, con ocasión de la liquidación del referido contrato, esa alma mater hace entrega formal a la CNSC, de todos y cada uno de los documentos, archivos, pruebas, bases de datos y demás instrumentos inherentes que se utilizaron para el desarrollo del proceso referido; por lo anterior solicita la desvinculación de la Universidad de Pamplona de la presente acción.

PRUEBAS

* Copia del Acuerdo de la “Convocatoria SENA 436 de 2017”

* Ley 1960 del 27 de junio de 2019 que modifica la ley 909 de 2004.

* Criterio Unificado "uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019", fechado 16 de enero del año 2020, CNSC.



Acción de Tutela (primera instancia): Eliana Vásquez Bernal - Servicio Nacional de Aprendizaje SENA y Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC 252693103001-2020-000119-00

* Circular Externa N° 0001 del 21 de febrero del año 2.020, mediante la cual, la Comisión Nacional del Servicio Civil, procede a impartir lineamientos en relación a reporte de nuevas vacantes y utilización de lista de elegibles.

* Decreto N° 498 del 30 de marzo del año 2020, por medio del cual el Departamento Administrativo de la Función Pública, modifica y adiciona el Decreto 1083 de 2015, Único Reglamentario del Sector de la Función Pública.

* Respuesta CNSC consulta uso listas SENA aclarando criterio unificado

* Documento compilatorio de la convocatoria pública 436 de 2017

* Resolución No. 10259 del 15 octubre de 2020 que acredita la personería jurídica para intervenir en nombre de la CNSC

* Resolución No. 20182120140115 del 17 de octubre de 2019, por medio de la cual se conforma una lista de elegibles.

CONSIDERACIONES:

COMPETENCIA

En los términos del artículo 86 de la Carta Política, del Decreto 2591 de 1991 y del Decreto 1983 de 2017, es competente este Juzgado para conocer de la presente acción de tutela.

PROBLEMA JURÍDICO

Debe el Juzgado decidir si en el caso puesto a consideración, se han vulnerado los derechos fundamentales de la parte accionante, toda vez que las entidades accionadas no han accedido a nombrarla en período de prueba, en el cargo para el cual ocupó el puesto No. 7 en la lista de elegibles.

MARCO JURISPRUDENCIAL

MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL:

1. La acción de tutela

1.1. La acción de tutela instituida en el artículo 86 de la Constitución Política, tiene como finalidad facilitar a las personas un mecanismo ágil, breve y sumario a fin de hacer respetar los derechos fundamentales constitucionales, cuando quiera que ellos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, siempre que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

1.2. Dicha acción es un medio procesal específico porque se contrae a la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales afectados de manera actual e inminente, siempre que éstos se encuentren en cabeza de una persona o grupo determinado de personas y conduce, previa solicitud, a la expedición de una declaración judicial que contenga una o varias órdenes de efectivo e inmediato cumplimiento, enderezados a garantizar su protección, con fundamento constitucional.

2. Procedencia Excepcional de la Acción de Tutela en materia De Concursos De Méritos.

2.1. En reiteradas ocasiones, la Corte Constitucional ha señalado que conforme al artículo 86 de la Carta Política, la acción de tutela es un medio de protección de carácter



Acción de Tutela (primera instancia): Eliana Vásquez Bernal - Servicio Nacional de Aprendizaje SENA y Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC 252693103001-2020-000119-00

residual y subsidiario, que puede ser aplicado ante la vulneración o amenaza de derechos fundamentales cuando no exista otro medio idóneo de defensa de los derechos invocados o cuando existiendo se requiera acudir al amparo constitucional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

2.2. Por consiguiente, si hubiere otras instancias judiciales que resultaren eficaces y expeditas para alcanzar la protección que se reclama, el interesado debe acudir a ellas, antes de pretender el amparo por vía de tutela. Es decir, la subsidiariedad implica agotar previamente los medios de defensa legalmente disponibles al efecto, pues el amparo no puede desplazar los mecanismos de defensa previstos en la correspondiente regulación común.

2.3. De esta manera, en relación con los concursos de méritos para acceder a cargos de carrera, en numerosos pronunciamientos ha reivindicado la pertinencia de la acción de tutela pese a la existencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, que no ofrece la suficiente solidez para proteger en toda su dimensión los derechos a la igualdad, al trabajo, al debido proceso y el de acceso a los cargos públicos.

2.4. En este sentido, la citada Corporación en sentencia T-315 de 1998, señaló:

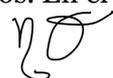
"La Corte ha indicado que, en principio, la acción de tutela no procede para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un proceso de concurso de méritos. Sin embargo, posteriormente la jurisprudencia constitucional encontró que existen, al menos, dos excepciones a la regla antes planteada.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

2.5. En el mismo sentido, la Sentencia T-425 del 26 de abril 2001 se pronunció en los siguientes términos:

"En un sinnúmero de ocasiones esta colegiatura ha sostenido que procede la tutela para enervar los actos de las autoridades públicas cuando desconocen los mecanismos de selección establecidos en los concursos públicos. En efecto: la vulneración de los derechos a la igualdad, al trabajo y debido proceso, de la cual son víctimas las personas acreedoras a un nombramiento en un cargo de carrera cuando no son designadas pese al hecho de haber obtenido el primer lugar en el correspondiente concurso, no encuentran solución efectiva ni oportuna en un proceso ordinario que supone unos trámites más dispendiosos y demorados que los de la acción de tutela y por lo mismo dilatan y mantienen en el tiempo la violación de un derecho fundamental que requiere protección inmediata" (subrayas fuera de texto).

3. El régimen para la provisión de cargos de carrera administrativa.

3.1. La Constitución Política de 1991 establece en el ordinal 7° del artículo 40, que se garantiza a todo ciudadano el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos. En el



Acción de Tutela (primera instancia): Eliana Vásquez Bernal - Servicio Nacional de Aprendizaje SENA y Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC 252693103001-2020-000119-00

mismo sentido, el artículo 125 Superior señala que "los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera". Igualmente, el inciso segundo del citado artículo consagra la regla general del concurso público como forma de acceder a los cargos de la administración, estableciendo como criterios para la provisión de los cargos el mérito y la calidad de los aspirantes.

3.2. Al respecto, en fallo de unificación T-829 de 2012, la Corte Constitucional consideró:

"La Constitución de 1991, con las salvedades que ella misma indica, ha hecho del sistema de carrera el general y obligatorio para la provisión de cargos al servicio del Estado, en todas sus ramas y órganos, para el ascenso dentro de la jerarquía de cada uno de ellos, para la permanencia de los empleados y para el retiro del servicio público (art. 125 C.P.)."

3.3. Sobre este punto, la Corte ha considerado que el régimen de carrera encuentra su fundamento en tres objetivos básicos: 1) El óptimo funcionamiento en el servicio público, desarrollado en condiciones de igualdad, eficiencia, eficacia, imparcialidad y moralidad; 2) Para garantizar el ejercicio del derecho al acceso y al desempeño de funciones y cargos públicos; y 3) Para proteger y respetar los derechos subjetivos de los trabajadores al servicio de Estado, originados en el principio de estabilidad en el empleo. Es preciso tener en cuenta que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004, en concordancia con el artículo 13 del Decreto 1227 de 2005, la convocatoria es norma reguladora de todo concurso y a ella quedan obligados tanto la Comisión Nacional del Servicio Civil como la entidad que convoca el concurso y todos los participantes.

3.4. De igual forma, la Sala Plena de la Corte Constitucional, en Sentencia SU-133 de 1998, unificó la doctrina referente a los concursos para proveer cargos públicos, en los siguientes términos:

"El concurso es el mecanismo considerado idóneo para que el Estado, dentro de criterios de imparcialidad y objetividad, mida el mérito, las capacidades, la preparación y las aptitudes generales y específicas de los distintos aspirantes a un cargo, con el fin de escoger entre ellos al que mejor pueda desempeñarlo, apartándose en esa función de consideraciones subjetivas, de preferencias o animadversiones y de toda influencia política, económica o de otra índole. La finalidad del concurso estriba en últimas en que la vacante existente se llene con la mejor opción, es decir, con aquel de los concursantes que haya obtenido el más alto puntaje. A través de él se evalúa y califica el mérito del aspirante para ser elegido o nombrado" (Subrayas fuera de texto).

9. CASO CONCRETO:

9.1. Se pretende por esta vía constitucional, que se ordene a las entidades accionadas - SENA y CNSC- que realicen los trámites administrativos pertinentes para que se autorice y use la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. CNSC 20182120140115 del 17 de octubre de 2018 respecto al cargo Profesional, Grado 2, identificado con el Código OPEC No. 60605. De igual modo se ordene a la Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC que se oferten los empleos del cargo denominado Profesional, Grado 2, identificado con el Código OPEC No. 60605, o con los empleos equivalentes o cargos equivalentes a los de la OPEC 60605, con el fin de que la accionante ELIANA VÁSQUEZ BERNAL opte por uno de ellos; de igual modo que se ordene al Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA que, una vez recibida la lista de elegibles de la Comisión, proceda a efectuar su nombramiento en una de las OPECS declaradas desiertas o que hayan quedado vacantes, o empleos cubiertos en provisionalidad, o por encargo.



Acción de Tutela (primera instancia): Eliana Vásquez Bernal - Servicio Nacional de Aprendizaje SENA y Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC 252693103001-2020-000119-00

9.2. Adicionalmente manifiesta la accionante que el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA no ha dado el tratamiento oportuno a las vacancias definitivas, o a los empleos que se encuentran proveídos en provisionalidad o por encargo y que corresponden a un empleo equivalente o de similar denominación o mismas funciones, similar grado (2, 3), y mismo salario que el de los empleos contenidos en la Lista de Elegibles de la OPEC 60605 de la “Convocatoria SENA 436 de 2017” de la CNSC, en la cual ella aparece, sobre todo teniendo en cuenta que existen empleos ocupados en provisionalidad o en encargo que son equivalentes al empleo por el cual concursó.

9.3. Frente a los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela, encuentra esta judicatura que los mismos no pueden tenerse por superados; frente a la subsidiariedad, habrá de señalarse que la parte accionante no agotó los procedimientos que a su cuenta tenía en búsqueda del nombramiento en el cargo del que se anuncia tiene similitud funcional - y que, en términos de ella, tenía derecho-, pues no gestionó, *verbigracia*, por vía de derecho de petición, que tanto el SENA como la Comisión Nacional del Servicio Civil, dieran cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 6° de la Ley 1960 de 2019, que modificó el artículo 31 de la Ley 909 de 2004.

9.4. El reclamo que por esta vía constitucional ejerce la tutelante, parte en primer lugar de la presunta inobservancia que las instituciones tuteladas, han dado a lo reglado en la Ley 1960 de 2019, específicamente lo que concierne al artículo 6° cuyo tenor literal es el siguiente:

"ARTÍCULO 6. El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así:

«ARTÍCULO 31. El proceso de selección comprende:

1. (...)

2. (...)

3. (...)

4. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad." (Negrilla del despacho)

9.5. Conforme a la citada norma y en especial el apartado resaltado, la Ley 1960 facultó que la lista de elegibles utilizada para suplir las vacantes de los cargos ofertados en una convocatoria, también puede ser utilizada para ocupar las vacantes de cargos que no fueron convocados y que surgieron con posterioridad a la convocatoria del concurso, a diferencia de la norma anterior que no establecía esa prerrogativa. Así entonces y en principio, ninguna otra interpretación puede hacerse a lo establecido por el Legislador. Sin embargo, es claro también, que la posibilidad de cubrir las vacantes surgidas con posterioridad a la convocatoria y que pueden ser proveídas con las listas vigentes, recaen sobre aquellas que corresponde a cargos equivalentes en la misma entidad.

9.6. A la luz del Acuerdo 562 del 5 de enero de 2016, emanado de la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante el cual *"se reglamenta la conformación, organización y uso de las Listas de Elegibles y del Banco Nacional de Listas de Elegibles para las entidades del sistema general de Carrera Administrativa, a las que aplica la ley 909 de 2004"*, establece en su artículo 3° relativo a las definiciones, en el numeral 7, que debe



Acción de Tutela (primera instancia): Eliana Vásquez Bernal - Servicio Nacional de Aprendizaje SENA y Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC 252693103001-2020-000119-00

entenderse por empleo con: "...similitud funcional, a aquel que es similar funcionalmente a otro cuando tiene la misma denominación, código y grado, cuando tiene asignadas funciones iguales o similares y para su desempeño se exijan requisitos de estudio, experiencia y competencias laborales iguales o similares".

9.7. Pues bien, vista la prueba documental adosada, se tiene que el cargo al que inicialmente aspiró la señora VASQUEZ BERNAL, de acuerdo a la resolución No. CNSC – 20182120140115 del 17 de octubre de 2019, era el de Profesional Grado 2 del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, Dirección General, Dirección Administrativa y Financiera; por su parte, frente a los cargos de los que se anuncian se hallan vacantes, se dilucidan unas diferencias evidentes, no señaladas por la tutelante, frente a las exigencias normativas para tener una similitud funcional entre un cargo y otro; no se trata únicamente de la existencia equivalente de funciones, experiencia, grados de escolaridad, sino que también se exige, sin que haya lugar a interpretaciones, que la denominación, código y grado sean el mismo. En el caso de marras, no existe similitud de los cargos en la denominación y en el código, así como otras temáticas señaladas por la CNSC como asignación básica mensual, propósito, funciones, requisitos de estudio y experiencia, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes - criterios con los que se desarrollaron todas las etapas del proceso de selección-, por lo que entonces y contrario a lo afirmado por la accionante, no se puede predicar la figura de similitud funcional y por consiguiente tampoco la equivalencia de cargo de la que trata la Ley 1960 de 2019.

9.8. De igual modo se tiene por cierto que la señora ELIANA VASQUEZ BERNAL en la Convocatoria 436 de 2017 - SENA, para el empleo Profesional, grado 2, OPEC No. 60605, agotadas las fases del concurso, ocupó la posición No. 7 en la lista de elegibles conformada mediante la resolución No. CNSC – 20182120140115 del 17 de octubre de 2019, para proveer una (1) vacante.

9.9. Analizada la situación particular de la accionante, encuentra este Despacho que no guarda coherencia con la jurisprudencia constitucional anteriormente expuesta, como quiera que la misma expone que la finalidad del concurso de méritos consiste en que la vacante existente se llene con la mejor opción, es decir, con aquel de los concursantes que haya obtenido el más alto puntaje.

9.10. Razón le asiste a lo expuesto por la CNSC en su escrito de contestación, al afirmar que *"comoquiera que para el empleo en mención se ofertaron únicamente una (1) vacante, los elegibles que adquirieron el derecho a ser nombrado en período de prueba para el cargo, fueron los aspirantes que ocuparon las primeras posiciones en la lista de elegibles. Como se observa, el accionante ocupó la posición No. 7, es decir seis (6) vacantes por encima de los primeros lugares, razón por la cual, no era posible que se realizara su nombramiento, pues queda claro que no ocupó una posición meritoria en cuanto al número de vacantes ofertadas en el empleo, en ese sentido, se precisa que el empleo No. 60605 se encuentra provisto con los elegibles ubicados en la posición uno (1)"*.

9.11. Así las cosas, puede concluirse, que en el *sub júdice* no es posible a la luz de las reglas de la convocatoria 436 de 2017 y el Acuerdo que rige lo concerniente a la lista de elegibles y que hace parte de la misma, establecer que el empleo OPEC 60605 al que aspiró la tutelante y que se encuentra en el séptimo renglón, tiene similitud funcional con los empleos enlistados y expuestos dentro de la acción de tutela; de igual modo se colige que tanto la accionante como la señora Elizabeth Lopera León no alcanzaron el puntaje requerido para ocupar la posición meritoria en la lista de elegibles para proveer el empleo en mención.

10. DECISIÓN:



Acción de Tutela (primera instancia): Eliana Vásquez Bernal - Servicio Nacional de Aprendizaje SENA y Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC 252693103001-2020-000119-00

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Facatativá Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR el amparo constitucional de tutela solicitado por ELIANA VÁSQUEZ BERNAL – coadyuvada por Elizabeth Lopera León - contra el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA y la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL –CNSC, conforme a lo expuesto en la parte considerativa.

SEGUNDO: DESVINCULAR de la presente acción de tutela a la UNIVERSIDAD DE PAMPLONA.

TERCERO: NOTIFICAR a las partes el contenido de esta decisión, por el medio más expedito, conforme a lo previsto en el artículo 30 del Decreto- Ley 2591 de 1991.

CUARTO: De no ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes. remítase la actuación a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


NIDIA MARIELA ORTIZ NÚÑEZ
Juez