

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA PENAL

**Magistrado Ponente
LEONEL ROGELES MORENO**

Bogotá, D.C., Once (11) de diciembre de dos mil veinte (2020).

Radicado:	11001-31-09-018-2020-00143
Referencia:	Acción Tutela Segunda Instancia
Accionante:	Henry Franco Londoño
Accionado:	Comisión Nacional del Servicio Civil y otro
Derecho:	Debido proceso y otros
Decisión:	Confirma
Aprobado Acta N°	143 del 11 de diciembre de 2020

ASUNTO

El tribunal resuelve la impugnación interpuesta por los representantes de la Comisión Nacional del Servicio Civil y del Servicio Nacional de Aprendizaje –en adelante C.N.S.C. y S.E.N.A. respectivamente-, contra el fallo proferido el 16 de octubre de 2020, mediante el cual el Juzgado 18 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá concedió el amparo invocado por Henry Franco Londoño.

DEMANDA

El accionante manifestó que participó en la Convocatoria N° 436 de 2017 que adelantó la C.N.S.C.¹ para proveer los empleos vacantes del S.E.N.A., en la cual ocupó el segundo lugar de elegibilidad para el cargo de instructor grado 1, con número de Oferta Pública de Empleos de Carrera -O.P.E.C.- 58.752².

Aseveró que se le vulneraron los derechos a la dignidad, igualdad, petición, trabajo, debido proceso administrativo, acceso a cargos y funciones públicas; así como los principios de confianza legítima, buena fe y seguridad jurídica, porque no ha sido nombrado en alguno de los empleos que se declararon desierto o equivalentes al que se postuló.

Solicitó dar aplicación al artículo 6° de la Ley 1960 de 2019³, el que establece que las listas de elegibles no solo cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso, sino, además, las de los *“cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria...”*.

Sin embargo, pidió prescindir del Criterio Unificado expedido por la C.N.S.C el 16 enero de 2020⁴, en el que se determinó que en los procesos de selección convocados con anterioridad a la entrada en vigencia de la referida norma, deberán usarse esas listas de elegibles para proveer las vacantes de los empleos que integraron la O.P.E.C. de la respectiva convocatoria *“y para cubrir nuevas vacantes que se*

¹ Para lo cual expidió el acuerdo N° 20171000000116 del 24 de julio de 2017.

² Según consulta del O.P.E.C. de la página web de la C.N.C.S corresponde a *“nivel instructor; Denominación: Instructor; Grado 1; Código: 3010; Asignación Salarial: \$2.517.479; (...) Vacantes: Dependencia Risaralda Centro de Comercio y Servicios. Municipio Risaralda-Pereira. Cantidad: 1”*

³ Que modificó el numeral 4° del artículo 31 de la Ley 909 de 2004.

⁴ Para lo cual también solicitó ordenar a la C.N.S.V verificar la planta de personal del S.E.N.A para identificar los cargos con esa denominación.

generen con posterioridad y que correspondan a los “mismos empleos” entendiéndose, aquellos con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes, criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de O.P.E.C”.

Añadió que ninguna de las accionadas le había dado una respuesta de fondo a su requerimiento.

En posterior escrito, indicó que la comisión emitió un nuevo Criterio Unificado del 22 de septiembre, en el que aprobó el uso de esas listas de elegibles con empleos equivalentes⁵ -que es lo que él pretende-, pero advirtió que en las respuestas que recibió de las entidades accionadas, éste no se tuvo en cuenta.

ACTUACIÓN

El Juzgado 18 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, el 2 de octubre de 2020, avocó la acción en contra de la C.N.S.C. y el S.E.N.A. También, ordenó la vinculación de los ciudadanos que hacen parte de la lista de elegibles N° 20182120189335 del 24 de diciembre de 2018 para proveer la vacante con OPEC N° 58.752 de la Convocatoria 436 de 2017⁶.

El asesor jurídico de la C.N.S.C. afirmó que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para cuestionar la legalidad de los actos

⁵ Según ese acto administrativo se entiende por empleo equivalente “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”

⁶ Así mismo ordenó a la C.N.S.C la publicación de ese auto en la página web de esa convocatoria y en el Sistema de Apoyo para la Igualdad, Mérito y Oportunidad –S.I.M.O.-

administrativos, porque el actor cuenta con otros mecanismos de defensa judicial para ello, salvo que se utilice como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Informó que el accionante ocupó la posición N° 2 en la Convocatoria 436 de 2017 para el empleo de instructor grado 1 con O.P.E.C. N° 58.752, que proveía una vacante y que, en esas condiciones, el derecho al nombramiento fue del aspirante que ocupó la primera posición en la lista de elegibles.

Indicó que no tiene competencia para realizar nombramientos, posesiones, ni en la administración de la planta de personal, lo cual corresponde a los representantes legales o delegados de las entidades⁷.

Expuso que las citadas tienen el deber de informar a esa comisión sobre las novedades que se presenten con los nombramientos, posesiones, calificaciones en el periodo de prueba, renunciaciones y demás situaciones que puedan afectar la conformación y uso de las listas, para lo cual cuentan con un día hábil contado a partir de la novedad⁸.

Señaló que, con ocasión de la expedición de la Ley 1960 de 2019, su representada profirió el Criterio Unificado del 16 de enero de 2020 en el cual señaló que las listas de elegibles conformadas por la C.N.S.C y aquellas expedidas en el marco de procesos de selección – aprobadas con anterioridad al 27 de junio de 2019- deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la O.P.E.C. de la respectiva convocatoria y para cubrir

⁷ Sobre el particular citó el artículo 2.2.5.1.1 Decreto 1083 de 2015.

⁸ Acuerdo 562 de 2016 artículo 33.

nuevas que se generen con posterioridad y que correspondan a los “*mismos empleos*”.

Se refirió a los vocablos “*mismos empleos*” como aquellos con “*igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, requisitos de estudio y experiencia, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes*” por lo cual se emitió la Circular Externa N° 0001 de 2020 en la que se fijó los parámetros para reportar esas vacantes.

Indicó que los elementos del perfil de cada empleo, deben ser coherentes con las exigencias funcionales por lo que, en ese contexto, el sentido de la frase “*mismo empleo*” corresponde a uno “*exactamente igual*”.

Citó el fallo de tutela N° 2019-00053-02, proferido por la Sala de Familia de este Tribunal, que en el marco de esta convocatoria ordenó suplir los cargos de instructor declarados desiertos.

Indicó que, en virtud de esa orden, expidió el Auto N° 0353 de 2020 del 15 de mayo de 2020 con el que dispuso “*conformar las listas generales de elegibles para los empleos denominados Instructor, código 3010, grado 1 declarados desiertos (...) cuya expedición deberá producirse una vez se resuelvan las actuaciones administrativas de exclusión presentadas por la Comisión de Personal del S.E.N.A y los recursos de reposición elevados ante esa entidad, en garantía del debido proceso de todos los aspirantes de esa convocatoria*”.

Informó que por el aislamiento obligatorio, esa comisión profirió la Resolución N°. 4970 del 24 de marzo de 2020 con la que suspendió

los términos en los procesos de selección del 24 de marzo hasta el 11 de mayo de esta anualidad, así como aquellos atinentes a reclamaciones y solicitudes de exclusión, y que en adelante se han conformado las listas generales para proveer otros empleos declarados desiertos en las áreas de biotecnología industrial, instrumentación y control de procesos, derechos humanos y fundamentales en el trabajo.

Sin embargo, recalcó la existencia del Criterio Unificado del 16 de enero pasado, en el que se describió que las listas de elegibles aplican para los mismos empleos, lo cual incluye la ubicación geográfica que los aspirantes tuvieron la oportunidad de elegir al momento de su inscripción.

Afirmó que la C.N.S.C. cumplió con agotar las listas en atención al O.P.E.C. reportado por el S.E.N.A. y que, en este caso, deben respetarse los derechos que tienen los aspirantes que hacen parte de las listas conformadas en los municipios. Sin embargo, admitió que aquellas se han conformado sin tener en cuenta la ubicación geográfica dado que los jueces de tutela han ordenado su elaboración respecto de los empleos declarados desiertos.

Informó que, en la vigencia de esta lista, el S.E.N.A. no reportó en el Sistema de Apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad – S.I.M.O.- vacantes adicionales a las ofertadas en el marco de esta convocatoria y que cumplan con el criterio de “*mismos empleos*”.

En relación con el derecho de petición, expuso que fue resuelto con el radicado 20205000656311, enviado al correo electrónico el pasado 14 de septiembre, por lo que solicitó declarar la

improcedencia de la acción ante la inexistencia de vulneración a los derechos fundamentales del actor.

El S.E.N.A. no hizo pronunciamiento. Tampoco los ciudadanos vinculados.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 16 de octubre del año en curso, el juzgado concedió el amparo de los derechos fundamentales de acceso a cargos y funciones públicas, al trabajo, al debido proceso administrativo y a la igualdad⁹.

Señaló que, para el caso concreto, el actor no puede acudir a la jurisdicción contencioso administrativa porque cuando se resuelva esa controversia *“el concurso habría llegado a su fin”*.

Anunció que, si bien el cargo para el cual se postuló Henry Franco Londoño solo tenía una vacante, que fue asignada al primero de la lista *“le es permitido continuar ahora ocupando el 1º lugar (...) para proveer las posibles vacantes de los empleos iguales al ofertado”*.

Constató que para el cargo al que se postuló el accionante, el S.E.N.A. manifestó que no ha reportado vacantes adicionales a las que ofertó o que cumplan con el criterio de *“mismos empleos”*, de cuya definición se apartó, porque en su sentir se limita al actor a la ciudad para la que se postuló –Pereira, Risaralda-, lo cual desconoce el principio del mérito por dar prevalencia al componente de la ubicación geográfica.

⁹ De otra parte, negó el amparo al derecho de petición tras advertir que fue resuelto.

Afirmó que con la aplicación retrospectiva de la Ley 1960 de 2019, es factible la conformación de listas del orden departamental o nacional y, en consecuencia, ordenó a las accionadas “*efectuar el estudio de equivalencia de los empleos vacantes adicionales y no convocados en el territorio nacional*”, respecto del empleo denominado instructor con O.P.E.C. 58.752 Grado 1, después de lo cual deberán consolidar la correspondiente lista de elegibles y proceder al nombramiento en periodo de prueba de quienes tengan “*el mejor derecho*”.

En providencia del 28 de octubre, la juez negó el requerimiento de aclarar el fallo, tras argumentar que la orden impartida no tiene la ambigüedad que predica el representante de la C.N.S.C y porque el propósito de aquel es cuestionar el proveído.

IMPUGNACIÓN

El asesor jurídico de la C.N.S.C informó que no es posible cumplir la orden impartida porque se debe tener en cuenta la posición geográfica regulada en el Criterio Unificado de enero de 2020¹⁰.

Señaló que, si el actor no está de acuerdo con los actos administrativos que fundamentan esa convocatoria, la tutela no es el medio para resolverlo, lo cual quebranta el principio de subsidiariedad porque se trata de normas de carácter general¹¹.

¹⁰ Del cual argumentó que goza de presunción de legalidad, no ha sido modificado o dejado sin efectos por la jurisdicción contencioso administrativa ni declarada la excepción de inconstitucionalidad en la decisión judicial.

¹¹ Añadió que el accionante no demostró la inminencia, urgencia y gravedad que hagan impostergable el amparo que reclama.

Arguyó falta de inmediatez, toda vez que la lista de elegibles fue establecida en el 2018, por lo que el actor interpuso la acción en el término superior a un año.

Precisó que el fallo desconoció el numeral 4º del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 –vigente cuando se realizó el concurso- en el que se establecía que, en estricto orden de mérito, con las listas de elegibles, “*se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso*”. Por lo tanto, no es jurídicamente posible que una vez culminado el proceso de selección y realizados los nombramientos, se “*reagrupen*” o integren nuevas listas generales que incluyan a los elegibles que en su oportunidad no alcanzaron el nombramiento.

Afirmó que no se puede dar aplicación a la Ley 1960 de 2019¹² de manera retrospectiva, porque los artículos 52 y 53 de la Ley 4º de 1913, señalan que la ley sólo rige con posterioridad a la fecha de su promulgación y se trata de un hecho consolidado porque las etapas de la Convocatoria N° 436 de 2017 culminaron.

Advirtió que la forma como se van agotando las listas de elegibles, acontece por las causales de retiro que general vacancias definitivas¹³.

Advirtió que, pasados tres años del concurso, la juez de primera instancia no puede cambiar las reglas de juego a las que se sometieron miles de aspirantes.

Informó que expidió el Criterio Unificado y la Circular en virtud de las facultades que le confieren los literales h y k del artículo 11 de

¹² Informó que con la Circular Conjunta N° 2019000000117 de 29 de julio de 2019 se impartieron instrucciones sobre la aplicación de esa Ley.

¹³ Las causales de retiro del servicio están definidas en los artículos 41 y 42 de la Ley 909 de 2004.

la Ley 909 de 2004, a efecto de garantizar la correcta aplicación de la normatividad de carrera en los procesos de selección iniciados con antelación a la promulgación de la Ley 1960 de 2019.

Agregó que de esa manera se resolvió el problema jurídico sobre las listas de elegibles conformadas con anterioridad a la vigencia de dicha norma, para lo cual se determinó que deberán usarse para cubrir nuevas vacantes que se generaran con posterioridad y que correspondan a los *«mismos empleos»* “entiéndase, aquellos con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes (...)”.

Aseguró que la C.N.S.C no ha vulnerado los derechos fundamentales del actor, porque se le ha garantizado la posibilidad de acceder por mérito a un empleo de carrera administrativa según el proceso de selección previsto en la Convocatoria N° 436 de 2017. Diferente es que no exista un mismo empleo en la planta del personal del S.E.N.A que permita su nombramiento, o de aquellos que cumplan con las características y el Criterio Unificado del 16 de enero de 2020, por lo que solicitó revocar el fallo.

El director del S.E.N.A. relacionó las etapas que se surtieron en el Convocatoria N° 436 de 2017 y su reglamentación, según la cual los aspirantes solo podían inscribirse a un empleo público establecido en cada O.P.E.C.

Expuso que la C.N.S.C. expidió la Resolución N° 20182120189335 del 24 de diciembre de 2018, para proveer la vacante de Instructor Grado 1 en la que el accionante ocupó el segundo lugar.

Precisó que el párrafo primero del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015¹⁴, dispone que las listas de elegibles solo pueden ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, con ocasión de alguna de las causales de retiro.

En relación con los empleos, cuyo concurso fue declarado desierto, aseguró que la comisión accionada se pronunció el 12 de marzo de 2019 y señaló que el uso de la lista no procede para proveer cargos iguales o equivalentes de las plantas globales de las entidades, ni de los aquellos declarados desiertos.

Mencionó el Criterio Unificado de la C.N.S.C. en el que se explicó que la Ley 1960 de 2019 solo es aplicable a los nuevos concursos, por lo que la misma no afecta esta convocatoria.

Recalcó que el S.E.N.A. no tiene competencia para la conformación de las listas de elegibles, ya que su deber consiste en realizar el nombramiento, de manera que argumenta falta de legitimidad en la causa por pasiva.

Destacó que el principio de inmediatez no se cumple porque 21 meses después de la firmeza de la resolución con la que se proveyó la vacante, el actor pretende hacer valer sus derechos. De igual modo, aseveró que no se reúne el de subsidiariedad porque cuenta con otros medios de defensa judicial como lo es, el demandar los actos

¹⁴ En este sentido también citó el Concepto de la C.N.S.C del 15 de marzo de 2019.

administrativos, evento en el cual podrá solicitar como medida cautelar su suspensión¹⁵.

Añadió que la pretensión de ser nombrado en una O.P.E.C diferente a aquella para la que concursó, no está comprendida en el ámbito de los derechos de acceso a cargos públicos y del trabajo.

Señaló que se desconoce el principio de inescindibilidad de la ley, por lo que no le está permitido tomar apartes de la misma y desestimar otros.

Aseveró que el artículo 18 del Acuerdo 562 de 2016 establece que la finalidad del Banco Nacional de Listas de Elegibles es proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos.

De otra parte, adujo que la prerrogativa de la igualdad no se ha desconocido, porque el trato que se les ha dado a los ciudadanos es homogéneo y con observancia de las reglas del concurso. En ese contexto solicitó revocar la sentencia y, en consecuencia, denegar las pretensiones.

CONSIDERACIONES

1. Competencia:

La colegiatura se encuentra habilitada para revisar la decisión impugnada de conformidad con los artículos 32 y 37 del Decreto 2591 de 1991.

¹⁵ En este punto recalcó que el demandante no invocó ningún perjuicio irremediable no solicitó la protección transitoria.

2. Problema jurídico:

Corresponde a esta corporación determinar si las entidades accionadas, vulneraron los derechos cuya protección reclama Henry Franco Londoño, o alguna otra prerrogativa fundamental, de suerte que proceda la confirmación de la decisión impugnada.

3. Solución.

El artículo 86 del Estatuto Superior dispone que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, mediante un trámite preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos fundamentales cuando estén siendo vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o de un particular en los casos expresamente señalados en la ley.

El numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 destaca el carácter subsidiario de este instituto jurídico, al señalar que la acción de tutela solamente procede cuando no existan otros recursos o medios de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En punto del concurso de méritos, la Corte Constitucional precisó que, pese a la existencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativa, la acción de tutela resulta ser la más idónea y eficaz para salvaguardar las garantías fundamentales de los participantes. Puntualmente indicó:

“En relación con los concursos públicos de méritos, la Corte ha consolidado una jurisprudencia uniforme respecto de la ineficacia de los medios judiciales de defensa que existen en

*el ordenamiento jurídico para resolver las controversias que allí se suscitan, sobre la base de estimar que éstos no permiten una pronta y actual protección de los derechos fundamentales en discusión, pues debido al prolongado término de duración de los procesos que se tramitan ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuando se resuelva el asunto ya no será posible reivindicar dichas garantías. Desde esa perspectiva, la acción de tutela se erige como el único mecanismo que haría posible una protección eficiente de los derechos fundamentales que aquí se invocan, razón por la cual el amparo impetrado por los demandantes amerita un pronunciamiento de fondo en la presente providencia."*¹⁶.

También ha advertido que en esta materia, la jurisdicción de lo contencioso administrativo y las medidas cautelares que allí se puedan expedir, no son eficaces para el amparo de los derechos de este raigambre ya que "(i) es necesario seguir y ajustarse al procedimiento descrito en la norma y acudir mediante abogado debidamente acreditado, situación que no ocurre con la acción de tutela, como quiera que este es un instrumento que puede ser usado de manera personal por el titular de los derechos vulnerados, sin necesidad de seguir una forma preestablecida, (ii) por regla general, para que una medida cautelar sea decretada, es imperativo prestar caución para asegurar los posibles perjuicios que con ésta se puedan causar¹⁷ y, (iii) la suspensión de los actos que causen la vulneración de los derechos no es de carácter definitivo, puesto que estas herramientas son transitorias y, en esa medida, la orden final está sometida a las características propias de cada juicio, en

¹⁶ Sentencia T-213A de 2011. Este criterio ha sido reiterado, entre otras, en las sentencias SU-617 de 2013 y T-112 A de 2014.

¹⁷ De acuerdo con el artículo 232 de la Ley 1437/11 no se requerirá de caución cuando se trate de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, de los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos, ni cuando la solicitante de la medida cautelar sea una entidad pública.

contraposición con la protección que brinda el amparo constitucional, que en principio, es inmediato y definitivo. “¹⁸

Ante la censura consistente en la improcedencia de esta demanda constitucional para cuestionar actos administrativos dictados en desarrollo de un concurso de méritos, la jurisprudencia señaló que es viable por vía de excepción “*ya que, más allá de la causal del perjuicio irremediable, cabe examinar la eficacia en concreto del medio existente y de la viabilidad sumaria de las medidas cautelares (...) siendo prevalente, en este escenario, la protección del mérito como principio fundante del Estado colombiano y del actual modelo democrático ...*”¹⁹.

En este caso, Henry Franco Londoño solicitó el amparo de sus derechos fundamentales atrás enunciados y que de conformidad con el artículo 6° de la Ley 1960 de 2019²⁰, se ordene a las demandadas realizar su nombramiento “*para un empleo bien sea que se haya ofertado o no (...) con la denominación Instructor código 3010 grado 1*” al interior de la Convocatoria 436 de 2017.

Con base en la información que se aportó al trámite, el tribunal advierte que el demandante superó las pruebas para acceder al precitado cargo, que en los términos de la O.P.E.C. que solo tenía una vacante en la dependencia de Risaralda –Centro de Comercio y Servicios-. En virtud de esto, el 24 de diciembre de 2018 la C.N.S.C

¹⁸ Sentencia T-376 de 2016.

¹⁹ En la sentencia T 340 de 2020

²⁰ Norma que modificó el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, en los siguientes términos “*(...) 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*”.

profirió la Resolución N° 20182120189335²¹ en la que el actor aparece en la segunda posición con 76.20 puntos.

Estas circunstancias corroboran la procedencia de la demanda constitucional, porque el accionante actualmente ocupa el primer lugar en la lista de elegibles de esa dependencia -luego del nombramiento del primer concursante para el referido cargo- , además de que esa lista aún se encuentra vigente, aunque está próxima a cumplir el término de dos años para el cual fue expedida.

En ese contexto, tampoco se desconoce el principio de la inmediatez, porque se trata de un proceso con efectos jurídicos actuales.

En punto del problema jurídico que se debe resolver, el artículo 125 de la Carta Política dispone que por regla general los empleos del Estado son de carrera²², ya que las vacantes deben ser ocupadas por mérito²³ el cual se define con los concursantes que hayan obtenido el puntaje más alto.

Esto, por cuanto al agotarse las diferentes etapas del concurso, se produce la emisión de la lista de elegibles, cuya designación es obligatoria para la entidad, dependiendo del número de vacantes disponibles.

21 Con firmeza a partir del 15 de enero de 2019 y por la cual se conformó lista de elegibles para proveer una vacante del empleo de carrera con el código O.P.E.C. denominado instructor código 3010 grado 1 del S.E.N.A.

22 Una de las excepciones admitidas por la Constitución a dicha regla es la de los cargos de libre nombramiento y remoción.

23 Según la Corte Constitucional el mérito "*constituye plena garantía que desarrolla el principio de la igualdad, en la medida en que contribuye a depurar las prácticas clientelistas o políticas en cuanto hace al nombramiento de los servidores públicos o cuando fuese necesario el ascenso o remoción de los mismos, lo que les permite brindarles protección y trato sin discriminación de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.*"²³.

En este sentido, la Ley 909 de 2004 reguló el ingreso y ascenso a los empleos de carrera y en su artículo 28 definió los principios que orientan la ejecución de ese procedimiento que además del mérito, contempla la libre concurrencia, la igualdad en el ingreso, la publicidad, la transparencia, la eficacia y la eficiencia.

Dicha norma encargó a la C.N.S.C la administración y vigilancia de las carreras²⁴, por lo que le corresponde realizar el proceso de selección para la provisión definitiva de los empleos públicos, el cual está compuesto por: i) la convocatoria; ii) el reclutamiento; iii) la aplicación de pruebas; iv) la elaboración de listas de elegibles, por estricto orden de mérito que tendrá una vigencia de dos años y v) nombramiento en periodo de prueba.

Tal como se informó en la impugnación, en el primer párrafo del artículo 7º del Decreto 1227 de 2005²⁵ se disponía que *“Una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a concurso con las listas de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, tales listas, durante su vigencia, sólo podrán ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, con ocasión de la configuración para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004.”*

Con ocasión de ese postulado, en su momento la Corte Constitucional expresó que las listas de elegibles generaban el derecho de ser nombradas, solo para los cargos convocados al concurso.

²⁴ Salvo las que tengan un carácter constitucional especial.

²⁵ Modificado por el artículo 7º del Decreto 1894 de 2012 y con el cual se reguló parcialmente la Ley 909 de 2004.

No obstante, artículo 6° de la Ley 1960 de 2019 modificó el numeral 4° del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, al disponer que una vez elaborada la lista de elegibles, *“(...) 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 del concurso en la misma entidad”*.

En torno a la aplicación de esta norma, las accionadas no pueden ignorar que en la sentencia T- 340 de 2020 se concluyó que es viable predicar su retrospectividad, ya que ésta regula situaciones jurídicas que están en curso al momento de su entrada en vigencia, como lo serían las listas de elegibles.

En este sentido la corte precisó *“el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la Ley 1960 de 2019, regula la situación jurídica no consolidada de las personas que ocupaban un lugar en una lista de elegibles vigente que excedía el número de vacantes ofertadas, por lo que las entidades u organismos que llevaron a cabo los concursos deberán hacer uso de estas, en estricto orden de méritos, para cubrir las vacantes definitivas en los términos expuestos en la referida ley.”*²⁶

Lo anterior demuestra que al ciudadano Franco Londoño le asiste el derecho de solicitar el uso de la lista de elegibles de la que hace parte, con ocasión de la nueva norma que le es aplicable.

²⁶ Así mismo aclaró que las entidades deberán verificar, entre otras, que se den los supuestos que permiten el uso de una determinada lista de elegibles, esto es, *“el número de vacantes a proveer y el lugar ocupado en ella, además de que la entidad nominadora deberá adelantar los trámites administrativos, presupuestales y financieros a que haya lugar para su uso”*.

Es importante señalar que en la misma providencia, esa colegiatura advirtió que los conceptos de la C.N.S.C “*gozan de un valor especial, por ser el organismo que, por mandato constitucional, tiene la función de administrar las carreras de los servidores públicos (CP. Artículo 130)*”, razón por la cual aceptó el Criterio Unificado del 16 de enero de 2020, en el que se determinó que la lista de elegibles expedida en un proceso de selección aprobado con anterioridad al 27 de junio de 2019, debía ser usada para cubrir las nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los “*mismos empleos*”, en cuya definición se incluyó el criterio de la ubicación geográfica.

Sin embargo, en este punto es necesario aclarar que el 22 de septiembre, dicha comisión emitió un nuevo concepto en el cual admitió el uso de las listas de elegibles para “*empleos equivalentes*” el cual definió en los siguientes términos:

“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 referencia²⁷ de los empleos de las listas de elegibles”.

Por lo tanto, se trata de un concepto que no limita el derecho del actor al factor territorial, lo cual hace innecesario e inadecuado el reproche de la sentencia impugnada.

²⁷ Mismo Grupo de Referencia o Normativo: Grupo al que se aplica el mismo cuadernillo y se califica agrupado. Por lo tanto, es un agregado estadístico que será empleado para obtener la calificación estandarizada (usualmente basada en el cálculo de la media y desviación típica).

Sin embargo, en razón de que en la impugnación las accionadas insistieron en inaplicar la Ley 1960 de 2019, se advierte la necesidad mantener indemne la orden impartida, aunque por las razones aquí expuestas, además porque el concepto del 22 de septiembre de 2020 ya no contiene la exigencia del factor territorial.

Es necesario aclarar que si bien el fallador ordenó efectuar una labor “conjunta” entre la C.N.C.S y el S.E.N.A para la consolidación de la lista de elegibles y nombramientos en las vacantes no convocadas que tengan equivalencia con el empleo aquí relacionado, esto debe ser desarrollado en el marco de sus competencias.

En relación con los cargos que se declararon desiertos, la C.N.S.C informó que en virtud de la orden que impartió la Sala de Familia de este tribunal, respecto de otra concursante que participó para el mismo cargo²⁸, profirió Auto N° 0535 del 13 de mayo de 2020 para conformar listas generales de elegibles para esos empleos de instructor con código 3010 grado 1.

Finalmente, en cuanto a que no es posible aplicar la Ley 1960 de 2019 de manera retrospectiva, porque los artículos 52 y 53 de la Ley 4° de 1913 disponen que la ley solo rige con posterioridad a su promulgación, se debe recordar que la disposición legal, cuya inaplicación aquí se pide, fue promulgada en el Diario Oficial 50.997 el día 27 de junio de 2019, además este es un tema que ha sido suficientemente definido por la jurisprudencia constitucional.

²⁸ Sobre el particular, citó la parte resolutive de dicha providencia en la que se enunció: “(...) en consecuencia se ordena a la C.N.S.C y al S.E.N.A que en el término de dos meses adelanten el procedimiento respectivo para suplir los cargos de Instructor, declarados desiertos, (...)”

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en Sala de Decisión Penal**, administrando justicia en nombre de la República y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha, origen y contenido relacionados en el cuerpo de este pronunciamiento.

SEGUNDO: NOTIFICAR el presente proveído a las partes por el medio más expedito y **REMITIR** el expediente para su eventual revisión a la Corte Constitucional.

Notifíquese y cúmplase



Leonel Rogeles Moreno
Magistrado



José Joaquín Urbano Martínez
Magistrado

CON AUSENCIA JUSTIFICADA

Jairo José Agudelo Parra
Magistrado