

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CIVIL



ÁREA CONSTITUCIONAL

MARTHA ISABEL GARCÍA SERRANO
Magistrada Ponente

Bogotá D.C., cuatro (4) de agosto de dos mil veintiuno (2021).
(Decisión discutida y aprobada en Sala de la fecha).

TUTELA N° 11001 31 03 003 2020 00391 01
ACCIONANTE: HUMBERTO YEZID REBOLLEDO SÁNCHEZ.
ACCIONADAS: COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE.
VINCULADOS: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, BANCO NACIONAL DE LISTA DE ELEGIBLES, IRMA RUIZ MARTÍNEZ, GERENTE DE CONVOCATORIA 436 DE 2017, GERSON JAHIR LIZCANO PULIDO y FUNCIONARIOS PROVISIONALES QUE DESEMPEÑAN CARGOS DE INTERÉS OFERTADOS DE LA CNSC Y EL SENA.

I. ASUNTO A RESOLVER

Se decide la impugnación interpuesta por la Comisión Nacional del Servicio Civil y el Servicio Nacional de Aprendizaje contra el fallo proferido el 22 de enero de 2021 por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá D.C., dentro de la acción de tutela que promovió en su contra el señor Humberto Yezid Rebolledo Sánchez, a través de la cual pretende que se amparen sus derechos de igualdad, petición, trabajo y debido proceso administrativo, los cuales considera que están siendo vulnerados por el extremo pasivo.

II. SÍNTESIS DEL MECANISMO

1. El accionante sustentó sus pretensiones en los siguientes fundamentos fácticos¹:

1.1. Relató que la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió el Acuerdo No. 20171000000116 del 24 de julio de 2017, para adelantar la Convocatoria No. 436 de 2017, con el fin de proveer vacantes definitivas en el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA.

1.2. Surtido el trámite respectivo, se expidió la Resolución de la lista de elegibles No. 20182120193995 del 24 de diciembre de 2018 para proveer las vacantes del empleo denominado OPEC No. 59445, Instructor, código 3010, grado I.

En esa lista quedó ocupando el cuarto puesto con 81.49 puntos definitivos.

¹ Archivo digital "01 Escrito Demanda.pdf".

1.3. A pesar de que existían varios cargos (algunos no ofertados inicialmente) que se equiparan o tienen similitud con el que se presentó, no se proveyeron de la lista de elegibles, la cual venció el 14 de enero de 2021; por lo que consideró ilógico que de 170 vacantes que había en el SENA para profesional, instructor, técnico y asistencial, ninguna tiene semejanza funcional con la que fue objeto de concurso.

2. Con ese panorama, pretende con esta acción constitucional que se ordene al Servicio Nacional de Aprendizaje que verifique dentro de su planta global los empleos que cumplan con las características de equivalencia del cargo identificado como OPEC No. 59445, Instructor, código 3010, grado I, o de los que hayan sido declarados en vacancia definitiva; en el evento de encontrarlos, solicitar la aplicación de lista de elegibles a la Comisión Nacional del Servicio Civil, quien deberá proceder de conformidad con lo señalado en el “*criterio unificado para el uso de las listas para empleos equivalentes*” del 22 de septiembre de 2020².

III. RÉPLICA

1. Enterada de la acción impetrada en su contra, la Comisión Nacional del Servicio Civil aseguró que en el asunto *sub examine*: i) no se acreditó la existencia de un perjuicio irremediable que converja en el actor, ii) no se cumplió con el requisito de inmediatez ya que la acción se promovió en noviembre de 2020 y la lista de elegibles se estableció en el año 2018, iii) no resulta viable darle aplicación retroactiva ni retrospectiva a la Ley 1960 de 2019 y, iv) el Servicio Nacional de Aprendizaje no ha reportado vacantes adicionales a las ofertadas en la Convocatoria No. 436 de 2017³.

2. El Servicio Nacional de Aprendizaje insistió en que las personas únicamente pueden acceder a los cargos para los cuales se presentaron dentro de los dos (2) años siguientes a la conformación de la lista y, además, que el “*criterio unificado*” en el contexto de la Ley 1960 de 2019 solo se aplica para concursos nuevos⁴.

3. El señor Alfonso Darío Mejía Fernández coadyuvó la presente acción por encontrarse en las mismas condiciones del quejoso, con la diferencia de que ocupa la quinta posición para aspirar al mencionado cargo; en igual sentido, manifestó que la provisión de cargos debe ser integral, por lo que tienen que adoptarse todas las equivalencias posibles para agotar primero la lista de quienes aprobaron el concurso de méritos antes de iniciar uno nuevo⁵.

4. La Procuraduría General de la Nación esgrimió su falta de legitimación en la causa por pasiva, por lo que solicitó su desvinculación del juicio⁶.

² Archivo digital “01 Escrito Demanda.pdf”.

³ Archivo digital “13 Respuesta Comisión Nacional del Servicio Civil.pdf”.

⁴ Archivo digital “15 Respuesta Sena.pdf”.

⁵ Archivo digital “12 Interesado Tut Alfonso Darío Mejía.pdf”.

⁶ Archivo digital “11 Respuesta Procuraduría.pdf”.

5. El Sena Regional Atlántico pidió negar la acción de la referencia por subsidiariedad, toda vez que los interesados pueden acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para cuestionar los actos de carácter general o particular que consideren transgresores de sus derechos fundamentales.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante fallo calendado el 22 de enero de 2021 el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá D.C. accedió a la súplica constitucional tanto del señor Humberto Yezid Rebolledo Sánchez como del coadyuvante Alfonso Darío Mejía Fernández y, en consecuencia, ordenó a la Comisión Nacional del Servicio Civil y al Servicio Nacional de Aprendizaje que, dentro de los diez (10) días siguientes, efectúen un estudio de las equivalencias de los empleos vacantes no convocados y de los nuevos empleos surgidos con posterioridad a la Convocatoria OPEC 59445; cumplido lo anterior y previa verificación de los requisitos mínimos, deberá consolidarse la lista de elegibles, en los términos señalados en la Ley 1960 de 2019.

La juez *a quo* arribó a dicha conclusión tras argumentar que si bien es cierto, en principio la acción de tutela resulta improcedente para cuestionar actos administrativos, no lo es menos que en este asunto se debate la violación del derecho al debido proceso, al no haberse dado aplicación *in extenso* a la Ley 909 de 2004, en concordancia con la Ley 1960 de 2019 y el “*criterio unificado*” de la Comisión Nacional del Servicio Civil del 22 de septiembre de 2020; amén de que se puede causar un perjuicio irremediable ante la inminencia de caducidad de la lista de elegibles en la que se encuentra el actor y el coadyuvante.

Después de efectuar un análisis sistemático de las referidas normas, coligió que las listas que surjan de los concursos de méritos deben cubrir las vacantes ofrecidas *ab initio* y las definitivas creadas posteriormente, más aún cuando el criterio jurisprudencial de la Corte Constitucional y las mismas decisiones adoptadas por la CNSC se han enfocado a establecer que la mentada Ley 1960 de 2019 es retrospectiva y, por ende, deben proveerse de la lista todos los cargos que se creen o queden vacantes durante la vigencia de la lista⁷.

V. IMPUGNACION

1. El Servicio Nacional de Aprendizaje reiteró que el actor pretende ser nombrado en cargos para los cuales no concursó y frente a los cuales pueden existir otras personas con mejor derecho.

Sobre el particular, el Decreto 1083 de 2015 contempla que las listas derivadas de los procesos de selección únicamente pueden utilizarse 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*”

⁷ Archivo digital “22 Fallo de Primera Instancia.pdf”.

de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004”, criterio que se replicó en el concepto de la CNSC No 20192120127851 del 15 de marzo de 2019 en el que se indicó que **“las listas de elegibles conformadas para los empleos de carrera administrativa, una vez ha culminado un proceso de selección, pueden usarse para proveer aquellas vacantes que se generen en los empleos inicialmente convocados, posibilidad que se mantiene por el tiempo de su vigencia (dos años), (...) no reagrupa o integra lista de orden departamental o listas generales que incluyan a los elegibles que en su oportunidad no alcanzaron el orden de elegibilidad necesario para acceder a una de las vacantes ofertadas”** (resaltado intencional).

De hecho, asegurar que las listas de elegibles solo se utilicen para suplir las vacantes inicialmente ofertadas, impide que se vulneren los derechos superiores de otras personas que también participaron en el concurso para otros cargos⁸.

2. Por su parte, la Comisión Nacional del Servicio Civil adujo que la acción del epígrafe resulta improcedente por subsidiariedad, toda vez que los interesados no pueden utilizar este mecanismo especialísimo para obtener un cupo que no lograron conseguir en el concurso que se presentaron, menos aun cuando tuvieron la oportunidad de controvertir los actos que dieron origen a la lista correspondiente.

Recalcó además que para la data en que se realizó el concurso estaba vigente la Ley 909 de 2004, en virtud de la cual las listas se destinarían exclusivamente a las vacantes primigenias; siendo así, no resulta factible en este caso aplicar los preceptos de la Ley 1960 de 2019 aparentando un efecto de retrospectividad o retroactividad⁹.

VI. PARA RESOLVER SE CONSIDERA

1. Examinado el diligenciamiento de entrada se advierte que el proveído cuestionado se modificará, por las razones que pasarán a señalarse.

2. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha enseñado que la acción de tutela no es un mecanismo alternativo, concomitante o sustituto de los procedimientos creados por el legislador para dirimir las controversias entre los administrados, toda vez que dicha herramienta no se instituyó para crear un debate paralelo al del juez ordinario.

En ese orden de ideas, de conformidad con los postulados del Decreto 2591 de 1991, por regla general la general esta acción resulta improcedente para controvertir los actos administrativos adoptados dentro de los concursos de méritos, pues cualquier discusión sobre el particular debe ventilarse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo; sin embargo, dicha regla se encuentra supeditada a dos excepciones desarrolladas jurisprudencialmente, así: **“(i) cuando la persona afectada no cuenta con un mecanismo judicial distinto a la acción de tutela que sea adecuado para resolver**

⁸ Archivo digital “30 Escrito Impugnación.pdf”.

⁹ Archivo digital “35 Escrito Impugnación Comisión Nacional.pdf”.

las afectaciones constitucionales que se desprenden del caso y (ii) **cuando exista riesgo de ocurrencia de un perjuicio irremediable**¹⁰ (resaltado ajeno al texto).

Examinado el asunto, no emerge duda de la viabilidad del estudio constitucional en este caso, en la medida en que los señores Humberto Yezid Rebolledo Sánchez y Alfonso Darío Mejía Fernández se encuentran en los lugares 4° y 5° de la lista de elegibles para el cargo denominado OPEC No. 59445, Instructor, código 3010, grado I, respectivamente, la cual, según lo informó la CNSC estuvo vigente hasta el 14 de enero de 2021; por lo anterior, como la acción de la referencia se promovió antes de que acaeciera esa fecha límite resulta evidente que el interés de los citados tenía por objeto la homologación del cargo antes de la preclusión de sus derechos de concurso y la intención de participar en los nuevos cargos que se hubieran creado.

Aunado a lo anterior, la Corte Constitucional también ha manifestado que acudir ante la jurisdicción ordinaria o de lo contencioso administrativo no siempre resulta ser el mecanismo más efectivo, dada la urgencia que se necesita en algunas ocasiones para resolver puntos de derecho relacionados con la provisión de los cargos en concurso de méritos, así: **“se ha comprobado que no se encuentra solución efectiva ni oportuna acudiendo a un proceso ordinario o contencioso, en la medida que su trámite llevaría a extender en el tiempo de manera injustificada la vulneración de derechos fundamentales que requieren de protección inmediata.** Esta Corte ha expresado, que para excluir a la tutela en estos casos, el medio judicial debe ser eficaz y conducente, pues se trata nada menos que de la defensa y realización de derechos fundamentales, ya que no tendría objeto alguno enervar el mecanismo de tutela para sustituirlo por un instrumento previsto en el ordenamiento legal que no garantice la supremacía de la Constitución en el caso particular”¹¹ (subrayado ajeno).

3. Dilucidado lo anterior y atendiendo los argumentos esgrimidos en los escritos de impugnación, se colige que la queja gravita en haber concedido el amparo bajo los apremios de la Ley 1960 de 2019 cuando esta no resultaba aplicable al asunto *sub lite* y, por ende, tanto el actor como el coadyuvante no pueden exigir su nombramiento en cargos para los que no concursaron.

Bajo esa óptica, debe resaltarse que es un punto pacífico el hecho de que la lista de elegibles de la que hacen parte los interesados se conformó en la Resolución No. CNSC 20182120181755 del 24 de diciembre de 2018, lo que significa que se profirió con antelación a la Ley 1960 de 2019.

La importancia de dicha normatividad y que tiene amplia relevancia en este caso concreto es que, entre otras cosas, modificó el numeral 4° del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 en el siguiente sentido: **“Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará**

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-059 de 2019. M.P. Dr. Alejandro Linares Castillo. Exp. T- 6.568.725.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia SU-913 de 2009. M.P. Dr. Juan Carlos Henao Pérez. Exp T-2210489, T2223133, T2257329, T-2292644, T-2386105, T-2384537, T-2368681, T-2398211, T-397604.

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", de suerte que con esta nueva disposición se eliminó la restricción que antes existía para aspirar a los cargos que surgieran con posterioridad a la convocatoria y, en consecuencia, se abrió la posibilidad de actualizar continuamente los empleos que se fueran creando después, aunque el participante no se hubiera presentado con la intención de beneficiarse de ellos.

Ahora bien, contrario a lo señalado por los impugnantes, aquella norma no rige únicamente para las convocatorias que se generaron con posterioridad a su expedición, sino que con ocasión de los "criterios unificados" de la misma Comisión Nacional del Servicio Civil, sus efectos irradian al pasado; es decir, para los concursos en trámite, veamos: **"Respecto de la aplicación de la Ley 1960 de 2019 para el uso de las listas de elegibles expedidas con anterioridad al 27 de junio del año en cita, la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió un criterio unificado el 1° de agosto de 2019, en el que, de manera enfática, estableció que la modificación establecida en dicha ley únicamente sería aplicable a los acuerdos de convocatoria aprobados después de su entrada en vigencia. No obstante, posteriormente, el pasado 20 de enero, la misma Comisión dejó sin efectos el primer criterio y estableció que "las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas 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", entendiéndose con igual denominación código, grado, asignación básica mensual, propósitos, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC.**

3.6.5. En conclusión, **con el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la mencionada ley respecto del uso de la lista de elegibles, hay lugar a su aplicación retrospectiva**, por lo que el precedente de la Corte que limitaba, con base en la normativa vigente en ese momento, el uso de las listas de elegibles a las vacantes ofertadas en la convocatoria, ya no se encuentra vigente, por el cambio normativo producido. De manera que, **para el caso de las personas que ocupan un lugar en una lista, pero no fueron nombradas por cuanto su posición excedía el número de vacantes convocadas, es posible aplicar la regla contenida en la Ley 1960 de 2019, siempre que, para el caso concreto, se den los supuestos que habilitan el nombramiento de una persona que integra una lista de elegibles y ésta todavía se encuentre vigente**¹² (resaltado intencional).

¹² Corte Constitucional. Sentencia T-340 de 2020. M.P. Dr. Luis Guillermo Pérez. T-7.650.952.

Incluso, en la “*complementación al criterio unificado “uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019”*”, la Comisión Nacional del Servicio Civil en sesión plena del 6 de agosto de 2020 determinó que quedaría así: “*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”¹³ (resaltado intencional).*

Siguiendo esa línea de pensamiento, resulta diáfano que la máxima Corporación Constitucional determinó que los efectos derivados de la Ley 1960 de 2019 son retrospectivos (como si siempre hubiera existido), siendo esa la razón por la que se ampararon los derechos de los señores Humberto Yezid Rebolledo Sánchez y Alfonso Darío Mejía Fernández, quienes para la fecha en que se radicó el escrito de tutela podían beneficiarse de esas prebendas por encontrarse en lista de elegibles; sin embargo, el disenso que encuentra la Sala en este asunto radica en que el fallo de primera instancia le ordenó a la Comisión Nacional del Servicio Civil y al Servicio Nacional de Aprendizaje que debían efectuar un “**estudio de equivalencias**” de los empleos vacantes no convocados o nuevos empleos surgidos con posterioridad a la convocatoria”, cuando el “*criterio unificado*” en los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, no impone la equivalencia de cargos sino la posibilidad de que los integrantes de la lista puedan acceder a los “*mismos empleos*” que se crearon con posterioridad, por lo que se modificará dicha providencia en tal sentido.

De otro lado, como el argumento total de las censuras se contrae a la imposibilidad de aplicar en este evento la mencionada Ley 1960 de 2019, mismo que resultó desvirtuado por el fallo de la Corte Constitucional en cita e incluso por la Comisión Nacional del Servicio Civil después de unificar sus criterios, no existe mérito para revocar las órdenes emitidas en la sentencia cuestionada.

4. Finalmente, no escapa a la atención de la Sala que la mencionada sentencia se dictó el 22 de enero de 2021 y las impugnaciones presentadas por la Comisión del Servicio Civil y el Servicio Nacional de Aprendizaje solo fueron concedidas hasta el 19 de julio siguiente, so pretexto de que se había remitido el plenario a la Corte Constitucional para su eventual revisión, esa demora injustificada deberá ponerse en conocimiento de la Comisión Seccional de Disciplina Judicial para su conocimiento y fines pertinentes.

¹³ Comisión Nacional del Servicio Civil - complementación al criterio unificado “uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019. file:///C:/Users/roger/Downloads/ComplementacionCriterioUnificado%20(1).pdf

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, actuando como Juez Constitucional,

VII. RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el fallo proferido el 22 de enero de 2021 por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de indicar que las órdenes dirigidas a la Comisión Nacional del Servicio Civil y al Servicio Nacional de Aprendizaje para el estudio de los cargos para eventualmente modificar la lista de elegibles, deben corresponder a las nuevas vacantes que se generaron con posterioridad a la convocatoria y que correspondan a los “*mismos empleos*”, entendiendo estos últimos como los de 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; es decir, dicho estudio no comprende la homologación o equivalencia a otro tipo de cargos diferentes al denominado “*OPEC No. 59445, Instructor, código 3010, grado I*”.

En lo demás, se mantiene incólume la citada providencia.

SEGUNDO: COMUNICAR lo resuelto tanto al Juez *a quo* como a las partes, por el medio más expedito y eficaz.

TERCERO: PONER EN CONOCIMIENTO de la Comisión Seccional de Disciplina Judicial, la mora en la que incurrió el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá D.C. en el trámite de los escritos de impugnación, para su conocimiento y fines pertinentes, con el objeto de que inicie las investigaciones a que hubiere lugar. Para tal fin, remítase todo el diligenciamiento virtual.

CUARTO: NOTIFICAR y ENVIAR el expediente a la **HONORABLE CORTE CONSTITUCIONAL** para la eventual revisión del fallo emitido.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

Los Magistrados,

MARTHA ISABEL GARCÍA SERRANO

JULIÁN SOSA ROMERO

RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Firmado Por:

Martha Isabel Garcia Serrano
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 009 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C.

Ruth Elena Galvis Vergara
Magistrada
Sala Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C.

Julian Sosa Romero
Magistrado
Sala Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C.

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

TUTELA N° 11001 31 03 003 2020 00391 01
ACCIONANTE: HUMBERTO YEZID REBOLLEDO SÁNCHEZ.
ACCIONADOS: COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y OTRO.

Código de verificación:

3640d701f24a554f37b4908b99cc8c4d8b43a7b83ef938e36f76eabdaadd6b93

Documento generado en 04/08/2021 05:28:31 PM

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CIVIL**



ÁREA CONSTITUCIONAL

**MARTHA ISABEL GARCÍA SERRANO
Magistrada Ponente**

Bogotá D.C., cuatro (4) de agosto de dos mil veintiuno (2021).
(Decisión discutida y aprobada en Sala de la fecha).

TUTELA N° 11001 31 03 003 2020 00391 01
ACCIONANTE: HUMBERTO YEZID REBOLLEDO SÁNCHEZ.
ACCIONADAS: COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE.
VINCULADOS: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, BANCO NACIONAL DE LISTA DE ELEGIBLES, IRMA RUIZ MARTÍNEZ, GERENTE DE CONVOCATORIA 436 DE 2017, GERSON JAHIR LIZCANO PULIDO y FUNCIONARIOS PROVISIONALES QUE DESEMPEÑAN CARGOS DE INTERÉS OFERTADOS DE LA CNSC Y EL SENA.

I. ASUNTO A RESOLVER

Se decide la impugnación interpuesta por la Comisión Nacional del Servicio Civil y el Servicio Nacional de Aprendizaje contra el fallo proferido el 22 de enero de 2021 por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá D.C., dentro de la acción de tutela que promovió en su contra el señor Humberto Yezid Rebolledo Sánchez, a través de la cual pretende que se amparen sus derechos de igualdad, petición, trabajo y debido proceso administrativo, los cuales considera que están siendo vulnerados por el extremo pasivo.

II. SÍNTESIS DEL MECANISMO

1. El accionante sustentó sus pretensiones en los siguientes fundamentos fácticos¹:

1.1. Relató que la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió el Acuerdo No. 20171000000116 del 24 de julio de 2017, para adelantar la Convocatoria No. 436 de 2017, con el fin de proveer vacantes definitivas en el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA.

1.2. Surtido el trámite respectivo, se expidió la Resolución de la lista de elegibles No. 20182120193995 del 24 de diciembre de 2018 para proveer las vacantes del empleo denominado OPEC No. 59445, Instructor, código 3010, grado I.

En esa lista quedó ocupando el cuarto puesto con 81.49 puntos definitivos.

¹ Archivo digital "01 Escrito Demanda.pdf".

1.3. A pesar de que existían varios cargos (algunos no ofertados inicialmente) que se equiparan o tienen similitud con el que se presentó, no se proveyeron de la lista de elegibles, la cual venció el 14 de enero de 2021; por lo que consideró ilógico que de 170 vacantes que había en el SENA para profesional, instructor, técnico y asistencial, ninguna tiene semejanza funcional con la que fue objeto de concurso.

2. Con ese panorama, pretende con esta acción constitucional que se ordene al Servicio Nacional de Aprendizaje que verifique dentro de su planta global los empleos que cumplan con las características de equivalencia del cargo identificado como OPEC No. 59445, Instructor, código 3010, grado I, o de los que hayan sido declarados en vacancia definitiva; en el evento de encontrarlos, solicitar la aplicación de lista de elegibles a la Comisión Nacional del Servicio Civil, quien deberá proceder de conformidad con lo señalado en el “*criterio unificado para el uso de las listas para empleos equivalentes*” del 22 de septiembre de 2020².

III. RÉPLICA

1. Enterada de la acción impetrada en su contra, la Comisión Nacional del Servicio Civil aseguró que en el asunto *sub examine*: i) no se acreditó la existencia de un perjuicio irremediable que converja en el actor, ii) no se cumplió con el requisito de inmediatez ya que la acción se promovió en noviembre de 2020 y la lista de elegibles se estableció en el año 2018, iii) no resulta viable darle aplicación retroactiva ni retrospectiva a la Ley 1960 de 2019 y, iv) el Servicio Nacional de Aprendizaje no ha reportado vacantes adicionales a las ofertadas en la Convocatoria No. 436 de 2017³.

2. El Servicio Nacional de Aprendizaje insistió en que las personas únicamente pueden acceder a los cargos para los cuales se presentaron dentro de los dos (2) años siguientes a la conformación de la lista y, además, que el “*criterio unificado*” en el contexto de la Ley 1960 de 2019 solo se aplica para concursos nuevos⁴.

3. El señor Alfonso Darío Mejía Fernández coadyuvó la presente acción por encontrarse en las mismas condiciones del quejoso, con la diferencia de que ocupa la quinta posición para aspirar al mencionado cargo; en igual sentido, manifestó que la provisión de cargos debe ser integral, por lo que tienen que adoptarse todas las equivalencias posibles para agotar primero la lista de quienes aprobaron el concurso de méritos antes de iniciar uno nuevo⁵.

4. La Procuraduría General de la Nación esgrimió su falta de legitimación en la causa por pasiva, por lo que solicitó su desvinculación del juicio⁶.

² Archivo digital “01 Escrito Demanda.pdf”.

³ Archivo digital “13 Respuesta Comisión Nacional del Servicio Civil.pdf”.

⁴ Archivo digital “15 Respuesta Sena.pdf”.

⁵ Archivo digital “12 Interesado Tut Alfonso Darío Mejía.pdf”.

⁶ Archivo digital “11 Respuesta Procuraduría.pdf”.

5. El Sena Regional Atlántico pidió negar la acción de la referencia por subsidiariedad, toda vez que los interesados pueden acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para cuestionar los actos de carácter general o particular que consideren transgresores de sus derechos fundamentales.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante fallo calendado el 22 de enero de 2021 el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá D.C. accedió a la súplica constitucional tanto del señor Humberto Yezid Rebolledo Sánchez como del coadyuvante Alfonso Darío Mejía Fernández y, en consecuencia, ordenó a la Comisión Nacional del Servicio Civil y al Servicio Nacional de Aprendizaje que, dentro de los diez (10) días siguientes, efectúen un estudio de las equivalencias de los empleos vacantes no convocados y de los nuevos empleos surgidos con posterioridad a la Convocatoria OPEC 59445; cumplido lo anterior y previa verificación de los requisitos mínimos, deberá consolidarse la lista de elegibles, en los términos señalados en la Ley 1960 de 2019.

La juez *a quo* arribó a dicha conclusión tras argumentar que si bien es cierto, en principio la acción de tutela resulta improcedente para cuestionar actos administrativos, no lo es menos que en este asunto se debate la violación del derecho al debido proceso, al no haberse dado aplicación *in extenso* a la Ley 909 de 2004, en concordancia con la Ley 1960 de 2019 y el “*criterio unificado*” de la Comisión Nacional del Servicio Civil del 22 de septiembre de 2020; amén de que se puede causar un perjuicio irremediable ante la inminencia de caducidad de la lista de elegibles en la que se encuentra el actor y el coadyuvante.

Después de efectuar un análisis sistemático de las referidas normas, coligió que las listas que surjan de los concursos de méritos deben cubrir las vacantes ofrecidas *ab initio* y las definitivas creadas posteriormente, más aún cuando el criterio jurisprudencial de la Corte Constitucional y las mismas decisiones adoptadas por la CNSC se han enfocado a establecer que la mentada Ley 1960 de 2019 es retrospectiva y, por ende, deben proveerse de la lista todos los cargos que se creen o queden vacantes durante la vigencia de la lista⁷.

V. IMPUGNACION

1. El Servicio Nacional de Aprendizaje reiteró que el actor pretende ser nombrado en cargos para los cuales no concursó y frente a los cuales pueden existir otras personas con mejor derecho.

Sobre el particular, el Decreto 1083 de 2015 contempla que las listas derivadas de los procesos de selección únicamente pueden utilizarse 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*”

⁷ Archivo digital “22 Fallo de Primera Instancia.pdf”.

de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004”, criterio que se replicó en el concepto de la CNSC No 20192120127851 del 15 de marzo de 2019 en el que se indicó que **“las listas de elegibles conformadas para los empleos de carrera administrativa, una vez ha culminado un proceso de selección, pueden usarse para proveer aquellas vacantes que se generen en los empleos inicialmente convocados, posibilidad que se mantiene por el tiempo de su vigencia (dos años), (...) no reagrupa o integra lista de orden departamental o listas generales que incluyan a los elegibles que en su oportunidad no alcanzaron el orden de elegibilidad necesario para acceder a una de las vacantes ofertadas”** (resaltado intencional).

De hecho, asegurar que las listas de elegibles solo se utilicen para suplir las vacantes inicialmente ofertadas, impide que se vulneren los derechos superiores de otras personas que también participaron en el concurso para otros cargos⁸.

2. Por su parte, la Comisión Nacional del Servicio Civil adujo que la acción del epígrafe resulta improcedente por subsidiariedad, toda vez que los interesados no pueden utilizar este mecanismo especialísimo para obtener un cupo que no lograron conseguir en el concurso que se presentaron, menos aun cuando tuvieron la oportunidad de controvertir los actos que dieron origen a la lista correspondiente.

Recalcó además que para la data en que se realizó el concurso estaba vigente la Ley 909 de 2004, en virtud de la cual las listas se destinarían exclusivamente a las vacantes primigenias; siendo así, no resulta factible en este caso aplicar los preceptos de la Ley 1960 de 2019 aparentando un efecto de retrospectividad o retroactividad⁹.

VI. PARA RESOLVER SE CONSIDERA

1. Examinado el diligenciamiento de entrada se advierte que el proveído cuestionado se modificará, por las razones que pasarán a señalarse.

2. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha enseñado que la acción de tutela no es un mecanismo alternativo, concomitante o sustituto de los procedimientos creados por el legislador para dirimir las controversias entre los administrados, toda vez que dicha herramienta no se instituyó para crear un debate paralelo al del juez ordinario.

En ese orden de ideas, de conformidad con los postulados del Decreto 2591 de 1991, por regla general la general esta acción resulta improcedente para controvertir los actos administrativos adoptados dentro de los concursos de méritos, pues cualquier discusión sobre el particular debe ventilarse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo; sin embargo, dicha regla se encuentra supeditada a dos excepciones desarrolladas jurisprudencialmente, así: **“(i) cuando la persona afectada no cuenta con un mecanismo judicial distinto a la acción de tutela que sea adecuado para resolver**

⁸ Archivo digital “30 Escrito Impugnación.pdf”.

⁹ Archivo digital “35 Escrito Impugnación Comisión Nacional.pdf”.

las afectaciones constitucionales que se desprenden del caso y (ii) **cuando exista riesgo de ocurrencia de un perjuicio irremediable**¹⁰ (resaltado ajeno al texto).

Examinado el asunto, no emerge duda de la viabilidad del estudio constitucional en este caso, en la medida en que los señores Humberto Yezid Rebolledo Sánchez y Alfonso Darío Mejía Fernández se encuentran en los lugares 4° y 5° de la lista de elegibles para el cargo denominado OPEC No. 59445, Instructor, código 3010, grado I, respectivamente, la cual, según lo informó la CNSC estuvo vigente hasta el 14 de enero de 2021; por lo anterior, como la acción de la referencia se promovió antes de que acaeciera esa fecha límite resulta evidente que el interés de los citados tenía por objeto la homologación del cargo antes de la preclusión de sus derechos de concurso y la intención de participar en los nuevos cargos que se hubieran creado.

Aunado a lo anterior, la Corte Constitucional también ha manifestado que acudir ante la jurisdicción ordinaria o de lo contencioso administrativo no siempre resulta ser el mecanismo más efectivo, dada la urgencia que se necesita en algunas ocasiones para resolver puntos de derecho relacionados con la provisión de los cargos en concurso de méritos, así: **“se ha comprobado que no se encuentra solución efectiva ni oportuna acudiendo a un proceso ordinario o contencioso, en la medida que su trámite llevaría a extender en el tiempo de manera injustificada la vulneración de derechos fundamentales que requieren de protección inmediata.** Esta Corte ha expresado, que para excluir a la tutela en estos casos, el medio judicial debe ser eficaz y conducente, pues se trata nada menos que de la defensa y realización de derechos fundamentales, ya que no tendría objeto alguno enervar el mecanismo de tutela para sustituirlo por un instrumento previsto en el ordenamiento legal que no garantice la supremacía de la Constitución en el caso particular”¹¹ (subrayado ajeno).

3. Dilucidado lo anterior y atendiendo los argumentos esgrimidos en los escritos de impugnación, se colige que la queja gravita en haber concedido el amparo bajo los apremios de la Ley 1960 de 2019 cuando esta no resultaba aplicable al asunto *sub lite* y, por ende, tanto el actor como el coadyuvante no pueden exigir su nombramiento en cargos para los que no concursaron.

Bajo esa óptica, debe resaltarse que es un punto pacífico el hecho de que la lista de elegibles de la que hacen parte los interesados se conformó en la Resolución No. CNSC 20182120181755 del 24 de diciembre de 2018, lo que significa que se profirió con antelación a la Ley 1960 de 2019.

La importancia de dicha normatividad y que tiene amplia relevancia en este caso concreto es que, entre otras cosas, modificó el numeral 4° del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 en el siguiente sentido: **“Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará**

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-059 de 2019. M.P. Dr. Alejandro Linares Castillo. Exp. T- 6.568.725.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia SU-913 de 2009. M.P. Dr. Juan Carlos Henao Pérez. Exp T-2210489, T2223133, T2257329, T-2292644, T-2386105, T-2384537, T-2368681, T-2398211, T-397604.

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", de suerte que con esta nueva disposición se eliminó la restricción que antes existía para aspirar a los cargos que surgieran con posterioridad a la convocatoria y, en consecuencia, se abrió la posibilidad de actualizar continuamente los empleos que se fueran creando después, aunque el participante no se hubiera presentado con la intención de beneficiarse de ellos.

Ahora bien, contrario a lo señalado por los impugnantes, aquella norma no rige únicamente para las convocatorias que se generaron con posterioridad a su expedición, sino que con ocasión de los "criterios unificados" de la misma Comisión Nacional del Servicio Civil, sus efectos irradian al pasado; es decir, para los concursos en trámite, veamos: **"Respecto de la aplicación de la Ley 1960 de 2019 para el uso de las listas de elegibles expedidas con anterioridad al 27 de junio del año en cita, la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió un criterio unificado el 1° de agosto de 2019, en el que, de manera enfática, estableció que la modificación establecida en dicha ley únicamente sería aplicable a los acuerdos de convocatoria aprobados después de su entrada en vigencia. No obstante, posteriormente, el pasado 20 de enero, la misma Comisión dejó sin efectos el primer criterio y estableció que "las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas 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", entendiéndose con igual denominación código, grado, asignación básica mensual, propósitos, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC.**

3.6.5. En conclusión, **con el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la mencionada ley respecto del uso de la lista de elegibles, hay lugar a su aplicación retrospectiva**, por lo que el precedente de la Corte que limitaba, con base en la normativa vigente en ese momento, el uso de las listas de elegibles a las vacantes ofertadas en la convocatoria, ya no se encuentra vigente, por el cambio normativo producido. De manera que, **para el caso de las personas que ocupan un lugar en una lista, pero no fueron nombradas por cuanto su posición excedía el número de vacantes convocadas, es posible aplicar la regla contenida en la Ley 1960 de 2019, siempre que, para el caso concreto, se den los supuestos que habilitan el nombramiento de una persona que integra una lista de elegibles y ésta todavía se encuentre vigente**¹² (resaltado intencional).

¹² Corte Constitucional. Sentencia T-340 de 2020. M.P. Dr. Luis Guillermo Pérez. T-7.650.952.

Incluso, en la “*complementación al criterio unificado “uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019”*”, la Comisión Nacional del Servicio Civil en sesión plena del 6 de agosto de 2020 determinó que quedaría así: “*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”¹³ (resaltado intencional).*

Siguiendo esa línea de pensamiento, resulta diáfano que la máxima Corporación Constitucional determinó que los efectos derivados de la Ley 1960 de 2019 son retrospectivos (como si siempre hubiera existido), siendo esa la razón por la que se ampararon los derechos de los señores Humberto Yezid Rebolledo Sánchez y Alfonso Darío Mejía Fernández, quienes para la fecha en que se radicó el escrito de tutela podían beneficiarse de esas prebendas por encontrarse en lista de elegibles; sin embargo, el disenso que encuentra la Sala en este asunto radica en que el fallo de primera instancia le ordenó a la Comisión Nacional del Servicio Civil y al Servicio Nacional de Aprendizaje que debían efectuar un “**estudio de equivalencias**” de los empleos vacantes no convocados o nuevos empleos surgidos con posterioridad a la convocatoria”, cuando el “*criterio unificado*” en los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, no impone la equivalencia de cargos sino la posibilidad de que los integrantes de la lista puedan acceder a los “*mismos empleos*” que se crearon con posterioridad, por lo que se modificará dicha providencia en tal sentido.

De otro lado, como el argumento total de las censuras se contrae a la imposibilidad de aplicar en este evento la mencionada Ley 1960 de 2019, mismo que resultó desvirtuado por el fallo de la Corte Constitucional en cita e incluso por la Comisión Nacional del Servicio Civil después de unificar sus criterios, no existe mérito para revocar las órdenes emitidas en la sentencia cuestionada.

4. Finalmente, no escapa a la atención de la Sala que la mencionada sentencia se dictó el 22 de enero de 2021 y las impugnaciones presentadas por la Comisión del Servicio Civil y el Servicio Nacional de Aprendizaje solo fueron concedidas hasta el 19 de julio siguiente, so pretexto de que se había remitido el plenario a la Corte Constitucional para su eventual revisión, esa demora injustificada deberá ponerse en conocimiento de la Comisión Seccional de Disciplina Judicial para su conocimiento y fines pertinentes.

¹³ Comisión Nacional del Servicio Civil - complementación al criterio unificado “uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019. file:///C:/Users/roger/Downloads/ComplementacionCriterioUnificado%20(1).pdf

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, actuando como Juez Constitucional,

VII. RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el fallo proferido el 22 de enero de 2021 por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de indicar que las órdenes dirigidas a la Comisión Nacional del Servicio Civil y al Servicio Nacional de Aprendizaje para el estudio de los cargos para eventualmente modificar la lista de elegibles, deben corresponder a las nuevas vacantes que se generaron con posterioridad a la convocatoria y que correspondan a los “*mismos empleos*”, entendiéndolos como los de 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; es decir, dicho estudio no comprende la homologación o equivalencia a otro tipo de cargos diferentes al denominado “*OPEC No. 59445, Instructor, código 3010, grado I*”.

En lo demás, se mantiene incólume la citada providencia.

SEGUNDO: COMUNICAR lo resuelto tanto al Juez *a quo* como a las partes, por el medio más expedito y eficaz.

TERCERO: PONER EN CONOCIMIENTO de la Comisión Seccional de Disciplina Judicial, la mora en la que incurrió el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá D.C. en el trámite de los escritos de impugnación, para su conocimiento y fines pertinentes, con el objeto de que inicie las investigaciones a que hubiere lugar. Para tal fin, remítase todo el diligenciamiento virtual.

CUARTO: NOTIFICAR y ENVIAR el expediente a la **HONORABLE CORTE CONSTITUCIONAL** para la eventual revisión del fallo emitido.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

Los Magistrados,

MARTHA ISABEL GARCÍA SERRANO

JULIÁN SOSA ROMERO

RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Firmado Por:

Martha Isabel Garcia Serrano
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 009 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C.

Ruth Elena Galvis Vergara
Magistrada
Sala Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C.

Julian Sosa Romero
Magistrado
Sala Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C.

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

TUTELA N° 11001 31 03 003 2020 00391 01
ACCIONANTE: HUMBERTO YEZID REBOLLEDO SÁNCHEZ.
ACCIONADOS: COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y OTRO.

Código de verificación:

3640d701f24a554f37b4908b99cc8c4d8b43a7b83ef938e36f76eabdaadd6b93

Documento generado en 04/08/2021 05:28:31 PM