

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA PARA ADOLESCENTES

Magistrado Ponente : John Jairo Ortiz Álzate
Referencia : 11001311805202000113 01 [5.064]
Accionante : Oscar Javier Alford Muñoz
Accionado : Comisión Nacional del Servicio Civil. Otra
Decisión : Revoca. Tutela

Aprobado en acta No.0147A

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de diciembre de dos mil veinte (2020)

ASUNTO

La Sala decide la impugnación impetrada contra el fallo de noviembre 24 de 2020 mediante el cual el Juzgado 5 Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Bogotá declaró improcedente la tutela interpuesta por el ciudadano *OSCAR JAVIER ALFORD MUÑOZ*, en protección de sus derechos fundamentales a la dignidad humana, igualdad, petición, trabajo, debido proceso administrativo, acceso a cargos de función pública, confianza legítima, buena fe y seguridad jurídica, cuya vulneración atribuyó a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA.

LA SOLICITUD

Del farragoso y deshilvano escrito tutelar, se extracta para los fines que interesa enfatizar, que el ciudadano *OSCAR JAVIER ALFORD MUÑOZ* se inscribió en la convocatoria No. 436 de 2017 “para proveer

definitivamente por concurso abierto de méritos, los empleos vacantes pertenecientes al sistema general de carrera administrativa del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA”, para el empleo identificado con la denominación INSTRUCTOR, CODIGO 3010, GRADO 1, OPEC No. 59820, promovida por la Comisión Nacional de Servicio Civil. Señala que para dicho empleo ocupó el 2 lugar, por lo que considera tiene derechos adquiridos sobre la consolidación de los resultados de todas las pruebas efectuadas, y sobre cuya base se debieron proveer los cargos en el mismo empleo, en empleos equivalentes o de inferior jerarquía, ubicados dentro del mismo nivel por solicitud de la entidad en este caso, EL SENA, dando aplicación a la Ley 1960 de 2019, esto además por cuanto la CNSC, declaró desiertos varios cargos con la denominación INSTRUCTOR CODIGO 3010 GRADO 1, los cuales presentan similitud funcional, con el cargo que se postuló.

Por tanto, explica que, la CNSC expide la resolución de lista de elegibles No. 20182120188225 del 24 de diciembre de 2018, con firmeza a partir del día desde el día 15 de enero de 2019, para proveer una (01) vacante de la OPEC No. 59820, con la denominación de INSTRUCTOR, CÓDIGO 3010 grado 1, donde ocupó el lugar número SEGUNDO de elegibilidad con 86.63 puntos definitivos.

De igual manera, señala que la CNSC tiene la obligación de conformar, organizar, manejar el Banco Nacional de Lista de elegibles para proveer los cargos declarados desiertos y los cargos temporales que tengan vacancias definitivas o que se creen posterior a la firmeza de las listas de elegibles vigentes, razón por la cual se expiden el Acuerdo 562 de 2016 de conformidad con la Ley 909 de 2004.

Posteriormente, el 27 de junio de 2019 se expide la Ley 1960 por la cual se modifica la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones, en la cual se establece en el artículo 6 numeral 4 que: “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”

Lo anterior, alude, permite el uso de lista de elegibles con cargos no ofertados tal como lo confirma la Comisión accionada en auto de enero del año en curso, por ello, el SENA reportó a la CNSC, unos cargos no ofertados para que se haga el uso de lista de elegibles; sin embargo, este proceso no se ha adelantado ya que siguen existiendo solicitudes de exclusión sin resolver.

Advierte de igual forma, que el 16 de enero de 2020 la CNSC expide el criterio unificado *"uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019"* donde se deja la claridad y la obligatoriedad de hacer el uso de lista de elegibles con los cargos no ofertados posteriores a la entrada en vigencia de la mencionada Ley 1960 de junio de 2019.

Afirma que, pese a que su lista de elegibles vence el 14 de enero de 2021, aun no se le ha dado la posibilidad de hacer uso vulnerando sus derechos fundamentales, al encontrarse como elegible para un cargo con la Denominación INSTRUCTOR, CODIGO 3010, GRADO 1, lo que le da derecho a que se le nombre en un cargo similar al que se presentó; más aún por cuanto varios de los cargos ofertados y no ofertados en las convocatorias de 2008, NO fueron provistas por parte de la CNSC y EL SENA, tratándose de un deber legal y no de una potestad por parte de las mencionadas entidades, sin que por parte de las accionadas le hayan realizado ofrecimiento de nombramiento en periodo de prueba en aplicación de la Ley 909 de 2004 y 1960 de 2019.

Del mismo modo, refiere que el 12 de agosto del cursante presentó derechos de petición ante la CNSC y el SENA, solicitando su nombramiento en un cargo no ofertado con la Denominación Instructor de los cargos no ofertados y desiertos, con similitud funcional con el que se presentó en la convocatoria 436 de 2017; echando de menos una respuesta efectiva por parte de la última entidad referida.

Para sustento de lo expuesto, cita sendas jurisprudencias emitidas en sede de tutela proferidas por diferentes autoridades judiciales; y además, referencia la sentencia T- 340 de 2020 de la Corte Constitucional.

Finalmente, indica que instauró acción de tutela solicitando su nombramiento en periodo de prueba en un cargo no ofertado dando aplicación a la ley 1960 de 2019, dicha tutela fue admitida en el Juzgado 2 Circuito adscrito al SRPA – CFC. Con el número 08-001-31-18-002-2.020-00055- 00 y a su vez le exigió *para que aportara direcciones, correo electrónico y nombres de las personas que se hallan integrando EL LISTADO DE ELEGIBLES para el precitado cargo (cuya posesión reclama activa), a fin de sanear lo instado en forma primigenia; para lo cual se le otorgó LAPSO DE TRES (3) DÍAS*, información esta que le fue imposible obtener por lo que el 19 de octubre pasado, dicho estrado judicial RECHAZÓ de plano su acción de tutela.

En igual sentido, agregó la existencia de hechos nuevos sobre el uso de la lista de elegibles con cargos no ofertados, teniendo en cuenta que el veintidós (22) de septiembre de dos mil veinte (2020), la CNSC emite un nuevo criterio unificado, permitiendo el uso de lista de elegibles con empleos equivalentes de acuerdo a la Ley 909 de 2004, Ley 1960 de 2019 y Decreto 815 de 2018.

Así las cosas, pretende que, en amparo de 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*, 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 CODIGO 3010 GRADO 1. De forma adicional, se ordene 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 59820 a la cual se presentó dentro de la Convocatoria 436 de 2017. Así como se dé respuesta de fondo al derecho de petición radicado el 19 de agosto de 2020.

SENTENCIA IMPUGNADA

El a quo discurrió sobre los requisitos básicos de procedencia de la acción de tutela, subsiguientemente reseñó lo concerniente a la procedencia excepcional de la acción de tutela contra determinaciones adoptadas en los procesos de selección de empleos públicos.

Seguidamente mencionó que: *Este Despacho tuvo conocimiento del fallo emitido por citado juzgado de Ejecución de Penas, con ocasión de la llamada que hiciera la señora secretaria del Juzgado Tercero Homólogo, informando que a ese Despacho les correspondió por reparto del 17 de noviembre de 2020, la tutela presentada por el aquí accionante, contra las mismas entidades, los mismos hechos, identidad de pretensiones, y al correr el debido traslado, la CNSC, les informó que este Juzgado también le había puesto en conocimiento días antes la presente tutela, la cual nos fuera repartida el 10 de los corrientes, es decir 7 días antes.*

Bajo ese entendido, el Despacho profundizó sobre la temeridad, concluyendo que, *frente a estos planteamientos jurisprudenciales, en el caso concreto, el señor ALFORD MUÑOZ, ya había acudido a la acción de tutela a solicitar los mismos derechos aquí invocados, cuya pretensión principal radica en que al estar próxima a vencerse la lista de elegibles para el cargo al cual concursó, solicita se ordene a las accionadas, le informen si hay concursantes que no aceptaron el nombramiento y cuantos (sic) son, para que se continúe haciendo uso de la lista de elegibles en estricto orden de mérito, hasta cubrir las vacantes ofertadas en esa convocatoria, antes que se venzan los dos años. Y para ello a su juicio se debe dar aplicación la Ley 1960 del 27 de junio de 2019, por cuanto tiene derechos adquiridos sobre la consolidación de los resultados de todas las pruebas efectuadas, sobre cuya base debieron proveer los cargos en el mismo empleo, en empleos equivalentes o de inferior jerarquía, ubicados dentro del mismo nivel por solicitud de la entidad en este caso, el SENA; además, porque la CNSC, declaró desiertos varios cargos con la misma denominación, similitud funcional, para el cargo que se postuló y se encuentra como elegible..*

En el caso concreto, adujo, que frente a esos aspectos ya hubo un pronunciamiento, tutelándose el derecho al debido proceso, como se acotó en precedencia, por el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Barranquilla, pretensiones frente a las cuales nuevamente acudió por vía de tutela y que es objeto de estudio en el Juzgado Tercero Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, sin que aparezcan eventos nuevos en el trámite de la misma, por lo que no se puede justificar la presentación de múltiples tutelas, dado que se acredita la configuración de la temeridad, por cuanto hay identidad de partes, identidad de causa pretendi, identidad de objeto y por último , no se evidencia de un argumento nuevo y válido que permita convalidar la duplicidad en el ejercicio de esta acción constitucional.

Además, afirmó que no se cumple el requisito de subsidiariedad, como quiera que el accionante tiene otros medios de defensa judicial contra las decisiones tomadas por el SENA o la CNSC, los cuales se expresan en actos administrativos, demandables ante la jurisdicción contenciosa administrativa, establecidos en la Ley 1437 de 2011, con la posibilidad de solicitar como medida cautelar la suspensión de los actos administrativos que considere fueron ilegales o inconstitucionales. O si lo debatido consiste en la aplicación de la Ley 1960 de 2019, el mecanismo judicial principal es la acción de cumplimiento. Así mismo, no se encuentra probado el requisito de que el accionante se encuentre en un perjuicio irremediable.

Por lo anterior, declaró improcedente la acción instaurada por el señor *ALFORD MUÑOZ*.

LA IMPUGNACIÓN

El accionante adujo que el fallo de primera instancia carece de las condiciones necesarias a la sentencia proporcionada, teniendo en cuenta que, se declaró la acción de tutela improcedente, sin tener en cuenta los pronunciamientos de las altas cortes donde se ha dejado en claro de la procedencia de la acción de tutela en cualquier etapa de un concurso de méritos, como lo es en este caso.

En ese sentido, señaló que la CNSC cambió el criterio unificado el pasado 22 de septiembre de 2020 donde después de que la entidad analizó el uso de lista de elegibles aprobó su uso con empleos equivalentes; sin embargo, en su caso el SENA Y la CNSC pretenden aplacarlo solamente respecto del mismo empleo yendo en contravía del debido proceso administrativo. Así mismo asevera, que el juez de primera instancia, tampoco tuvo en cuenta la sentencia T 340 de la Honorable Corte Constitucional yendo en contra del precedente judicial.

De forma adicional, hizo alusión a los múltiples pronunciamientos emitidos en sede de tutela, respecto de situaciones análogas, esto es la aplicación de la Ley 1960 de 2019.

Con todo, solicitó que se revocara la sentencia de primera instancia para que en su lugar se amparen los derechos fundamentales que considera transgredidos.

CONSIDERACIONES

1. Competencia.

Al tenor del artículo 86 de la Carta Política, desarrollado en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, modificado por el Decreto 1382 de 2000, ratificado en el Decreto 1069 de 2015, este último modificado por el Decreto 1983 de 2017, normas que rigen el reparto de las acciones de tutela, el a quo podía tramitar y decidir la solicitud del demandante *ALFORD MUÑOZ*.

Atendida la naturaleza jurídica de la Comisión Nacional del Servicio Civil, entidad pública del orden nacional de acuerdo con las previsiones contenidas en el artículo 130 de la Carta Política, en armonía con el artículo 7o de la Ley 909 de 2004.

En este orden de ideas, en virtud del factor contemplado en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, ningún reparo suscita la competencia de esta Sala para pronunciarse sobre la impugnación. Ello, pues al tenor del

artículo 168 de la Ley 1098 de 2006, tiene la condición de superior en el ámbito referido del funcionario de primera instancia.

2. Análisis del caso concreto.

De conformidad con el artículo 86 de la Carta Política antes citado, la tutela constituye un mecanismo residual que permite la intervención inmediata del juez constitucional en aras de proteger los derechos fundamentales ante su vulneración o amenaza por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, tratándose de estos últimos en los casos previstos en la norma en referencia. Esa acción pública está caracterizada además, de acuerdo con las previsiones del artículo 3 del Decreto 2591 de 1991, por los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia.

Así las cosas, para determinar la prosperidad de la tutela presentada por la accionante y, consecuentemente, de la impugnación presentada contra el fallo de primera instancia, resulta necesario verificar la existencia o no de una situación de menoscabo o riesgo para los derechos de tal rango. De igual modo, la carencia del medio ordinario de defensa judicial, a menos, desde luego, que el mismo sea ineficaz, o resulte viable el amparo con carácter de mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; en fin, en las hipótesis excepcionales contempladas en el artículo 6, numeral 1, *ibídem*.

Inicialmente, teniendo en cuenta la decisión emitida en primera instancia, en sede de impugnación se hizo necesario requerir a las autoridades mencionadas (Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Barranquilla – Atlántico y Juzgado 3 Penal del Circuito para adolescentes de Bogotá), a fin de establecer realmente la existencia o no de la temeridad decretada, esto toda vez que en expediente digital remitido no se halló copia de las piezas procesales correspondientes, necesarias para determinar la existencia de dicha figura procesal, esto es el escrito de tutela y el fallo, requerimiento que fue debidamente atendido por las autoridades judiciales en comento.

En este punto se debe indicar que el análisis se realizará respecto de la acción de tutela instaurada ante el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Barranquilla – Atlántico y la que correspondió al Juzgado a quo, toda vez que la conocida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito para adolescentes fue repartida en fecha posterior y por lo tanto el fallo proferido no tendría incidencia en la presente acción constitucional.

Ahora bien, revisados los elementos probatorios allegados establece la Sala que no se trata de una acción temeraria, como quiera que, aunque existe similitud respecto del accionante y las entidades demandadas relacionadas en el escrito introductorio allegado al Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Barranquilla – Atlántico y a este Estrado Judicial, la relación fáctica y pretensiones son completamente distintas, pues, aunque versan sobre la Convocatoria Nro. 436 de 2017; ante el Juzgado de Ejecución de Penas, se busca que ordene a las entidades demandadas la realización de una audiencia pública por áreas temáticas, para la selección del empleo entre todas las vacantes temporales, de acuerdo al orden de mérito establecido en la respectiva lista de elegibles, lo cual no tiene semejanza con las pretensiones contenidas en el escrito genitor asignado a esta Judicatura, en consecuencia se procederá a su análisis.

En desarrollo de dicho cometido, sea lo primero indicar, que *ALFORD MUÑOZ* pretende la protección para sus derechos fundamentales al trabajo, al acceso a cargos públicos, a la igualdad, al debido proceso y petición, cuyo rango fundamental de manera alguna se discute de conformidad con los artículos 11, 13, 23, 25 y 29 de la Carta Política.

También, que atribuye su vulneración, a la CNSC y al SENA. Ello, por cuanto aduce que luego de participar en el concurso de méritos Convocatoria 436 de 2017 por la Comisión Nacional de Servicio Civil, logró obtener el puesto 2 en el cargo INSTRUCTOR CODIGO 3010 GRADO 1 y pese a que varios de los cargos ofertados y no ofertados en la convocatoria en mención aún no han sido provistas, no se le ha dado la posibilidad de hacer uso de Lista de Elegibles en la que se encuentra. En

ese sentido, arguye que, de acuerdo a la Ley 906 de 2004, el acuerdo 562 de 2016 y la Ley 1960 de 2019, les corresponde a las entidades accionadas hacer uso de dicha lista de elegibles con cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso.

Como primera medida, debe precisar la Sala, sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir actos administrativos expedidos dentro de un concurso de méritos; con fundamento en las características de residualidad y subsidiariedad que reviste la acción de tutela, han sido reiterados los pronunciamientos de la Corte Constitucional en los cuales ha precisado que esta acción es improcedente, como mecanismo principal y definitivo, para proteger derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos en el marco de una convocatoria o concurso de méritos, ya que para debatir la legalidad de aquéllos el ordenamiento jurídico prevé las acciones contencioso-administrativas, en las cuales se puede solicitar desde la demanda la suspensión provisional del acto como medida cautelar. Bajo esa premisa, la Corte ha precisado lo siguiente¹:

En ese sentido, la Corte ha indicado que la acción de tutela no procede para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un proceso de concurso de méritos. Lo anterior se debe a que dada la naturaleza subsidiaria y residual de la acción de tutela, quien pretenda controvertir el contenido de un acto administrativo, debe acudir a las acciones que para tales fines existe en la jurisdicción contencioso administrativa.

Sin embargo, lo anterior no obsta para que, en casos excepcionales, cuando se demuestre la existencia de un perjuicio irremediable, el juez pueda conceder la protección transitoria, mientras la jurisdicción competente decide de manera definitiva sobre la legalidad del acto. De manera que para admitir la procedencia de la acción de tutela deben observarse las siguientes reglas:

(i) cuando el accionante la ejerce como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual debe cumplir con los requisitos de ser inminente, de requerir medidas urgentes, de ser grave y de ser impostergable; y,

¹ Sentencia T-045/11. También pueden consultarse: sentencias T-100/94, 046/95, 455/96, 256/95, 315/98, 1198/01, 599/02, 600/02 y 654/11.

(ii) *cuando el medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca y que en caso de no ser garantizado, se traduce en un claro perjuicio para el actor.*

Esa postura fue reafirmada por la misma Corporación en sentencia SU-553/15, donde la Corte abordó el estudio de un asunto similar al aquí planteado y fijó un derrotero sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela frente a los actos administrativos en materia de concurso de méritos, que busca evitar un perjuicio irremediable por cuanto la lista de elegibles pierde vigencia:

La jurisprudencia constitucional ha determinado que existen casos excepcionales en los que no opera la regla general de improcedencia de la acción de tutela contra este tipo de actos administrativos. El primer supuesto, es cuando el medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca y que en caso de no ser garantizado, se traduce en un claro perjuicio para el actor; y el segundo, cuando el accionante ejerce la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual debe cumplir con los requisitos de ser inminente, de requerir medidas urgentes, de ser grave y de ser impostergable. De ahí que, en ciertos casos, cuando la acción de tutela se interpone contra actos administrativos relacionados con concursos de méritos, el perjuicio irremediable que se pretendería evitar son las consecuencias negativas que se derivan de la pérdida de vigencia de la lista de elegibles, las cuales no se podrían impedir si exige al tutelante el previo agotamiento de los medios de control dispuestos en la jurisdicción de lo contencioso administrativo para reclamar la protección de su derecho, por la extensa duración de su trámite.

De igual forma, en este pronunciamiento la Corte precisó que las controversias que sobre la protección de derechos fundamentales se susciten dentro de un concurso de méritos, por el corto plazo del mismo exigen soluciones prontas, eficientes y eficaces, que en la mayoría de los casos únicamente se logran a través de la jurisdicción constitucional por vía de tutela.

Como las prenotadas circunstancias son evidentes en el presente asunto, si se superan otros niveles de análisis, procederá el amparo constitucional petitionado.

En segundo lugar, esta Corporación concreta lo atinente al derecho fundamental al debido proceso administrativo en los concursos de méritos, esto es la convocatoria como ley del concurso; el artículo 125 de la Carta Política, concerniente a la carrera administrativa y los concursos de méritos, establece lo siguiente:

ARTICULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Todos los servidores públicos serán designados por concurso público de méritos, salvo aquellos respecto de quienes la Constitución o la ley establezcan un mecanismo de designación especial. De esta disposición quedan exceptuados los ministros, los viceministros, los jefes de departamento administrativo, los secretarios de despachos departamentales y municipales y los gerentes o directores de las entidades descentralizadas de todo orden. El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

En particular este artículo 125 superior consagra que el nombramiento de funcionarios en cargos de carrera debe hacerse, salvo excepciones constitucionales o legales, mediante concurso público. Esta disposición constitucional establece, como regla general, el mérito como criterio tanto para el ingreso y el ascenso, como para la permanencia en la carrera, y de dicha disposición normativa igualmente se desprende que la carrera administrativa se desarrolla en tres momentos diferentes: el ingreso, el ascenso y el retiro.

Ahora bien, sobre la creación de sistemas específicos o especiales de carrera administrativa, la Corte Constitucional en Sentencia C-563/00, dijo:

No se trata entonces de exceptuar a esas entidades del régimen de carrera, sino de diseñar un sistema especial para cada una de ellas, dada su singularidad y especificidad; los regímenes especiales o 'sistemas específicos' como los denominó en legislador en la norma impugnada, son carreras administrativas reguladas por normas propias, que atienden, de una parte la singularidad y especificidad de las funciones que a cada una de ellas corresponde y de otra los principios generales que orientan la carrera administrativa general contenidos en la ley general que rige la materia.

Los sistemas específicos de carrera son constitucionales en la medida en que respeten el principio general, esto es que establezcan procedimientos de selección y acceso basados en el mérito personal, las competencias y calificaciones específicas de quienes aspiren a vincularse a dichas entidades, garanticen la estabilidad de sus servidores, determinen de conformidad con la Constitución y la ley las causales de retiro del servicio y contribuyan a la realización de los principios y mandatos de la Carta y de los derechos fundamentales de las personas, a tiempo que hagan de ellos mismos instrumentos ágiles y eficaces para el cumplimiento de sus propias funciones, esto es, para satisfacer, desde la órbita de su competencia, el interés general.

Es así como, se excluyen de la competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil, los servidores de los siguientes órganos: Contraloría General de la República; PGN; Rama judicial del poder público; Fiscalía General de la Nación; las Fuerzas Armadas; y, la Policía Nacional, por ser todos ellos de creación constitucional, pero ello no significa que no exista para éstos el principio de la carrera, ni mucho menos, que estén exentos de administración y vigilancia estatal.

En relación con los concursos de méritos, la jurisprudencia constitucional ha señalado que se vulnera el principio de confianza legítima cuando la administración cambia las reglas de juego aplicables a los concursos y sorprende a los aspirantes que se sujetaron de buena fe a ellas. Entre otras, en Sentencia T-256/95, la Corte Constitucional dijo:

Al señalarse por la administración las bases del concurso, estas se convierten en reglas particulares obligatorias tanto para los participantes como para aquélla; es decir, que a través de dichas reglas la administración se autovincula y autocontrola, en el sentido de que debe respetarlas y que su actividad, en cuanto a la selección de los aspirantes que califiquen para acceder al empleo o empleos correspondientes, se encuentra previamente regulada, de modo que no puede actuar en forma discrecional al realizar dicha selección. Por consiguiente, cuando la administración se aparta o desconoce las reglas del concurso o rompe la imparcialidad con la cual debe actuar, o manipula los resultados del concurso, falta a la buena fe (art. 83 C.P.), incurre en violación de los principios que rigen la actividad administrativa (igualdad, moralidad, eficacia e imparcialidad), y por contera, puede violar los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al trabajo de quienes participaron en el concurso y resultan lesionados en sus intereses por el proceder irregular de aquélla.

Igualmente, manteniendo la línea jurisprudencial, esa misma Corporación, en la sentencia SU-913/09 determinó que las reglas señaladas en las convocatorias de los concursos son inmodificables, salvo que sean contrarias a la Constitución o a la ley o vulneren derechos fundamentales de las personas.

En punto a la obligatoriedad de las reglas del sistema de carrera administrativa y del concurso de méritos², la Corte Constitucional ha sido enfática en lo siguiente:

Como se anunció con antelación, la Corte Constitucional mediante la sentencia SU-446/11³, se pronunció acerca del concurso público de méritos

² Se retoma lo dicho por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Decisión Penal, sentencia de tutela de 7 de diciembre de 2016, radicación 110012204000201602864 00.

³ Salvamento de voto de los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Humberto Antonio Sierra Porto y aclaración de voto del Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva.

iniciado por la Fiscalía General de la Nación en el 2007, para proveer una serie de cargos mediante el sistema de carrera administrativa.

En ese fallo esta corporación recordó que la carrera administrativa es un principio de raigambre constitucional⁴, contenido en el artículo 125 superior que establece el mérito⁵ como el criterio para proveer cargos públicos, el cual se materializa idóneamente mediante el concurso público.

La Corte indicó que la convocatoria es la norma reguladora de todo concurso⁶ que obliga a la administración, a las entidades contratadas para efectuarlo y a los concursantes; actores que deben respetar y observar todas las reglas y condiciones, al igual que los principios de la función pública⁷, como la transparencia, la publicidad, la imparcialidad y las expectativas legítimas.

En la sentencia que se viene reiterando se explicó que las reglas del concurso son invariables, tal como expuso la Corte Constitucional en el fallo SU-913/09, donde se revisaron una serie de expedientes de acciones de tutela interpuestas con ocasión del concurso público de méritos realizado para designar notarios en el país.

En la sentencia SU-913/09, tal como se consignó en la SU-446/11, se precisó que las reglas que rigen una convocatoria a concurso público para acceder a un cargo de carrera son intangibles en todas las etapas, salvo que vulneren la Constitución, la ley o derechos fundamentales, pues de lo contrario se desconocería el derecho a la igualdad.

En dichos fallos se puntualizó que la convocatoria y la lista de elegibles, una vez en firme, son inmodificables, toda vez que su desconocimiento conllevaría conculcar los principios de raigambre constitucional como la buena fe y la confianza legítima inherentes al concurso, junto con la afectación de los derechos de los asociados en general y de los participantes.

En igual sentido, en el fallo SU-446/11 se analizó la naturaleza jurídica de la lista de elegibles, sintetizando que se trata de un acto administrativo de carácter particular que permite la provisión de los cargos convocados. Se explicó que su conformación constituye la fase concluyente del sistema de nombramiento por concurso, pues en esa etapa se erige el estricto orden de mérito de quienes deberán ser designados en las plazas ofertadas.

El pleno de esta corporación indicó en el mismo fallo que la lista tiene un carácter temporal, determinado por la vigencia específica fijada, de donde se deriva (i) su obligatoriedad, pues las vacantes convocadas deben ser cubiertas con la lista, durante su vigencia; y (ii) la imposibilidad de que la entidad realice un nuevo concurso en dicho interregno, hasta tanto no se agoten todas las vacantes que fueron inicialmente ofertadas.

La Corte señaló también en aquella decisión que una vez conformada la lista, se materializa el principio del mérito al que alude el artículo 125 de la Constitución, como quiera que en ese momento la administración queda compelida a proveer los cargos de carrera que se encuentren vacantes o los

⁴ Cfr. C-588/09.

⁵ El artículo 2° de la Ley 909 de 2004, por la cual se expidieron normas sobre el empleo público, la carrera administrativa y la gerencia pública, dice que el mérito, las calidades personales y de la capacidad profesional, son "los elementos sustantivos de los procesos de selección del personal que integra la función pública".

⁶ Cfr. sentencias C-1040/07 y C-878/08.

⁷ Artículo 2° Ley 909 de 2004.

ocupados con personas en provisionalidad, siempre que hayan sido ofertados.

En el caso sub examine, la Comisión Nacional del Servicio Civil convocó a un concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal del Servicio Nacional de Aprendizaje. Entre los empleos ofertados, dentro de la Convocatoria 436 de 2017- SENA, se encontraba el identificado con código OPEC 59820, denominado Instructor, Código 3030, Grado 1, para el cual se ofertó una vacante ubicada en la Regional atlántico.

OSCAR JAVIER ALFORD MUÑOZ participó en el concurso de méritos para ocupar el cargo identificado con código OPEC 59820; no obstante, al haber ocupado el segundo lugar en la lista de elegibles, no pudo acceder a dicho cargo, pues, fue designada la persona que tenía mejor derecho que él.

Al respecto, la Sala no puede dejar de advertir que la discusión se presenta sobre el procedimiento que regula la conformación del Banco Nacional de Listas de Elegibles y la utilización de las listas de elegibles, puesto que el accionante considera que tienen una expectativa legítima de ser incluido en aquellas que debe conformarse para cubrir los cargos vacantes no convocados o declarados desiertos, bajo la modificación introducida con la Ley 1960 de 2019.

El párrafo del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 648 de 2017⁸, dispone 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, solo 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.”*

Conforme la norma transcrita, en principio es claro que, las vacantes que se encuentren como *“no convocadas”* no son susceptibles

⁸ Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1083 de 2015, Reglamentario Único del Sector de la Función Pública.

de ser surtidas con las listas de elegibles actuales, por lo cual no le asiste razón a la parte actora al pretender que se conforme la lista de elegibles a nivel departamental y/o nacional de los empleos que no fueron convocados.

Sin embargo, con la Ley 1960 de 2019⁹, el legislador permite la conformación de listas de elegibles a nivel departamental o nacional para ocupar cargos con similitud funcional a los empleos inicialmente provistos. En efecto, el artículo 6.º de la precitada Ley, dice:

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

*Artículo 31. El proceso de selección comprende:
(...)*

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 tendrán 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...” (Subraya del Despacho)

De lo anterior, se concluye que las listas de elegibles cubren las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y aquellas definitivas en cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso.

Al respecto, es de obligada remisión la sentencia T-340 de 2020, mediante la cual se analizó la retrospectividad de la aplicación del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019 a las listas de elegibles conformadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil y a aquellas que se expidan dentro de los procesos de selección aprobados antes del 27 de junio de 2019, al respecto precisó:

Para el caso de la modificación introducida al artículo 31 de la Ley 909 de 2004 por la Ley 1960 de 2019, se tiene que la situación de hecho respecto de la cual cabe hacer el análisis para determinar si hay o no una situación jurídica consolidada es la inclusión en la lista de elegibles. De esta forma, deberá diferenciarse, por un lado, la situación de quienes ocuparon los lugares equivalentes al número de vacantes convocadas y que, en virtud de ello tienen derecho a ser nombrados en los cargos convocados y, por el otro, la situación de aquellas personas que, estando en la lista de elegibles, su lugar en ellas excedía el número de plazas convocadas.

⁹ Por la cual se modifican la Ley 909 de 2004, el decreto ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones.

Como fue planteado en el capítulo anterior, la consolidación del derecho de quienes conforman 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”. Así las cosas, las personas que ocuparon los lugares equivalentes al número de vacantes convocadas tienen un derecho subjetivo y adquirido a ser nombrados en período de prueba en el cargo para el cual concursaron, de suerte que respecto de ellos existe una situación jurídica consolidada que impide la aplicación de una nueva ley que afecte o altere dicha condición. **Sin embargo, no ocurre lo mismo respecto de quienes ocuparon un lugar en la lista que excedía el número de vacantes a proveer, por cuanto estos aspirantes únicamente tienen una expectativa de ser nombrados, cuando quiera que, quienes los antecedan en la lista, se encuentren en alguna de las causales de retiro contenidas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004.**

Para la Sala, 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. Lo anterior no implica que automáticamente se cree el derecho de quienes hacen parte de una lista de elegibles a ser nombrados, pues el ICBF y la CNSC 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.**

Por último, se aclara que en este caso no se está haciendo una aplicación retroactiva de la norma respecto de los potenciales aspirantes que podrían presentarse a los concursos públicos de méritos para acceder a los cargos que ahora serán provistos con las listas de elegibles vigentes en aplicación de la nueva ley. En efecto, tanto la situación de quienes tienen derechos adquiridos como de quienes aún no han consolidado derecho alguno, están reservadas para las personas que conformaron las listas de elegibles vigentes al momento de expedición de la ley, de manera que el resto de la sociedad está sujeta a los cambios que pueda introducir la ley en cualquier tiempo, por cuanto, en esas personas indeterminadas no existe una situación jurídica consolidada ni en curso. (Negrilla y subrayas propias)

Bajo las anteriores consideraciones, es claro que el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, es aplicable, en virtud del efecto retrospectivo de la ley a los concursos de méritos que se encuentran en desarrollo y a aquellos que tienen lista de elegibles vigente, pero cuyas situaciones jurídicas aún no se han concretado en relación con algunos de los participantes, porque no han sido nombrados en período de prueba. En esa medida, las vacantes que se presenten en cargos equivalentes deben ser provistas con

las listas de elegibles vigentes, aun cuando no hayan sido ofrecidos al inicio del concurso.

En el presente asunto, se tiene que actualmente el actor es integrante de la lista de elegibles conformada mediante la resolución 20182120188225 del 24 de diciembre de 2018 (vigente) y el actor no ha sido nombrado en período de prueba, por lo que el derecho aún no se ha consolidado, motivo por el cual, le es aplicable la Ley 1960 de 2019.

Así entonces, bajo ese parámetro jurisprudencial es forzoso concluir que los criterios de unificación emitidos por la CNSC de 16 de enero y de 6 de agosto de 2020, restringen la aplicación de la Ley 1960 de 2019, toda vez que si bien dichos criterios establecen la posibilidad de cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los mismos empleos, limita éste último concepto, a aquellos empleos que tengan igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; limitaciones de ubicación geográfica y de temporalidad que no se encuentran contenidas en la Ley 1960 de 2019, pues en criterio de esta Ley, las vacantes no convocadas (no ofrecidas al inicio del concurso) pueden ocuparse a partir de listas de elegibles que se conformen, y se encontraren vigentes antes de la expedición de la ley 1960 de 2019.

En conclusión, para la Sala resulta diáfano que con la negativa de las entidades accionadas de dar aplicación a la Ley 1960 de 2019, se vulneran los derechos al debido proceso, al acceso a los cargos públicos, al trabajo y a la confianza legítima del señor *OSCAR JAVIER ALFORD MUÑOZ*, razón por la cual se ordenará a la Comisión Nacional del Servicio Civil, CNSC y al Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA que, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del presente fallo, de manera conjunta, efectúen el estudio de equivalencia de los empleos vacantes no convocados, en el territorio nacional, respecto del empleo relacionado con la OPEC 59820, al cual concursó el accionante.

Cumplido lo anterior y, de ser procedente, en el término de los quince (15) días siguientes, la Comisión Nacional del Servicio Civil –CNSC

y al Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA deberán efectuar la consolidación de una lista de elegibles para ocupar los empleos vacantes no convocados que tengan equivalencia con los empleos relacionados con la OPEC 59820, tal como lo dispone la ley 1960 de 2019.

Vencido el término anterior y previo estudio del cumplimiento de los requisitos mínimos, dentro de los cinco (5) días siguientes, el Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA deberá efectuar el nombramiento en período de prueba, de quienes tienen el mejor derecho en los cargos equivalentes vacantes no convocados al cual optaron, respetando en todo caso, el orden de elegibilidad de la lista que se conforme para tal efecto.

En aras de garantizar el cumplimiento de las órdenes dadas, y no sea inocuo el amparo de las garantías fundamentales del actor, se precisa por parte de la Sala, que esta orden tiene validez sobre todas las vacantes identificadas a la fecha de vencimiento de las listas, por lo tanto dado que el término de las listas esta ad portas de dicho suceso, el nombramiento debe realizarse aun después de este evento, es decir, si para el momento de materializar las ordenes atrás emitidas ya han fenecido las listas, aun así, deberá realizarse los nombramientos correspondientes, en los cargos identificados de conformidad con el banco de elegibles que se conforme.

En ese orden de ideas, el fallo de primera instancia será revocado, y en su lugar se ampararán los derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a los cargos públicos, al trabajo y a la confianza legítima del ciudadano *OSCAR JAVIER ALFORD MUÑOZ*; y se emitirán las ordenes pertinentes.

En lo que atañe al derecho de petición, considerando que el mismo persigue idéntico objeto, es decir, la conformación del Banco Nacional de Listas de Elegibles y la utilización de las listas de elegibles, la cual fue ordenada en amparo de los derechos al debido proceso, al acceso a los cargos públicos, al trabajo y a la confianza legítima, la Sala considera inocuo emitir orden al respecto, se itera, porque su finalidad última se ampara en la orden ya emitida.

En razón y mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, D.C., en Sala de Decisión de Tutela, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1. REVOCAR el fallo de fecha, naturaleza y origen indicados en cuanto se declaró improcedente la tutela impetrada por el ciudadano *OSCAR JAVIER ALFORD MUÑOZ*. En su lugar, conceder el amparo judicial para los derechos al debido proceso, al acceso a los cargos públicos, al trabajo y a la confianza legítima.

En consecuencia, ORDENAR a la Comisión Nacional del Servicio Civil, CNSC y al Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA que, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del presente fallo, de manera conjunta, efectúen el estudio de equivalencia de los empleos vacantes no convocados, en el territorio nacional, respecto del empleo relacionado con la OPEC 59820, al cual concursó el accionante.

Cumplido lo anterior y, de ser procedente, en el término de los quince (15) días siguientes, la Comisión Nacional del Servicio Civil –CNSC y el Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA deberán efectuar la consolidación de una lista de elegibles para ocupar los empleos vacantes no convocados que tengan equivalencia con los empleos relacionados con la OPEC 59820, tal como lo dispone la ley 1960 de 2019.

Vencido el término anterior y previo estudio del cumplimiento de los requisitos mínimos, dentro de los cinco (5) días siguientes, el Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA deberán efectuar el nombramiento en período de prueba, de quienes tienen el mejor derecho en los cargos vacantes no convocados al cual optaron, respetando en todo caso, el orden de elegibilidad de la lista que se conforme para tal efecto.

En aras de garantizar el cumplimiento de las órdenes dadas, y no hacer inocuo el amparo de las garantías fundamentales del actor, se precisa por parte de la Sala, que esta orden tiene validez sobre todas las

vacantes identificadas a la fecha de vencimiento de las listas; por lo tanto dado que el término de las listas esta *ad portas* de dicho suceso, el nombramiento debe realizarse aun después de este evento, es decir, si para el momento de materializar las ordenes atrás emitidas ya han fenecido las listas, aun así, deberá realizarse los nombramientos correspondientes, en los cargos identificados de conformidad con el banco de elegibles que se conforme.

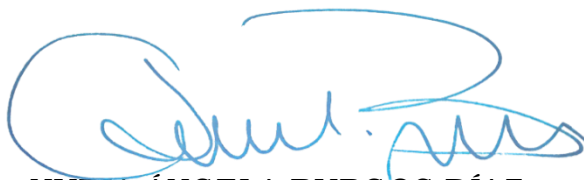
2. ORDENAR que en firme este pronunciamiento se remitan las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cópiese, notifíquese y cúmplase,

(ausencia justificada)

JOHN JAIRO ORTIZ ALZATE

Magistrado



NUBIA ÁNGELA BURGOS DÍAZ

Magistrada



JOSÉ ANTONIO CRUZ SUÁREZ

Magistrado