



## REPÚBLICA DE COLOMBIA

### TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN E

Bogotá D.C., primero (1) de diciembre de dos mil veinte (2020)

#### SENTENCIA N° 077

**MAGISTRADA PONENTE: DRA. PATRICIA VICTORIA MANJARRÉS BRAVO**

ACCIÓN:	TUTELA
ACCIONANTE:	NANCY YAMILE RODRÍGUEZ SUÁREZ
ACCIONADO:	COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (CNSC) – SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE (SENA)
REFERENCIA:	110013336031-2020-00224-01
DECISIÓN:	REVOCA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

#### SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Procede la Sala a resolver lo que en derecho corresponde dentro de la impugnación interpuesta por la accionante, en nombre propio, en contra el fallo de tutela proferido el 19 de octubre de 2020, por el Juzgado Treinta y Uno Administrativo del Circuito de Bogotá, dentro de la acción de la referencia.

#### I. PARTE DESCRIPTIVA

##### 1.1. Objeto de la tutela – Peticiones de amparo

La señora NANCY YAMILE RODRÍGUEZ SUÁREZ, en nombre propio, acudió al juez constitucional con el fin de que se protejan sus derechos fundamentales a la dignidad humana, garantía y efectividad de la protección de los derechos por parte del Estado, igualdad, derecho de petición, trabajo, debido proceso administrativo, acceso a cargos y funciones públicas vía merito, así como a los principios de confianza legítima, buena fe y seguridad jurídica.

En efecto, en el acápite de pretensiones, se lee:

“(…) **PRIMERO.** Que, se restablezcan los derechos fundamentales DIGNIDAD HUMANA, GARANTIA Y EFECTIVIDAD DE LA PROTECCION DE LOS DERECHOS POR PARTE DEL ESTADO, IGUALDAD, DERECHO DE PETICION, TRABAJO, DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO, ACCESO A CARGOS Y FUNCIONES PÚBLICAS VIA MERITO, ASÍ COMO A LOS PRINCIPIOS DE CONFIANZA LEGÍTIMA, BUENA FE Y SEGURIDAD JURÍDICA Y LOS QUE EL DESPACHO CONSIDERE PERTINENTES, VULNERADOS U AMENAZADOS, de **NANCY YAMILE RODRÍGUEZ SUÁREZ**, identificada con cédula de ciudadanía No 51.869.121 de Bogotá y se ordene de manera inmediata a la **CNSC** y al **SENA**

realizar el nombramiento en periodo de prueba y su posesión para un empleo bien sea que haya sido ofertado o no ofertado Con la denominación **INSTRUCTOR CÓDIGO 3010 GRADO 1**, lo anterior En un término No superior a 48 horas, por haberse superado todas las pruebas, etapas del concurso, cumplir la totalidad de requisitos del empleo al cual se presentó y actualmente encontrarse como elegible, ya que era un deber legal por parte de la CNSC y el SENA hacer uso de lista de elegibles. Lo anterior sin tener en cuenta el Criterio unificado de enero de 2020 si no la similitud funcional.

**SEGUNDO:** Ordenar a la CNSC, **VERIFICAR** una a una toda la planta de personal del SENA, para identificar todos los cargos con la denominación INSTRUCTOR CODIGO 3010 GRADO 1 con los núcleos básicos de conocimiento contemplados en la OPEC No 58632 a la cual se presentó la accionante.

**TERCERO:** Ordenar a La CNSC dar respuesta de fondo al derecho de petición radicado el 19 de agosto de 2020.

ORDENAR A **LA CNSC Y AL SENA** rendir un informe escrito a este Despacho, con los soportes respectivos, dentro de un término igual y siguiente al concedido para el cumplimiento del presente fallo (...).

## 1.2. Supuestos fácticos:

La accionante relató que mediante Acuerdo nro. CNSC 20171000000116 del 24 de julio de 2017 fue convocado el concurso de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al sistema general de carrera administrativa del SENA -Convocatoria no. 436 de 2017-.

Adujo que una vez surtidas todas etapas del concurso fue expedida la resolución de lista de elegibles no. 20182120181235 del 24 de diciembre de 2018, con firmeza a partir del día 15 de enero de 2019, para proveer catorce (14) vacantes de la OPEC no. 58632, con la denominación INSTRUCTOR, CÓDIGO 3010, GRADO 1, donde se encuentra ocupando el lugar número veinticuatro (24) de elegibilidad con 70,44 puntos.

Precisó que de conformidad con lo establecido en el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 se permite el uso de la lista de elegibles en los cargos que no fueron ofertados y que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso.

Señaló que el SENA reportó a la CNSC unos cargos que no fueron ofertados para que se haga uso de la lista de elegibles, sin embargo, el proceso no fue adelantado como quiera que existen solicitudes de exclusión sin resolver.

Manifestó que el 16 de enero de 2020 la CNSC expidió el criterio unificado del uso de la lista de elegibles en aplicación de la Ley 1960 de 2019 donde dejó clara la obligación de hacer uso de tales listas en los cargos no ofertados posteriores a la entrada en vigencia de la citada ley.

Indicó que la lista de elegibles de la que ella hace parte vence el 14 de enero de 2021, sin que hasta la fecha se le haya dado la posibilidad ocupar un cargo, situación con la que se vulneran sus derechos fundamentales a la dignidad humana, garantía y efectividad de la protección de los derechos por parte del Estado, igualdad, derecho de petición, trabajo, debido proceso administrativo, acceso a cargos y funciones públicas vía merito, así como a los principios de confianza legítima, buena fe y seguridad jurídica.

Expuso que hasta el momento las entidades accionadas no le han realizado ofrecimiento o nombramiento en período de prueba en los cargos que fueron ofertados y no ofertados en aplicación de lo previsto en las Leyes 909 de 2004 y 1960 de 2019.

Adujo que en el mes de agosto de 2020 presentó una petición a la CNSC solicitando el nombramiento en período de prueba haciendo uso de la lista de elegibles con cargos no ofertados y similitud funcional en aplicación de la Ley 1960 de 2019.

Precisó que en la respuesta de la petición anterior, la entidad accionada señaló que en aplicación del criterio unificado de enero de 2020 para la provisión de empleos mediante el uso de listas vigentes para procesos de selección, como la convocatoria 436 de 2017, cuyas listas de elegibles se dieron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019 únicamente es posible en aquellos denominados mismos empleos, es decir, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, funciones, requisitos de estudio y experiencia reportados en la OPEC.

Finalmente señaló que el SENA en respuesta a una petición que elevó en el mes de agosto de 2020 tampoco le indicó de manera puntual cuáles son los cargos que se encuentra desiertos y no ofertados con la denominación de INSTRUCTOR 1, que deben ser provistos mediante el uso de la lista de elegibles en aplicación de la Ley 1960 de 2019 sin que se tenga en cuenta el criterio unificado de enero de 2020.

### **1.3. INFORMES DE LAS ACCIONADAS**

#### **1.3.1. Servicio Nacional de Aprendizaje**

Manifestó que la acción de tutela se torna improcedente toda vez que la accionante cuenta con otros mecanismos de defensa judicial contra las decisiones adoptadas por la CNSC o la entidad y que se encuentran consignadas en actos administrativos, por lo que debe demandar son dichas decisiones.

Adujo que la accionante puede solicitar a la jurisdicción de lo contencioso administrativa la adopción de medidas cautelares en el sentido de que se suspenda los actos administrativos que considera ilegales o inconstitucionales.

Precisó que no fue solicitado dentro de la acción de tutela la protección transitoria pese a que invoca su procedencia con la finalidad de evitar un perjuicio irremediable, pero tampoco probó o se esforzó por aportar material que así lo demuestre.

Señaló que no se infiere que exista certeza de una posible amenaza o vulneración de los derechos fundamentales al acceso a cargos públicos y al trabajo de la accionante.

Indicó que a la accionante en la preinscripción al concurso se le advirtió que solo podría inscribirse a una sola OPEC y que bajo su responsabilidad debía consultar los empleos a proveer mediante el concurso de méritos, situación que fue aceptada por ella.

Manifestó que la accionante se postuló al empleo con OPEC 58632, ocupando el puesto 24 con empate en la lista de elegibles, razón por la cual no obtuvo el empleo como quiera que las personas que ocuparon los primeros 14 puestos fueron nombradas en el cargo ofertado.

Explicó que la CNSC el 1 de agosto de 2019 expidió el criterio unificado en relación con la aplicación de la lista de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 2019, explicando que aquella solo es aplicable a los nuevos concursos de méritos que se adelanten, es decir,

que no afecta la convocatoria 436 de 2017 en la que se inscribió la accionante.

### **1.3.2. Comisiona Nacional del Servicio Civil**

Manifestó que la tutela es improcedente por cuanto la accionante cuenta con otro medio de defensa judicial y no es la vía idónea para cuestionar la legalidad de los actos administrativos.

Señaló que no se demuestra la inminencia, urgencia, gravedad y el carácter impostergable del amparo que reclama la accionante.

Precisó que de conformidad con lo establecido en los artículos 52 y 53 de la Ley 4 de 1993, la ley solo rige para las situaciones de hecho ocurridas con posterioridad a la fecha de su promulgación, por lo tanto, tenemos que el artículo 7 de la Ley 1960 de 2019 al disponer que rige a partir de su promulgación -27 de junio de 2019 como consta en el Diario Oficial no. 50-997- solo tiene efectos hacía futuro.

Indicó que no resulta procedente el uso de la lista solicitada por la accionante para la provisión de nuevas vacantes, pues con ella se estaría dando aplicación a la Ley 1960 de 2019 de manera retrospectiva, toda vez que la convocatoria no. 436 de 2017 inició con la expedición del Acuerdo No. 20182120149475 del 17 de octubre de 2018, es decir con anterioridad a la entrada en vigencia de la mencionada ley.

Aclaró que el 27 de junio de 2019 el Gobierno Nacional expidió la Ley 1960 por la cual por la cual modificó la Ley 909 de 2004, el Decreto-ley 1567 de 1998 y se dictaron otras disposiciones. Acatando lo allí dispuesto la CNSC el 16 de enero de 2020 profirió criterio unificado sobre el uso de listas de elegibles donde indicó que aquellas 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 de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes generadas con posterioridad siempre y cuando correspondan a los mismos empleos -entendiéndose como mismo empleo, aquel con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes-.

Manifestó que las listas de elegibles para proveer por mérito las vacantes definitivas de los empleos convocados generan para quienes las integran dos situaciones: i) para quienes se encuentren en orden de elegibilidad de acuerdo al número de vacantes a proveer, se configura el derecho a ser nombrado en período de prueba en el empleo aspirado; y II) para quienes no ocuparon una posición meritoria dentro de la lista de elegibles, surge la expectativa de ser nombrado ante la generación de nuevas vacantes, lo anterior, haciendo uso de la lista en el orden de mérito subsiguiente, durante los dos (2) años de vigencia, por lo tanto, 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 superan todas las etapas del proceso de selección ya que es su posición meritoria 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.

Señaló que consultado el Sistema de Apoyo para la Igualdad el Mérito y la Oportunidad - SIMO- se constató que durante la vigencia de las listas el SENA no ha reportado la existencia de vacante definitiva alguna que cumpla con el criterio de mismos empleos respecto de la lista de la OPEC 58632 de la que hace parte la accionante.

### **1.3.3. Juliana Susana Almentero Toscano**

La referida persona en calidad de tercero vinculado manifestó que está de acuerdo con los hechos enunciados por la accionante y coadyuva a sus pretensiones.

### **1.4. La sentencia de primera instancia**

El Juzgado Treinta y Uno Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, mediante sentencia proferida el 19 de octubre de 2020, negó el amparo solicitado, aclarando de manera preliminar que la accionante no podría acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativa para debatir la presunta irregularidad de los actos ejecutados por la CNSC y el SENA porque resultaría ineficaz debido a que cuando se resuelva el fondo del asunto el concurso habría llegado a su fin, razón por la cual se torna necesaria la intervención del juez de tutela.

Reseñó que la norma especial del concurso en concordancia con la Ley que lo rige -Ley 909 de 2004, artículo 31 numeral 4- y el criterio unificado emitido por la CNSC, estableció el uso de la lista de elegibles conformadas y en firme para proveer las vacantes de los empleos que integran la oferta pública de empleos de carrera es la respectiva convocatoria, es decir, la 436 de 2017, pero no para cubrir las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados dada la modificación introducida por la Ley 1960 de 2019 a la Ley 909 de 2004 que para el caso en concreto por su entrada en vigencia no aplica.

Precisó que la Ley 1960 de 2019 aplica para aquellos procesos aprobados por la Sala Plena de la CNSC con posterioridad a su entrada en vigencia, por lo tanto, no es posible extender sus efectos de manera retrospectiva en el caso bajo estudio.

En su concepto no existe violación a los derechos fundamentales de la accionante porque las entidades accionadas han actuado de conformidad con las normas vigentes.

Sostuvo que no se puede hablar de vulneración al derecho fundamental a la igualdad porque esta se predica en situaciones similares o iguales y al tratarse de normas y casos que no son idénticos no se observa su violación.

Aclaró que las vacantes deben ser provistas en el estricto orden que prevé el Decreto 1083 de 2015, esto es: i) con la persona que al momento de su retiro ostentaba derechos de carrera y cuyo reintegro haya sido ordenado por autoridad judicial; ii) por traslado del empleado con derechos de carrera que demuestre su condición de desplazado por razones de violencia en los términos de la Ley 387 de 1997, una vez impartida la orden por la CNSC; iii) con la persona de carrera administrativa a la cual se le haya suprimido el cargo y que hubiere optado por el derecho preferencial; iv) con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles para el empleo ofertado que fue objeto de convocatoria para la respectiva entidad. Y una vez agotadas las anteriores opciones no fuere posible la provisión del empleo deberá

adelantarse proceso de selección específico para la respectiva entidad.

Indicó que las vacantes del empleo de la lista de elegibles que hace parte la accionante se encuentran provistas con los elegibles ubicados en las posiciones 1 a 14 y como aquella ocupa la posición número 24 es claro que no alcanzó el puntaje requerido para obtener una posición meritatoria.

Finalmente manifestó que no hay vulneración al derecho fundamental de petición, pues las solicitudes elevadas por la accionante fueron resueltas conforme los presupuestos jurisprudenciales y que la solicitud de dar aplicación al precedente contenido en las acciones de tutela proferidos por diferentes órganos judiciales en donde se afirma que se protegieron similares derechos a lo invocados en el presente asunto al no corresponder a un precedente vertical no es obligatorio como sí lo es el vertical.

### **1.5. Impugnación de la accionante**

Insistió en que la acción de tutela es procedente para la protección del derecho fundamental al debido proceso administrativo pese a la existencia de otros mecanismos judiciales y que en el presente asunto las entidades accionadas están vulnerando sus derechos fundamentales al no realizar los trámites pertinentes para la conformación de la lista de elegibles tendientes a proveer nuevas vacantes en la planta de personal del SENA en aplicación de lo establecido en la Ley 960 de 2019.

Citó una serie de sentencias proferidas por distintas autoridades judiciales donde han ordenado a la accionadas la realización de estudios de equivalencias de los cargos que no fueron ofertados en el SENA y creados con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 960 de 2019 con la finalidad de que se creen listas de elegibles y se nombren en estricto orden de mérito en período de prueba a las personas que ostentan mejor derecho.

## **II. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

### **2.1. COMPETENCIA**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda – Subsección E, de conformidad con lo previsto en los artículos 86 de la Constitución Política y 32 del Decreto 2591 de 1991, es competente para conocer en segunda instancia la impugnación del fallo de tutela proferido dentro del asunto de la referencia por el Juzgado Cincuenta y Tres Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, por ser su superior jerárquico.

### **2.2 PROBLEMA JURÍDICO**

En el presente caso la Sala deberá determinar: i) si es procedente la conformación de nuevas listas de elegibles para la provisión de nuevos cargos que surgieron con posterioridad a la convocatoria no. 436 de 2017 y ii) si hay lugar a realizar nombramiento y posesión de la señora NANCY YAMILE RODRÍGUEZ SUÁREZ en período de prueba en un empleo equivalente al previsto en la OPEC no. 58632 de la convocatoria 436 de 2017.

### **2.3. TESIS DE LA SALA**

Revisado el fundamento fáctico y jurídico, se establece que la acción de amparo propuesta por el accionante resulta procedente en la medida en que se invoca una vulneración a sus garantías fundamentales, en virtud de situaciones (hechos, omisiones u actos administrativos) posteriores a la expedición y firmeza de aquellos actos que establecieron las listas de elegibles.

Superado el tema de procedencia de la acción de tutela, la Sala encuentra una efectiva vulneración del derecho fundamental al debido proceso de la señora NANCY YAMILE RODRÍGUEZ SUÁREZ por cuanto no se ha dado aplicación a la Ley 1260 de 2019 en concordancia con el criterio de unificación del 22 de septiembre de 2020 expedido por la CNSC, en el sentido de que se establezca y/o determine qué empleos vacantes son equivalentes a los de la OPEC no. 58632 de la convocatoria 436 de 2017 y, en el evento que se procedente, elaborar la lista de elegibles con la finalidad de proveerlos, por tal razón, debe revocarse la sentencia de primera instancia que negó el amparo del referido derecho y en su lugar ordenar: i) al SENA que, dentro del marco de sus competencias despliegue todas las actuaciones administrativas pertinentes y tendientes con la finalidad de establecer y/o determinar cuáles empleos al interior de la entidad pueden ser considerados como equivalentes a los de la OPEC no. 58632 de la convocatoria 436 de 2017, información que en el evento de ser procedente deberá reportar a la CNSC para lo de su competencia y ii) a la CNSC que, dentro del marco de sus competencias con la información que le llegara a remitir el SENA, previa verificación de los requisitos mínimos que haya a lugar y si a ello hay lugar, elabore la lista de elegibles para proveer los empleos vacantes que tengan equivalencia con la OPEC no. 58632 de la convocatoria 436 de 2017 en aplicación de la Ley 1960 de 2019.

Asimismo, respecto de los demás derechos fundamentales invocados por la accionante la Sala negará su amparo porque en el evento que hubiera lugar a que la CNSC elabore una lista de elegibles, no se tiene certeza del número de puesto ocuparía la señora NANCY YAMILE RODRÍGUEZ SUÁREZ dentro de aquella y podría asistirle un mejor derecho a otro integrante, advirtiéndose respecto del derecho fundamental de petición, que la solicitudes elevadas por la actora fueron resueltas como bien ella misma lo reconoció y como se desprende de las pruebas relacionadas en el correspondiente acápite de esta providencia.

### **2.4. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA**

Sobre la procedencia de la acción de tutela para resolver controversias suscitadas en el desarrollo de un concurso de méritos cuando ya se conformó la lista de elegibles la Corte Constitucional en sentencia T 049 de 2019 dispuso lo siguiente:

“(…) La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido enfática al señalar que la acción de tutela es procedente frente a controversias originadas en concursos de méritos para la provisión de empleos públicos si el proceso de selección se encuentra en curso.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Sobre procedencia de la acción de tutela en materia de concursos de méritos en los eventos en que ya existe lista de elegibles pueden consultarse, entre otras, las siguientes sentencias del Consejo de Estado: Sección Segunda Subsección A. Radicación número: 25000-23-42-000-2012-01030-01, Sentencia del 17 de enero de 2013. CP Alfonso Vargas Rincón; Sección Cuarta. Radicación número: 13001-23-31-000-2012-00435-01, Sentencia del 27 de septiembre de 2012. CP William Giraldo Giraldo; y Sección Quinta. Radicación número: 23001-23-31-000-2011-00627-01, Sentencia del 19 de julio de 2012. CP (E) Susana Buitrago Valencia.

1.1.1.1. Específicamente, las diferentes secciones del Consejo de Estado establecen en sus sentencias que cuando la lista de elegibles se encuentra en firme crea situaciones jurídicas particulares y derechos ciertos, de manera que la acción de tutela no es el mecanismo adecuado para dejarlas sin efectos jurídicos,<sup>2</sup> pues se podrían afectar derechos subjetivos<sup>3</sup> y lo que corresponde es demandar dicho acto administrativo haciendo uso del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.<sup>4</sup>

1.1.1.2. Sobre el particular, en sentencia del 29 de noviembre de 2012, la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado indicó que por regla general, la acción de tutela es improcedente *“para controvertir las supuestas irregularidades acaecidas durante el trámite de un concurso de méritos, cuando en éste se ha conformado la lista de elegibles, porque es un acto susceptible de demandarse ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, que brinda el escenario idóneo para analizar la legalidad de la referida decisión”*.<sup>5</sup>

1.1.1.3. De esta manera, los jueces de tutela deben analizar si al momento en que se presentó la acción de tutela ya se había conformado la lista de elegibles o está a punto de proferirse como uno de los elementos dentro del estudio de procedencia.

1.1.1.4. Ejemplo de lo anterior es la sentencia del 8 de junio de 2010, en la que la Sección Quinta del Consejo de Estado declaró la improcedencia de una acción de tutela en la que accionante solicitó el amparo de sus derechos fundamentales *“con ocasión de la calificación obtenida en la prueba de aptitud numérica dentro del concurso de méritos docentes abierto por la Comisión Nacional del Servicio Civil y desarrollado por el ICFES”*<sup>6</sup> con el siguiente argumento:

“Ocurre que para la época en que la actora instauró la tutela ya el concurso del cual fue excluida había avanzado a otra fase e incluso finalizado, pues está publicada la lista de elegibles.

Ante tal panorama de cosas la razón que permitía la viabilidad excepcional de la tutela ya no está presente y, por tanto, debido a que la afectada cuenta con otro medio de defensa ordinario, pertinente para enjuiciar la decisión de exclusión del concurso, el instrumento de protección constitucional se torna improcedente”.

1.1.1.5. Por su parte, la Corte Constitucional se refirió a la procedencia de la acción de tutela en los casos en que se solicita la protección de derechos fundamentales ante controversias presentadas en concursos de méritos cuando ya existe lista de elegibles.

1.1.1.6. En la sentencia SU-913 de 2009,<sup>7</sup> la Corte Constitucional analizó varias acciones de tutela en las que los actores, quienes participaron en el concurso de méritos para la provisión de cargos de notarios, solicitaron el amparo de sus derechos fundamentales. La controversia giraba en torno al puntaje que otorgaba a la autoría de obras en derecho en la etapa de análisis de méritos y antecedentes, ya que en el marco de una acción popular interpuesta para la protección del derecho colectivo a la moralidad pública se adoptó una medida cautelar en la que se ordenó suspender provisionalmente el aparte final del numeral 11 del artículo 11 del Acuerdo 01 de 2006 que se refiere a *“la certificación de la publicación expedida, por la imprenta o editorial respectiva junto con un ejemplar del libro publicado”*.

Dentro de sus consideraciones, la Corte concluyó que las lista de elegibles *“en tanto acto administrativo particular, concreto y positivo, es creador de derechos, los cuales encuentran protección legal por vía de la teoría de la estabilidad relativa del acto administrativo, así como protección constitucional por virtud del artículo 58”*. Sobre la posibilidad de revocar listas de elegibles la Sala señaló lo siguiente:

“Por su parte, la estabilidad de la lista de elegibles en tanto acto administrativo particular y concreto se obtiene una vez este haya sido notificado al destinatario y se encuentre en firme

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección A. Radicación número: 25000-23-15-000-2011-02081-01, Sentencia del 27 de octubre de 2011. CP Gustavo Eduardo Gómez y Sección Primera. Radicación número: 25000-23-41-000-2012-00513-01, Sentencia del 15 de agosto de 2013. CP María Elizabeth García González.

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta. Radicación número: 25000-23-36-000-2015-02718-01, Sentencia del 4 de febrero de 2016. CP Alberto Yepes Barreiro.

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección B. Radicación número: 54001-23-31-000-2012-00058-01, Sentencia del 8 de mayo de 2012. CP Gerardo Arenas Monsalve y Sección Cuarta. Radicación número: 19001-23-31-000-2011-00010-01, Sentencia del 16 de marzo de 2011. CP Carmen Teresa Ortiz De Rodríguez.

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección B. Radicación número: 23001-23-33-000-2012-00067-01, Sentencia del 29 de noviembre de 2012. CP Gerardo Arenas Monsalve.

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta. Radicación número: 25000-23-15-000-2010-00141-01, Sentencia del 8 de julio de 2010. CP Susana Buitrago Valencia.

<sup>7</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-913 de 2009 (MP Juan Carlos Henao Pérez; AV Jorge Iván Palacio Palacio).



con carácter ejecutivo y ejecutorio – Artículo 64 del C.C.A.-, caso en el cual no podrá ser revocado por la Administración sin el consentimiento expreso y escrito del particular -Artículo 73 del C.C.A.-, salvo que se compruebe que el acto ocurrió por medios ilegales o tratándose del silencio administrativo generador de actos fictos en los términos del artículo 69 del mismo estatuto sea evidente su oposición a la Constitución Política o a la Ley, contrario al interés público o social o cause agravio injustificado a una persona.

Lo cierto es que una vez en firme, al acto administrativo que contiene la lista de elegibles no puede ser modificado en sede Administrativa, sin perjuicio de la posible impugnación que se surta en sede judicial por fraude o incumplimiento de los requisitos de la convocatoria. Por ello, cuando el nominador designa para desempeñar un cargo de carrera a una persona que ocupó un puesto inferior dentro de la lista de elegibles, desplazando a quien la antecede por haber obtenido mejor puntaje, lesiona sin lugar a dudas derechos fundamentales, entre ellos, el de igualdad, el derecho al trabajo y el debido proceso. Como también se lesionan los derechos fundamentales de quienes ocupan los primeros lugares en las listas de elegibles cuando se reconfiguran dichas listas sin existir justo título que así lo autorice”.

1.1.1.7. A su vez, en la sentencia T-180 de 2015<sup>8</sup> la Sala Sexta de Revisión estudió el caso de una accionante que se presentó en la Convocatoria No. 128 de 2009 para proveer por concurso abierto de méritos los empleos de carrera de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-. La tutelante presentó acción de tutela contra la Comisión Nacional de Servicio Civil y la Universidad de San Buenaventura, Seccional Medellín y solicitó la protección de sus derechos fundamentales para que se resolvieran las peticiones en las que puso en conocimiento de las entidades las irregularidades en el proceso de selección, se rediseñaran las pruebas del concurso, se le permitiera acceder a las hojas de respuesta de su prueba y se suspendiera la etapa de entrevistas de la convocatoria. Sobre la posibilidad de modificar lo establecido en las listas de elegibles conformadas la Sala señaló lo siguiente:

“Esta Corporación ha señalado que las listas de elegibles generan derechos subjetivos que, por regla general, no pueden ser desconocidos por ninguna autoridad, a menos que sea necesario por motivos de utilidad pública e interés social y siempre que medie indemnización previa del afectado<sup>9</sup>; o en hipótesis en las cuales su producción o aplicación conlleve el desconocimiento de derechos fundamentales”.

1.1.1.8. Por su parte, la Sala Séptima de Revisión en la sentencia T-551 de 2017<sup>10</sup> estudió las tutelas interpuestas por dos accionantes que participaron en las Convocatorias No. 335 y 336 de 2016 del INPEC para proveer el cargo de dragoneante de la institución y de ascensos y se les impidió continuar el proceso de selección porque en el examen médico que se les realizó, fueron calificados como no aptos. Pese a ello, los actores manifestaron que los resultados de las pruebas médicas no correspondían a la realidad.

En esa oportunidad, la Sala determinó que la tutela procedía de manera definitiva *“toda vez que en el proceso de selección para ocupar el cargo de dragoneante y de ascensos del INPEC que ya cuenta con lista de elegibles”*, los mecanismos de defensa ordinarios no eran idóneos y eficaces y mediante el acto administrativo que se ataca *“se establecen criterios sobre los resultados de la prueba médica de los aspirantes, viéndose posiblemente lesionado derechos fundamentales de aquellos, al concurso de mérito”*.

1.1.1.9. Para terminar, en la sentencia T-160 de 2018<sup>11</sup> la Sala Tercera de Revisión analizó la tutela que presentó un accionante contra la Comisión Nacional del Servicio Civil, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario y la Universidad Manuela Beltrán. El actor señaló que se inscribió en la convocatoria mediante la cual se proveerían 400 vacantes en el empleo de dragoneante del INPEC y que en los resultados de los exámenes médicos fue calificado como *“no apto”* por tener un tatuaje en el tercio inferior del antebrazo izquierdo, por lo que solicitó que se evaluara nuevamente su calificación de y, en consecuencia, fuera vinculado nuevamente al proceso de selección del concurso-curso en la respectiva convocatoria.

La Sala de Revisión determinó que la acción de tutela procedía contra los actos administrativos proferidos en desarrollo del concurso-curso ya que los medios ordinarios de defensa judicial no eran eficaces ni idóneos para dirimir la controversia. De la misma manera, la Sala precisó que en el caso objeto de análisis ya se había conformado la lista de elegibles y que, aunque la

<sup>8</sup> Corte Constitucional, sentencia T-180 de 2015 (MP Jorge Iván Palacio Palacio).

<sup>9</sup> Sentencias C-147 de 1997, C-155 de 2007, C-926 de 2000, C-624 de 2008, T-494 de 2008, entre otras.

<sup>10</sup> Corte Constitucional, sentencia T-551 de 2017 (MP Cristina Pardo Schlesinger).

<sup>11</sup> Corte Constitucional, sentencia T-160 de 2018 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez; AV Antonio José Lizarazo Ocampo).

misma tenía vigencia de un año, ello no hacía *“improcedente el amparo perseguido, pues la misma se puede reconstituir”*, y que así se había hecho *“a partir de la resolución de controversias judiciales”*.

(...)

1.1.1.10. Adicionalmente, la Corte Constitucional reconoce que la tutela procede pese a la existencia de lista de elegibles y que estas pueden ser modificadas en sede judicial por fraude o incumplimiento de los requisitos de la convocatoria o cuando su aplicación conlleve el desconocimiento de derechos fundamentales. (Destaca la Sala) (...).

En los anteriores términos puede concluirse que cuando la lista de elegibles se encuentra en firme crea situaciones jurídicas particulares y derechos ciertos, de manera que la acción de tutela en principio no es el mecanismo adecuado para dejarlas sin efectos jurídicos, pues se podrían afectar derechos subjetivos, por ello lo que corresponde es demandar dicho acto administrativo haciendo uso del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho; no obstante lo anterior, la alta Corporación ha admitido su procedencia en aquellos casos que se presenta fraude, incumplimiento de los requisitos de la convocatoria o cuando su aplicación conlleve el desconocimiento de derechos fundamentales.

## **2.5. Marco constitucional, legal y jurisprudencial**

### **2.5.1 De la Convocatoria 436 de 2017 SENA**

La Comisión Nacional del Servicio Civil, en uso de sus competencias legales, convocó mediante Acuerdo no. 20171000000116 del 26 de julio de 2017 -modificado por Acuerdos números 20171000000146 del 5 de septiembre de 2017, 20171000000156 del 19 de octubre de 2017 y 20181000000876 del 19 de enero de 2018- a concurso abierto de méritos, con el fin de proveer de manera definitiva los empleos pertenecientes al sistema general de carrera administrativa del SENA, la cual se identificaría como convocatoria 436 de 2017.

Luego de superadas las primeras fases del concurso, la CNSC procedió a la elaboración de la lista de elegibles, que para el caso del cargo INSTRUCTOR CÓDIGO 3010 GRADO 1 correspondiente a la OPEC no. 58632 se realizó mediante la Resolución no. 20182120181235 de 24 de diciembre de 2018.

### **2.5.2 Naturaleza de las listas de elegibles y su firmeza**

De acuerdo con lo previsto en el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, la elaboración o conformación de la lista de elegibles corresponde a la relación de los participantes del concurso, que realiza la CNSC, en orden de mérito de las personas que superaron las etapas previas, y en ese mismo orden deben ser cubiertas las vacantes, conservando una vigencia de dos (2) años, desde que queden en firme.

Conformada la lista de elegibles, las personas que la integren deben ser nombradas -con estricta sujeción al mérito- en período de prueba por el término de seis (6) meses, al final de los cuales serán evaluadas. Obtenida una calificación satisfactoria se adquieren los derechos de carrera, los cuales deberán ser declarados mediante la respectiva inscripción en el registro público de carrera. En el evento en que no se obtenga la calificación satisfactoria, el empleado será declarado insubsistente.

Por su parte la jurisprudencia constitucional ha sostenido que las listas de elegibles son actos administrativos particulares, que una vez en firme son inmodificables y constituyen un derecho adquirido y no una mera expectativa de quien la ocupa en primer lugar, para que pueda ser nombrado en el cargo para el que concurso.

**“11.2 Las listas de elegibles son actos administrativos de contenido particular y concreto. Deben respetarse derechos adquiridos.**

**11.2.1** Las listas de elegibles que se conforman a partir de los puntajes asignados con ocasión de haber superado con éxito las diferentes etapas del concurso, son inmodificables una vez han sido publicadas y se encuentran en firme, salvo expresas excepciones legales. Es así como la Sentencia T-455 de 2000 señaló que aquél que ocupa el primer lugar en un concurso de méritos no cuenta con una simple expectativa de ser nombrado sino que en realidad es titular de un derecho adquirido. Al respecto, indicó la Corporación:

“Consagra el artículo 83 C.P. que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presume en todas las gestiones que se adelanten ante ellas.

Se entiende que cuando una entidad pública efectúa una convocatoria para proveer un empleo de carrera administrativa, es porque indudablemente existe el cargo y carece de toda razonabilidad someter a un particular interesado en el mismo a las pruebas, exámenes y entrevistas que pueden resultar tensionantes para la mayoría de las personas, sin que el proceso adelantado y sus resultados se traduzcan en el efectivo nombramiento.

En consecuencia, una vez que se han publicado los resultados, es perentorio que la entidad que ha convocado al concurso entre a proveer el cargo respectivo, designando para el efecto a quien ocupó el primer lugar y, por sus méritos, se ha hecho acreedor a ocuparlo.

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.**” (Resaltado fuera de texto)

La lista de elegibles organiza la información de los resultados del concurso, indica quiénes están llamados a ser nombrados, de acuerdo con el número de plazas a ocupar, así como el orden de elegibilidad en que han quedado los participantes según su puntaje.

**11.2.2** Pues bien, cuando la Administración asigna a un concursante puntaje al finalizar cada una de las fases que comprende el concurso, expide un acto administrativo de carácter particular y concreto, en la medida que surte un efecto inmediato, directo y subjetivo respecto del destinatario; lo mismo ocurre cuando consolida dichos resultados mediante la conformación de una lista de elegibles; acto administrativo que a pesar de su naturaleza plural en cuanto lo integra un conjunto de destinatarios, crea derechos singulares respecto de cada una las personas que la conforman.

En el caso en estudio la lista de elegibles, en tanto acto administrativo particular, concreto y positivo, es creador de derechos, los cuales encuentran protección legal por vía de la teoría de la estabilidad relativa del acto administrativo, así como protección constitucional por virtud del artículo 58 Superior, en cuyos términos “se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores(...)”. A partir de dicho mandato, la Corte Constitucional ha señalado que los derechos subjetivos que han entrado al patrimonio de la persona, no pueden ser desconocidos por la ley, salvo que ello sea necesario por motivos de utilidad pública e interés social y siempre que medie indemnización previa del afectado. Al respecto, la Corte señaló en la sentencia C-155 de 2007:

“Configuran derechos adquiridos las situaciones jurídicas individuales que han quedado definidas y consolidadas bajo el imperio de una ley y que, en tal virtud, se entienden incorporadas válida y definitivamente o pertenecen al patrimonio de una persona. Ante la necesidad de mantener la seguridad jurídica y asegurar la protección del orden social, la Constitución prohíbe el desconocimiento o modificación de las situaciones jurídicas

consolidadas bajo la vigencia de una ley, con ocasión de la expedición de nuevas regulaciones legales.

Por el contrario, frente a situaciones inciertas y eventuales que no se consolidaron al amparo de una normatividad anterior, opera un principio de aplicación inmediata de la ley <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-155-07.htm> - ftn49# ftn49, a la cual deberán adecuar su conducta quienes no hayan logrado llevar a su patrimonio derechos que concedía la norma derogada. Así, la Corte ha señalado que mientras los derechos adquiridos no pueden ser desconocidos por las leyes ulteriores, por el contrario las simples expectativas no gozan de esa protección, pues “la ley puede modificar discrecionalmente las meras probabilidades o esperanzas que se tienen de obtener algún día un derecho.” Por ello, las expectativas que tiene una persona de adquirir en el futuro un derecho, pueden ser reguladas por el legislador “según las conveniencias políticas que imperen en el momento, guiado por parámetros de justicia y de equidad que la Constitución le fija para el cumplimiento cabal de sus funciones.”

Cabe agregar que en todo caso, la consolidación del derecho que otorga el haber sido incluido en una lista de elegibles, se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer.

Por su parte, la estabilidad de la lista de elegibles en tanto acto administrativo particular y concreto se obtiene una vez este haya sido notificado al destinatario y se encuentre en firme con carácter ejecutivo y ejecutorio – Artículo 64 del C.C.A.-, caso en el cual no podrá ser revocado por la Administración sin el consentimiento expreso y escrito del particular -Artículo 73 del C.C.A.-, salvo que se compruebe que el acto ocurrió por medios ilegales o tratándose del silencio administrativo generador de actos fictos en los términos del artículo 69 del mismo estatuto sea evidente su oposición a la Constitución Política o a la Ley, contrario al interés público o social o cause agravio injustificado a una persona.

Lo cierto es que una vez en firme, al acto administrativo que contiene la lista de elegibles no puede ser modificado en sede Administrativa, sin perjuicio de la posible impugnación que se surta en sede judicial por fraude o incumplimiento de los requisitos de la convocatoria. Por ello, cuando el nominador designa para desempeñar un cargo de carrera a una persona que ocupó un puesto inferior dentro de la lista de elegibles, desplazando a quien la antecede por haber obtenido mejor puntaje, lesiona sin lugar a dudas derechos fundamentales, entre ellos, el de igualdad, el derecho al trabajo y el debido proceso. Como también se lesionan los derechos fundamentales de quienes ocupan los primeros lugares en las listas de elegibles cuando se reconforman dichas listas sin existir justo título que así lo autorice (...)”<sup>12</sup>.

Por su parte, el Consejo de Estado<sup>13</sup> ha sostenido sobre la lista de elegibles lo siguiente:

“En suma, la lista de elegibles tiene la vocación de materializar la regla constitucional de los artículos 125 y 131 de la Constitución, según la cual los cargos públicos y en específico, los de la función notarial deben ser provistos mediante el sistema de concurso público, en donde el mérito es la regla característica para su provisión.

(...)

Por ello, **la situación de figurar en la lista de elegibles implica, por un lado, el derecho del participante a ser nombrado en el cargo para el cual concursó y, por otro, la correlativa obligación de la administración o entidad convocante, de nombrar a quien figura en turno en la mencionada lista de elegibles (...)**”

En desarrollo de las funciones previstas en el artículo 11 de la Ley 909 de 2004 en lo que a listas de elegibles se refiere, la CNSC expidió el Acuerdo 562 de 5 de enero de 2016 “**por el cual se reglamenta la 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**”, en este se establece como función

<sup>12</sup> Corte Constitucional SU 913 de 2009 MP. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

<sup>13</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, C.P Alberto Yepes Barreiro, 23 de octubre de 2014 Rad. N° 25-000-23-41-000-2013-02805-02, Actor: JUAN FRANCISCO FORERO GOMEZ

de competencia exclusiva de esa entidad, la de conformar las listas de elegibles, y una vez comunicada la firmeza de la lista de elegibles, la entidad para la cual se adelantó la convocatoria debe producir los nombramientos en período de prueba.

## 2.6. PRUEBAS Y HECHOS DEMOSTRADOS

De acuerdo con el material probatorio obrante en el plenario, se encuentra acreditado lo siguiente:

- Que la señora Nancy Yamile Rodríguez Suárez se inscribió, participó y ganó el concurso abierto de méritos para ocupar el cargo de INSTRUCTOR CÓDIGO 3010 GRADO 1 correspondiente a la OPEC no. 58632, ocupando el puesto veinticuatro (24) en la lista de elegibles para el cargo mencionado, según consta en la Resolución no. 20182120181235 de 24 de diciembre de 2018.
- Que el SENA mediante correo electrónico dio respuesta a una petición elevada por la señora Nancy Yamile Rodríguez Suárez identificada con el número de radicación 7-2020132830, en la que le indicó que no existe vacante desprovista, en provisionalidad o en encargo que corresponda al empleo identificado con la OPEC no. 58632 y que en el evento que esta se presente y ella cumpla con los requisitos la entidad le comunicará. Asimismo, le informó que los cambios de perfiles en los empleos que han sido creados con posterioridad a la convocatoria 436 de 2017 obedece a las necesidades del servicio de cada uno de los centros de formación.
- Que la CNSC mediante oficio identificado con el número 20205000656311 del 1 de septiembre de 2020 absolvió varias inquietudes relacionadas con la convocatoria 436 de 2017 elevadas por varios concursantes.

## 2.7. CASO CONCRETO

Pretende la accionante a través del trámite de la referencia que se amparen sus derechos fundamentales indicados *supra* y en consecuencia se ordene a las entidades accionadas que en aplicación de lo previsto en la Ley 1960 de 2019 se proceda a efectuar su nombramiento y posesión en período de prueba en un empleo similar del cual ella hace parte de la lista de elegibles dentro de la convocatoria 436 de 2017, específicamente en el cargo de INSTRUCTOR CÓDIGO 3010 GRADO 1 correspondiente a la OPEC no. 58632 sin importar si fueron o no convocados.

El juzgado de primera instancia consideró que en el caso *sub examine* no hay vulneración de derechos fundamentales alguno por parte de las entidades accionadas por cuanto la Ley 1960 de 2019 fue proferida con posterioridad a la convocatoria 436 de 2017, es decir, que se rige por las normas anteriores como la Ley 909 de 2004 y reglamentarias y por lo tanto no le es aplicable la nueva legislación.

La accionante impugnó la sentencia de primera instancia, al considerar que la interpretación del *a quo* es equivocada, toda vez que, sí es aplicable lo establecido en la Ley 1960 de 2019 en el sentido de que se pueden proveer empleos con listas de elegibles que fueron expedidas con anterioridad a la promulgación de la referida ley sin importar si el empleo fue convocado o no o creado con posterioridad al concurso.

Hechas las anteriores precisiones, se tiene, que a través de la Resolución no. 20182120181235 de 24 de diciembre de 2018 la CNSC conformó la lista de elegibles para el cargo denominado INSTRUCTOR CÓDIGO 3010 GRADO 1 correspondiente a la OPEC no. 58632, acto administrativo con el cual se proveyeron catorce (14) vacantes, por lo tanto, la accionante al ocupar el puesto veinticuatro (24) en el registro no alcanzó a obtener vacante alguna.

De conformidad con la respuesta por parte de la CNSC la referida lista de elegibles fue publicada el 4 de enero de 2019, cobrando firmeza el 15 de esos mismos mes y año, encontrándose vigente hasta el 14 de enero de 2021, es decir que en los términos de la jurisprudencia constitucional la acción de tutela en principio no es el mecanismo adecuado para debatir la legalidad del citado acto administrativo, pues se podrían afectar derechos subjetivos; no obstante lo anterior el alto tribunal ha admitido la procedencia del mecanismo constitucional de amparo pese a la firmeza de la lista de elegibles, en aquellos casos de fraude, incumplimiento de los requisitos de la convocatoria o cuando su aplicación conlleve el desconocimiento de derechos fundamentales.

En el caso bajo estudio el fundamento de la petición de amparo es el desconocimiento de la aplicación de la Ley 1960 de 2019 art. 6º en el concurso de méritos no. 436 de 2017 que fue adelantado por la CNSC con anterioridad a su expedición, desconociéndose con ello el principio del mérito que rige el acceso a los empleos públicos, argumentos bajo los cuales se colige que la acción de tutela es procedente y por ello se realizará el análisis de fondo del asunto.

La Sala coloca de presente que la Ley 1960 de 2019 fue publicada en el Diario Oficial no. 50.997 de 27 de junio 2019, modificando algunos apartes de la Ley 909 de 2004, estableciendo respecto de la lista de elegibles en los procesos de selección en los concursos de méritos lo siguiente:

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

“Artículo 31. El Proceso de Selección comprende:

1. (...)
2. (...)
3. (...)

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

De lo anterior se tiene que el legislador autorizó a la Comisión Nacional del Servicio Civil que elabore en estricto orden de mérito listas de elegibles para que se provean las vacantes definitivas de cargos convocados y equivalentes no convocados y que surjan con posterioridad a la convocatoria de los concursos siempre y cuando sea en la misma entidad.

Con fundamento en lo anterior la CNSC ha expedido una serie de criterios unificados respecto de la aplicación de la Ley 1960 de 2019 los cuales se encuentran publicados en la página oficial de la entidad en los siguientes términos:

- Criterio del 16 de enero de 2020, complementado el 6 de agosto de 2020, donde se define el uso de la lista de elegibles:

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

- Criterio de 22 de septiembre de 2020, donde se definen los conceptos “mismo empleo” y “empleo equivalente”:

“En cumplimiento del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, las listas de elegibles producto de un proceso de selección se usarán para proveer vacantes definitivas de los “mismos empleos” o “empleos equivalentes”, en los casos previstos en la Ley Para efecto del uso de listas se define a continuación los conceptos de “mismo empleo” y “empleo equivalente”:

- MISMO EMPLEO. Se entenderá por “mismos empleos”, los empleos con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, mismos requisitos de estudio y experiencia reportados en la OPEC, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC.

- EMPLEO EQUIVALENTE. Se entenderá por empleos equivalentes aquellos que pertenezcan al mismo nivel jerárquico, tengan grado salarial igual, posean el mismo requisito de experiencia, sean iguales o similares en cuanto al propósito principal o funciones, requisitos de estudios y competencias comportamentales y mismo grupo de referencia de los empleos de las listas de elegibles.”

Los anteriores criterios, como lo ha reconocido la Corte Constitucional<sup>14</sup>, gozan de un valor especial al ser expedidos por el organismo que por mandato constitucional tiene la función de administrar las carreras de los servidores públicos de conformidad con lo establecido en el artículo 130 de la Constitución Política.

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional dentro del expediente T-7.650.952 profirió la sentencia de revisión de 21 de agosto de 2020, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, en la que estudió un caso muy similar al de la referencia y sobre la aplicación de la Ley 1960 de 2019 consideró lo siguiente:

“3.7.2. Visto lo anterior, de conformidad con la Ley 909 de 2004 y la jurisprudencia unificada de esta Corporación antes de la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, habría que revocar la decisión del Tribunal Administrativo de Santander, comoquiera que la regla aplicable al caso permitía concluir que el ICBF solo podía hacer uso de la lista de elegibles contenida en la Resolución No. 20182230073845 del 18 de julio de 2018, para proveer los dos cargos inicialmente ofertados en la OPEC No. 34782, como en efecto lo hizo. De forma que, una nueva vacante no convocada debería ser ocupada mediante la figura de encargo o de provisionalidad, mientras se adelantaba un nuevo concurso de méritos. Tal como en efecto ocurrió.

Dicho esto, **la Sala encuentra que en esa decisión el Tribunal no tuvo en cuenta, primero, la jurisprudencia reiterada de la Corte respecto de la utilización de las listas de elegibles únicamente para proveer los cargos inicialmente convocados. Segundo, que el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, antes de su modificación, establecía que las listas de elegibles vigentes solo serían usadas para cubrir las vacantes inicialmente ofertadas. Tercero, que el parágrafo 1 del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015,**

<sup>14</sup> Corte Constitucional T-7.650.952 de 21 de agosto de 2020 MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

que compiló el Decreto 1227 de 2005, antes de ser modificado por el Decreto 498 de 2020 [59], reafirmaba la prohibición de proveer vacancias definitivas de cargos no convocados. Y, cuarto, que se equiparó el término oferta pública de empleos de carrera (OPEC) al de empleo y, por tal razón, se ordenó el nombramiento del accionante "en el empleo identificado con el OPEC No. 34782", cuando lo cierto es que en la referida oferta pública únicamente se ofertaron dos cargos.

Sin embargo, 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 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”.

De la jurisprudencia constitucional transcrita se desprende que en aplicación del principio del mérito para el acceso a los cargos públicos los efectos de la Ley 1960 de 2019 sí son aplicables a la lista de elegibles de los concursos que han sido desarrollados antes de su expedición, ya que con ello se garantizan los principios de economía, eficiencia y eficacia de la función pública y en consecuencia, se permite respecto de aquellas personas que ocupan un lugar en la lista de elegibles que excedía el número de vacantes ofertadas y por proveer, sean nombradas en vacantes definitivas que se vayan generando aun cuando no haya sido ofertadas.

En ese sentido para la Sala respecto del primer problema jurídico planteado en el caso *sub examine*, consistente en determinar si es procedente la conformación de nuevas listas de elegibles para la provisión de nuevos cargos que surgieron con posterioridad a la convocatoria no. 436 de 2017, considera que dicha circunstancia es viable pues, como ya quedó suficientemente establecido, los efectos de la Ley 1960 de 2019 son aplicables



a los concursos que iniciaron con anterioridad a su vigencia, razón por la cual el SENA en calidad de entidad responsable de reportar los nuevos empleos y los que se encuentren vacantes a la CNSC tiene el deber de remitir la información concerniente no solo de aquellos denominados “mismo empleo” sino también de los denominados “empleo equivalente” con la finalidad de sean elaboradas las nuevas listas de elegibles.

En consonancia con lo anterior, la Sala advierte que dentro de expediente no obra prueba que permita evidenciar que el SENA haya desplegado actuación administrativa alguna con la finalidad de establecer y/o determinar cuáles empleos al interior de la entidad pueden ser considerados como equivalentes a los de la OPEC no. 58632 de la convocatoria 436 de 2017, situación que constituye una vulneración al debido proceso de la accionante, por cuanto aquella tiene derecho a que la CNSC con base en la información que le sea reportada elabore las nuevas listas de elegibles en aplicación de lo preceptuado en la Ley 1960 de 2019, razón por la cual se revocará la sentencia de primera instancia y en su lugar se amparará el derecho fundamental al debido proceso y en consecuencia se ordenará lo siguiente:

i) Al SENA que, dentro del marco de sus competencias y dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del presente fallo, despliegue todas las actuaciones administrativas pertinentes y tendientes con la finalidad de establecer y/o determinar cuáles empleos al interior de la entidad pueden ser considerados como equivalentes a los de la OPEC no. 58632 de la convocatoria 436 de 2017, información que en el evento de ser procedente deberá reportar a la CNSC para lo de su competencia.

ii) A la CNSC que, dentro del marco de sus competencias y dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la información que llegara a reportar el SENA, previa verificación de los requisitos mínimos que haya a lugar, elabore la lista de elegibles para proveer los empleos vacantes que tengan equivalencia con la OPEC no. 58632 de la convocatoria 436 de 2017 en aplicación de la Ley 1960 de 2019.

La Sala respecto del segundo problema jurídico, consistente en determinar si hay lugar a realizar nombramiento y posesión de la señora NANCY YAMILE RODRÍGUEZ SUÁREZ en período de prueba en un empleo equivalente al previsto en la OPEC no. 58632 de la convocatoria 436 de 2017, considera que tal circunstancia no es posible porque en el evento que hubiera lugar a que la CNSC elabore una lista de elegibles no se tiene certeza del número de puesto ocuparía dentro de aquella y podría asistirle un mejor derecho a otro integrante, motivo por el cual se denegará el amparo de los demás derechos invocados en el escrito de tutela, con la advertencia respecto del derecho fundamental de petición, que la solicitudes elevadas por la accionante fueron resueltas por las entidades accionadas como bien ella misma lo reconoció y como se desprende de las pruebas relacionadas en el correspondiente acápite de esta providencia.

### III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA - SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN E**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

## FALLA

**PRIMERO. – REVOCAR** la sentencia del 19 de octubre de 2020 proferida por el Juzgado Treinta y Uno Administrativo del Circuito de Bogotá, por medio de la cual negó el amparo solicitado por la señora NANCY YAMILE RODRÍGUZ SUÁREZ y en su lugar **AMPARAR** el derecho fundamental al debido proceso y **NEGAR** el amparo de los demás derechos fundamentales invocados.

En consecuencia, **ORDENAR** lo siguiente:

i) Al SENA que, dentro del marco de sus competencias y dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del presente fallo, despliegue todas las actuaciones administrativas pertinentes y tendientes con la finalidad de establecer y/o determinar cuáles empleos al interior de la entidad pueden ser considerados como equivalentes a los de la OPEC no. 58632 de la convocatoria 436 de 2017, información que en el evento de ser procedente deberá reportar a la CNSC para lo de su competencia.

ii) A la CNSC que, dentro del marco de sus competencias y dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la información que llegara a reportar el SENA, previa verificación de los requisitos mínimos que haya a lugar, elabore la lista de elegibles para proveer los empleos vacantes que tengan equivalencia con la OPEC no. 58632 de la convocatoria 436 de 2017 en aplicación de la Ley 1960 de 2019.

**SEGUNDO. - NOTIFICAR** por el medio más expedito y eficaz a las partes –Art. 30 del Decreto 2591 de 1991-, entregándoles copia íntegra del fallo.

**TERCERO. - ENVIAR** copia de esta providencia al juzgado de origen.

**CUARTO. -** Por Secretaría del Tribunal y dentro del término legal, remítase a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

### NOTIFÍQUESE, CÓPIESE Y CÚMPLASE

Fallo discutido y aprobado en sesión de Sala de la misma fecha



**PATRICIA VICTORIA MANJARRÉS BRAVO**

Magistrada



**RAMIRO IGNACIO DUEÑAS RUGNON**

Magistrado

**JAIME ALBERTO GALEANO GARZÓN**

Magistrado