



**JUZGADO CUARENTA Y DOS ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
JUDICIAL DE BOGOTÁ -SECCIÓN CUARTA-**

Bogotá D.C., veinticinco (25) de junio de dos mil veintiuno (2021).

RADICACION:	110013337042-2021-00135-00
DEMANDANTE:	JHOANA ALEXANDRA SALAMANCA SÁNCHEZ
DEMANDADO:	CNSC Y SENA
ACCIÓN:	TUTELA
DERECHOS:	DEBIDO PROCESO, TRABAJO, ACCESO A CARGOS PÚBLICOS E IGUALDAD

1. ASUNTO POR RESOLVER

Una vez surtido el trámite procesal que la ley asigna a las acciones de tutela, corresponde al Despacho entrar a decidir de fondo sobre la tutela instaurada por la señora JHOANA ALEXANDRA SALAMANCA SÁNCHEZ, identificada con C.C. 30.233.611, en nombre propio, y en contra de la CNSC y el SENA, y en la que fue vinculada en calidad de parte accionante la señora HEIDY JOHANNA PINILLA LÓPEZ, identificada con cédula de ciudadanía N° 52.934.115.

2. DEMANDA Y PRETENSIONES

Las integrantes de la parte accionante consideran que la entidad accionada vulnera sus derechos fundamentales al no proveer con listas de elegibles de la convocatoria No 436 de 2017 los empleos equivalentes al de OPEC 61490, denominado PROFESIONAL (SENA) GRADO 6 y CÓDIGO 0.

En consecuencia, pretenden se amparen sus derechos fundamentales al Debido Proceso, Trabajo, Acceso a Cargos Públicos e Igualdad y se ordene al SENA y a la CNSC que, en el término máximo de 30 días, realicen un estudio de equivalencias y conformen y usen una nueva lista de elegibles del empleo identificado con el OPEC N. 61490 denominado PROFESIONAL (SENA) Grado 6 y

Código 0, al que concursaron la señora JHOANA ALEXANDRA SALAMANCA SÁNCHEZ y la señora HEIDY JOHANNA PINILLA LÓPEZ, en aplicación del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 y del artículo 2.2.11.2.3. del Decreto 1083 de 2015, ocupando los quinto y sexto lugares de la lista de elegibles conformada mediante la Resolución N. 20182120149605 del 17 de octubre de 2018, para proveer (01) un cargo.

3.-CONTESTACIONES

SENA: En cuanto a la procedencia formal de la acción, sostiene que carece de legitimación por pasiva, como quiera que es la CNSC la competente para conformar listas de elegibles, al tenor del artículo 2.2.6.21 del Decreto 1083 de 2015. También considera que no se cumple con el requisito de subsidiariedad, pues la accionante cuenta con la posibilidad de demandar los actos administrativos generales que contienen los criterios unificados que considera contrarios a derecho. Finalmente, que no se cumple con el requisito de inmediatez, porque la lista de elegibles de la que hace parte la accionante fue expedida el 17 de octubre de 2018.

En cuanto al fondo de la acción, esencialmente sostiene que la accionante no acreditó la vulneración de sus derechos fundamentales por parte del SENA, teniendo en cuenta que no fue nombrada en el cargo ofertado por cuanto no tuvo éxito en el proceso de selección, del cual era conocedora plenamente de las normas que lo regían.

CNSC: En primer lugar, sostuvo que las accionantes no ostentan legitimación en la causa por activa, pues su interés concursal es apenas una mera expectativa. En segundo lugar, sostiene que la acción no cumple con el requisito de inmediatez, como quiera que la lista de elegibles de la que hacen parte cobró firmeza el 9 de junio de 2020. También alegó que acción de tutela es improcedente por dirigirse en contra de actos de carácter general, impersonal y abstracto, en la medida en que las integrantes de la parte actora cuestionan los Acuerdos que regulan el concurso y los criterios unificados expedidos por la CNSC, en contra de los cuales debe ejercer los medios de control ordinarios a su disposición.

En segundo lugar, precisó que, de conformidad con el Criterio Unificado del 16 de enero de 2020 de la CNSC, las Listas de Elegibles de convocatorias aprobadas con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019 seguirán las reglas previstas antes de la modificación de la Ley 909 de 2004 y las establecidas en los respectivos Acuerdos de Convocatoria.

Por el contrario, el nuevo régimen contenido en la ley 1960 de 2019 es aplicable a las listas de elegibles conformadas por la CNSC en el marco de los procesos de selección aprobados con posterioridad al 27 de junio de 2019 y 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 de los "mismos empleos" o vacantes en cargos de empleos equivalentes.

En ese orden de ideas, tras conceptuar sobre la diferencia entre los *mismos empleos* y los *empleos equivalentes* y sobre los reportes de novedades por parte de las entidades empleadoras, recordó que las integrantes de la parte actora concursaron para el empleo denominado Profesional Grado 6, identificado con código OPEC No. 61490, ocupando las posiciones No. 5 y 6 en la Lista de Elegibles, adoptada mediante Resolución No. CNSC 20182120149605 del 17 de octubre de 2018, para proveer una (1) vacante del empleo referido. En tal medida, no alcanzaron el puntaje requerido para ocupar la posición meritoria para proveer el empleo.

Además, sostuvo que no existen empleos reportados como vacantes para la OPEC No. 61490.

Finalmente, reiterando que la Ley 1960 de 2019 no prevé la consolidación de Listas Generales de elegibles, sino el uso de las listas de elegibles, y que en todo caso no hay lugar aplicar de manera retrospectiva aquella ley, concluyó que la lista de elegibles contenida en resolución N. 20182120149605 solo podía ser usada durante su vigencia para proveer "mismos empleos" que surjan con posterioridad en la planta de personal de la entidad, y no para "empleos equivalentes" creados con posterioridad, como pretende el accionante.

4.-PROBLEMA JURÍDICO

A efecto de resolver sobre el amparo de los derechos fundamentales al Debido Proceso, Trabajo, Acceso a Cargos Públicos e Igualdad que les asiste a las señoras JHOANA ALEXANDRA SALAMANCA SÁNCHEZ y HEIDY JOHANNA PINILLA LÓPEZ, debe el Despacho determinar: ¿es procedente, al tenor de lo prescrito en la ley 1960 de 2019, la provisión de nuevos cargos equivalentes surgidos con posterioridad a la expedición de la Convocatoria 436 de 2017, con la lista de elegibles contenida en resolución N. 20182120149605 del 17 de octubre de 2018?

7.- ARGUMENTOS CONSTITUCIONALES

El mecanismo de protección de los derechos fundamentales.

La Constitución Política consagró un instrumento constitucional para la protección y garantía efectiva de los derechos fundamentales, así:

"ARTICULO 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión".

A su vez, el artículo 1º del Decreto 2591 de 1991, que desarrolló la anterior disposición, previó:

"Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señala este decreto (...)"

El artículo 5 del mencionado Decreto, indica:

"La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2o. de esta ley. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de este Decreto. La procedencia de la tutela en ningún caso está sujeta a que la acción de la autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico escrito"

Los presupuestos de la acción de tutela.

El presupuesto fáctico esencial para la procedencia de la acción de tutela es la "acción u omisión" de la autoridad pública, el cual debe ser objeto del juicio constitucional por parte del juez para determinar si con ellas se ha violado, viola o amenaza cualquier derecho fundamental constitucional. Pero la violación o amenaza del derecho fundamental debe ser actual, grave e inminente o directa, no puede ser cualquier tipo de afectación a los derechos fundamentales, pues como se sabe, el ordenamiento jurídico está dispuesto para atender todos los reclamos a los derechos de manera general u ordinaria, el mecanismo constitucional opera como una herramienta subsidiaria ya que, si existe ese otro mecanismo ordinario, sólo procederá la acción de manera transitoria para evitar un perjuicio irremediable al derecho fundamental. Ahora, si no existiera dicho mecanismo ordinario, procederá de manera principal.

En virtud de lo anterior, cuando al juez constitucional conoce de unos hechos (acciones u omisiones), que conforman la naturaleza subsidiaria, sumaria, informal y, a veces, oficiosa, por ser el juez un garante de los derechos fundamentales, debe examinar de manera amplia (extra o ultra petita) el verdadero alcance del reclamo constitucional del accionante, pues si bien el ciudadano tiene el sentimiento del derecho vulnerado, es al juez a quien le corresponde adecuarlo a la realidad constitucional dándole el verdadero alcance normativo que permita justificar y fundamentar su actuación.

EL CASO EN CONCRETO

Lo solicitado por las demandantes y lo probado en el proceso.

De manera uniforme y coincidente, las integrantes de la parte actora refieren en cada uno de sus escritos de tutela que, en cumplimiento de la Ley 909 de 2004 la Comisión Nacional del Servicio Civil (en adelante CNSC) expidió el acuerdo No. 20171000000116 del 24 de julio de 2017, por medio del cual se convocó a proceso de selección Convocatoria 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).

Como producto de la Convocatoria, la CNSC expidió la Resolución de lista de elegibles 20182120149605 del 17 de octubre de 2018 para proveer una (1) vacantes de la OPEC N. 61490 denominado PROFESIONAL (SENA) Grado 6 y Código 0, en la cual se encuentra la demandante en quinto lugar de elegibilidad.

Sostienen las demandantes que, expedida la Ley 1960 de 2019, es posible el uso de las listas de elegibles para cubrir cargos equivalentes no ofertados; sin embargo, la CNSC arguye que las listas de elegibles se usan sólo para cubrir mismos empleos lo cual, sostiene la parte actora, no respeta el estricto orden de Mérito.

También se observa que la lista de elegibles CNSC 20182120149605 del 17 de octubre de 2018 vence el 9 de junio de 2022, al tenor del artículo 58 de del Acuerdo N. 20161000001296 del 2016, pues cobró firmeza el 9 de junio de 2020.

Ahora, alegan las accionantes que no han tenido la posibilidad de ser nombradas en virtud de lista de elegibles de la cual hacen parte, con lo cual consideran que se vulneran sus derechos fundamentales, pues sostienen que tienen derecho a que se agoten las actuaciones administrativas tendientes a establecer si hay lugar a nombrarles en un cargo equivalente a aquel para el cual se presentaron en el concurso de méritos.

Censuran además que la CNSC cambió el pasado 22 de septiembre de 2020 el criterio unificado que tenía, conforme al cual permitía el uso de las listas de

elegibles con empleos equivalentes, sin embargo en su caso el SENA y la CNSC pretenden aplicarle la lista sólo al mismo empleo, en contravía del debido proceso administrativo.

En apoyo de su solicitud, las accionantes citan, entre otras, la sentencia T-340 de 2020 de la Corte Constitucional y el criterio unificado de la CNSC del 22 de septiembre de 2020.

Procedencia formal de la acción

Es menester referirse en primer lugar a la procedencia de la acción de tutela en el ámbito de los concursos de méritos, especialmente cuando en agotamiento de las etapas del mismo se ha emitido ya una lista de elegibles y la misma se encuentra en firme, consolidando el derecho de los aspirantes a ocupar el cargo. Al respecto, la Corte Constitucional en T-049 de 2019 consideró que cuando la lista de elegibles se encuentra en firme, surgen situaciones jurídicas particulares y derechos ciertos que la acción de tutela no debe afectar, pues la vía indicada para atacar la legalidad de dicho acto es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Sin embargo, en dicha sentencia, tras recoger la jurisprudencia vigente del Consejo de Estado y la suya propia, señala la Corte que excepcionalmente procede la tutela *“pese a la existencia de lista de elegibles y que estas pueden ser modificadas en sede judicial por fraude o incumplimiento de los requisitos de la convocatoria o cuando su aplicación conlleve al desconocimiento de derechos fundamentales.”*

Aunado a lo anterior, la Alta Corporación ha considerado que, al margen de que exista y se acredite probatoriamente un perjuicio irremediable, es procedente excepcionalmente la acción de tutela en materia de concursos de carrera administrativa cuando *“se plantea una tensión que involucra el principio de mérito como garantía de acceso a la función pública y ello, a todas luces, trasciende de un ámbito administrativo y se convierte en un asunto de carácter constitucional, que torna necesaria una decisión pronta, eficaz y que garantice la protección de los derechos fundamentales”*¹.

¹ Corte Constitucional, Sentencia T – 059 de 2019.

De manera que los cuestionamientos de las entidades accionadas en torno a la subsidiariedad carecen de vocación de prosperar, pues excepcionalmente procede el estudio de fondo de la acción en el caso revestido de relevancia constitucional por la presunta afectación de los derechos fundamentales al Debido Proceso, Trabajo, Acceso a Cargos Públicos e Igualdad, que le asisten a las señoras JHOANA ALEXANDRA SALAMANCA SÁNCHEZ y HEIDY JOHANNA PINILLA LÓPEZ, sin que acierten las accionadas al argumentar que el objeto del juicio es resolver sobre la legalidad de actos administrativos de carácter general, susceptibles del medio de control de nulidad previsto en el artículo 37 del CPACA.

Por otro lado, en cuanto al requisito de inmediatez, que en criterio del SENA y la CNSC no se encuentra satisfecho, observa el despacho que aun cuando la lista de elegibles de que hacen parte las accionantes fue expedida el 17 de octubre de 2018 y cobró firmeza el 9 de junio de 2020, tal como alegan las entidades integrantes de la parte pasiva, ya al tenor del artículo 58 de del Acuerdo N. 20161000001296 del 2016 se encuentra aun vigente y vence hasta el 9 de junio de 2022.

Aquel supuesto fáctico relativo a la vigencia actual de la lista de elegibles torna la alegación de las entidades accionadas carente de sustento, en la medida en que supone actual la presunta vulneración de los derechos fundamentales de las accionantes, de acuerdo con su teoría del caso, y por eso el amparo constitucional pretendido ostenta el cariz de la inmediatez.

A este respecto se debe precisar que, como se verá en detalle en líneas más adelante, uno de los supuestos previstos por la Corte Constitucional para dar aplicación retrospectiva a las reglas previstas en la Ley 1960 de 2019, sobre el uso de las listas de elegibles en vacantes surgidas con posterioridad a la convocatoria con concursantes que ocupan un lugar en una lista, pero que no fueron nombrados por cuanto su posición excedía el número de vacantes convocadas, es que esa lista de elegibles todavía se encuentre vigente, como ocurre en el caso de marras.

En tal orden de ideas, resulta claro que el presunto hecho vulnerante, es decir el no uso de la lista de elegibles contenida en la Resolución N. 20182120149605 del 17 de octubre de 2018 para proveer vacantes de cargos equivalentes no convocados que surjan con posterioridad al concurso, es un hecho actual y vigente, por lo que la presunta violación de los derechos fundamentales de las

accionadas continúa en el tiempo y solo cesará, de no ser corregida la presunta vulneración, hasta que venza la vigencia de la lista de elegibles.

De manera que, al ser actual la presunta afectación a los derechos fundamentales derivada del no uso de la lista de elegibles para proveer nuevas vacantes, el criterio temporal para determinar la inmediatez corresponde no a la fecha de expedición ni a la de firmeza del acto que contiene la lista, sino al término durante el cual aquella se encuentre vigente.

Luego, se concluye que el caso bajo examen de procedencia formal no escapa de la inmediatez y, por el contrario, al ser actual la presunta vulneración de los derechos constitucionales del orden fundamental, se encuentra acreditado ese requisito de procedibilidad para acceder a la justicia ante la jurisdicción constitucional.

Ahora bien, en cuanto a la legitimación en la causa por pasiva, para el despacho es claro que lo alegado por las accionadas no tiene la virtud de impedir que se estudie el fondo del asunto, como quiera que del Acuerdo N. 20161000001296 del 2016 se comprende que la provisión de los cargos ofertados mediante la Convocatoria 436 de 2017 debe surtir al cabo de una actuación administrativa compleja en la que intervienen las dos entidades demandadas. De modo que este despacho considera que a la CNSC y al SENA les corresponde plantear su teoría del caso en calidad de vinculadas, en virtud de la participación conjunta en las diligencias que son objeto de cuestionamientos constitucionales por parte de las señoras JHOANA ALEXANDRA SALAMANCA SÁNCHEZ y HEIDY JOHANNA PINILLA LÓPEZ.

Finalmente, en cuanto a los cuestionamientos acerca de que las integrantes de la parte actora extrañan la legitimación en la causa por activa debido a que no ostentan el derecho a ser nombradas en el cargo de carrera administrativa para los que concursaron, sino apenas son titulares de una mera expectativa, entiende el despacho que es una cuestión que atañe justamente al fondo del asunto y por tanto no es susceptible de impedir que se efectúe el estudio constitucional acerca de la presunta vulneración de los derechos fundamentales invocados.

Al no resultar acreditadas las censuras formales de las entidades públicas accionadas en el proceso de la referencia, se encuentra llamado el Despacho a

efectuar el estudio de la solicitud de amparo de los derechos fundamentales propuesto por las ciudadanas accionantes.

Fondo del asunto

Al tenor de la prueba que obra en el expediente, conforme fue aportado por tanto por las demandantes como por la CNSC, encuentra la suscrita Juez de Tutela que esta última entidad expidió la Resolución de lista de elegibles 20182120149605 del 17 de octubre de 2018 para proveer una (1) vacante de la OPEC 61490 correspondiente al cargo denominado Profesional Grado 6, en la cual se encuentran las señoras JHOANA ALEXANDRA SALAMANCA SÁNCHEZ en quinto lugar de elegibilidad con 59,92 puntos, y HEIDY JOHANNA PINILLA LÓPEZ en sexto lugar de elegibilidad con 59,15 puntos.

El reclamo de las demandantes se centra en la inaplicación en su caso de la Ley 1960 de 2019, artículo 6, y del Criterio Unificado del 27 de junio de 2019 expedido por la CNSC en la Convocatoria 436 de 2017, pues sostienen que ello proceden las accionadas a desconocer el mérito como regla constitucional de acceso a los cargos públicos, así como su derecho al debido proceso; debate sobre derechos fundamentales con relevancia constitucional que es dable ventilar mediante la acción de tutela al tenor de las reglas establecidas por la Corte en la Sentencia T-049 de 2019, como se anticipó en el acápite de procedencia formal de la acción.

Pues bien, para resolver el pleito propuesto, se recuerda que en la ley 909 de 2004 se previeron las diferentes etapas del proceso de selección o concurso, dentro de las cuales se encuentra la de conformación de listas de elegibles. Concretamente en lo que respecta al caso de marras, previó el legislador que aquella lista se usaría únicamente para proveer las vacantes para las cuales se efectuó el concurso.

Sin embargo, ya la Ley 1960 de 2019 modificó algunos apartes de la ley 909 de 2004, estableciendo que la lista de elegibles se usaría también para proveer vacantes de empleos equivalentes al ofertado:

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 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.

La mencionada ley fue publicada en el Diario Oficial No. 50.997 del 27 de junio de 2019; en consecuencia, a partir de entonces, la CNSC debe elaborar en estricto orden de mérito listas de elegibles para ocupar tanto los cargos invocados como los equivalentes no convocados que surjan con posterioridad a los concursos, siempre y cuando sea en la misma entidad.

A raíz de este cambio normativo, la CNSC ha expedido una serie de criterios unificados con respecto a la aplicación en el tiempo de la Ley 1960 de 2019, criterios que, como ha señalado la Corte Constitucional, gozan de un valor especial, al ser expedidos por el órgano que por mandato del artículo 130 de la Constitución tiene la función de administrar las carreras de los servidores públicos.

En uno de dichos criterios, expedido el 16 de enero de 2020, complementado el 6 de agosto del mismo año, la CNSC estableció cómo deben ser usadas las listas de elegibles:

"De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos d 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."

De igual manera, la CNSC definió en el criterio del 22 de septiembre de 2020 los conceptos de "mismo empleo y de "empleo equivalente":

"Para efecto del uso de listas se define a continuación los conceptos de "mismo empleo" y "empleo equivalente":

•MISMO EMPLEO.

Se entenderá por "mismos empleos", los empleos con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, mismos requisitos de

estudio y experiencia reportados en la OPEC, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes²; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC.

• **EMPLEO EQUIVALENTE.**

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

Como se puede observar, en criterio de la CNSC, solo es dable proveer vacantes definitivas de *mismos empleos y empleos equivalentes* mediante el uso de listas de elegibles producto de procesos de selección aprobados con posterioridad al 27 de junio de 2019, por lo que las listas de elegibles de procesos aprobados antes de aquella fecha solo podrán usarse durante su vigencia y para proveer, además de las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos d Carrera -OPEC- de la respectiva Convocatoria, nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos", mas no los equivalentes.

Sin embargo, en la Sentencia T-340 de 2020 la Corte Constitucional sostuvo que la expedición de la Ley 1960 de 2019 determina un cambio en la manera como debe entenderse la aplicación del criterio del mérito para el acceso a los cargos públicos en lo que se refiere a las listas de elegibles, pues en aplicación de los principios de economía, eficiencia y eficacia de la función pública, las listas de elegibles deben ser utilizadas para proveer también las vacantes definitivas que no se ofertaron y que correspondan a empleos equivalentes y no solo a los mismos empleos.

En efecto, recordó la Corte Constitucional que, aunque las normas aplicables con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019² imponían que las entidades públicas solo podían hacer uso de las listas de elegibles en firme para proveer los cargos inicialmente ofertados en la OPEC correspondiente y aquellos con idénticas características (empleos con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, mismos requisitos de estudio y experiencia reportados en la OPEC, ubicación geográfica y mismo grupo de

² El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004; el párrafo 1 del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, que compiló el Decreto 1227 de 2005, antes de ser modificado por el Decreto 498 de 2020; y la jurisprudencia unificada de la Corte Constitucional antes de la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019 respecto de la utilización de las listas de elegibles únicamente para proveer los cargos inicialmente convocados.

aspirantes), con ocasión del cambio normativo las listas de elegibles en firme pueden ser usadas para proveer vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso de los procesos de selección en desarrollo, con el objetivo de garantizar el principio del mérito y la realización de los principios economía, eficiencia y eficacia de la función pública.

La anterior determinación fue adoptada por el órgano de cierre de la Jurisdicción Constitucional en la medida en que la Ley 1960 del 2019 tiene una aplicación retrospectiva, y por tanto se debe aplicar a la inclusión en la lista de elegibles expedidas con anterioridad a su entrada en vigencia, pero que no consolidaron una situación jurídica pues sus efectos siguen vigentes y no han sido resueltos en forma definitiva.

La situación no consolidada de aquellas personas que ocupan un lugar en lista de elegibles que excede el número de vacantes a proveer se manifiesta en que esos aspirantes apenas gozan de expectativa de ser nombrados, si acontece alguna de las causales de retiro contenidas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004 respecto de aquellos aspirantes que ocuparon los puestos con que se proveyeron la totalidad de los cargos vacantes.

Sin embargo, precisó la corporación que las entidades con cargos a proveer deben realizar los trámites administrativos para reportar las vacantes definitivas a la CNSC, así como los trámites financieros y presupuestales para poder hacer uso de las referidas listas.

En efecto, la concreción del cambio jurisprudencial adoptado por la Corte Constitucional mediante la referida sentencia se transcribe en seguida:

*"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.**"*

En igual sentido, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca ha comprendido que la aplicación en el tiempo de la ley 1960 de 2019, aunque no tiene lugar respecto de los concursos de mérito en los que las listas de elegibles han perdido vigencia, sin embargo, sí resulta aplicable no solo cuando aquellas listas se encuentran vigentes y en su virtud fueron proveídos los cargos convocados, sino que cuando *“después de provistos los cargos convocados, aún subsiste lista de elegibles vigente, después de expedida la reforma aludida que está en plena vigencia, estas listas deben ser utilizadas para proveer cargos vacantes equivalentes, que se hayan presentado después de abierta la convocatoria”*³.

Lo anterior por cuanto, en criterio del Juez Colegiado, *“no sería justificable, que, existiendo aspirantes con mérito, en lista de elegibles vigentes, se provean los cargos en provisionalidad, por una indebida lectura de la aplicación normativa que privilegia el mérito, conforme a la Carta”*⁴.

Pues bien, dando aplicación al criterio jurisprudencial expuesto, y que comparte este despacho al encontrarlo ajustado a los principios y postulados constitucionales del mérito como garantía de acceso a la función pública se encuentra que hay lugar a acceder parcialmente a las pretensiones de la demandante, toda vez que los supuestos fácticos del caso corresponden a aquellos previstos para la aplicación retrospectiva de la ley 1960 de 2019:

1. La señora JHOANA ALEXANDRA SALAMANCA SÁNCHEZ ocupa el quinto (5º) lugar en la lista de elegibles contenida en la Resolución No. CNSC 20182120149605 del 17 de octubre de 2018 conformada para proveer un (1) cargo vacante correspondiente a la OPEC No. 61490 con la denominación PROFESIONAL (SENA) GRADO 6 y CÓDIGO 0.
2. La señora HEIDY JOHANNA PINILLA LÓPEZ ocupa el sexto (6º) lugar en la lista de elegibles contenida en la Resolución No. CNSC 20182120149605 del 17 de octubre de 2018 conformada para proveer un (1) cargo vacante correspondiente a la OPEC No. 61490 con la denominación PROFESIONAL (SENA) GRADO 6 y CÓDIGO 0.
3. Las señoras JHOANA ALEXANDRA SALAMANCA SÁNCHEZ y HEIDY JOHANNA PINILLA LÓPEZ no fueron nombradas por cuanto los lugares que ocupan en la lista exceden el número de vacantes convocadas.

³ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “C”, en Sentencia de Segunda Instancia del 26 de mayo de 2021, exp. 110013337042 2021 00077 01.

⁴ *Ibidem*.

4. La lista de elegibles contenida en la Resolución No. 20182120149605 del 17 de octubre de 2018 se encuentra vigente hasta el 9 de junio de 2022.

Por consiguiente, considera el despacho que siempre que se respete el principio del mérito, procede ordenar a las accionadas el uso de la lista de elegibles contenida en la Resolución No. 20182120149605 del 17 de octubre de 2018 para proveer cargos no ofertados en la Convocatoria 436 de 2017 y que correspondan a empleos equivalentes al ofertado con OPEC No. 61490 con la denominación PROFESIONAL (SENA) GRADO 6 y CÓDIGO 0.

Para el efecto, se precisan en seguida las acciones y plazos en los que se ha de adelantar la actuación administrativa:

i)-El SENA dentro de los diez días siguientes a la notificación de esta sentencia, dentro del marco de sus actuaciones, deberá informar a la CNSC cuáles empleos vacantes en su entidad pueden ser equivalentes a los de la OPEC No. 61490 de la Convocatoria 436 de 2017.

ii)-La CNSC deberá, en el marco de sus competencias, dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la información que le envíe el SENA en cumplimiento de la orden anterior, deberá efectuar un estudio para establecer cuáles empleos vacantes pueden ser equivalentes al de la OPEC No. 61490 de la Convocatoria 436 de 2017.

iii)-En caso de ser procedente, dentro de los diez (10) días siguientes a la expedición del resultado del estudio de equivalencias, la CNSC deberá elaborar una lista de elegibles para proveer los empleos vacantes que tengan equivalencia con la OPEC No. 61490 de la Convocatoria 436 de 2017, de acuerdo a los puntajes asignados a cada uno de los aspirantes que, al igual que las señoras JHOANA ALEXANDRA SALAMANCA SÁNCHEZ y HEIDY JOHANNA PINILLA LÓPEZ, no alcanzaron el orden de elegibilidad necesario para acceder a la vacante para la cual se inscribieron.

En cuanto a los restantes derechos fundamentales invocados, no militan en la actuación elementos de juicio suficientes para comprobar su vulneración.

En mérito de lo expuesto, EL JUZGADO CUARENTA Y DOS ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SECCIÓN CUARTA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A:

PRIMERO. Amparar los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, al trabajo y al acceso a cargos y funciones públicas por mérito que les asisten a las señoras JHOANA ALEXANDRA SALAMANCA SÁNCHEZ y HEIDY JOHANNA PINILLA LÓPEZ, negar el amparo de los restantes derechos fundamentales invocados.

SEGUNDO. En consecuencia, para materializar dicho amparo, **ordenar** lo siguiente:

i)-El SENA, dentro de los diez días siguientes a la notificación de esta sentencia, dentro del marco de sus actuaciones, deberá informar a la CNSC cuáles empleos vacantes en su entidad pueden ser equivalentes a los de la OPEC 61490 de la Convocatoria 436 de 2017.

ii)-La CNSC, en el marco de sus competencias, dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la información que le envíe el SENA en cumplimiento de la orden anterior, deberá efectuar un estudio para establecer cuáles empleos vacantes pueden ser equivalentes al de la OPEC 61490 de la Convocatoria 436 de 2017.

iii)-En caso de ser procedente, la CNSC, dentro de los diez (10) días siguientes a la expedición del resultado del estudio de equivalencias, deberá elaborar una lista de elegibles para para proveer los empleos vacantes que tengan equivalencia con la OPEC 61490 de la Convocatoria 436 de 2017, de acuerdo a los puntajes asignados a cada uno de los aspirantes que, al igual que las señoras JHOANA ALEXANDRA SALAMANCA SÁNCHEZ y HEIDY JOHANNA PINILLA LÓPEZ, no alcanzaron el orden de elegibilidad necesario para acceder a la vacante para la cual se inscribieron.

TERCERO. Notificar por cualquier medio efectivo a los interesados en los términos del Art. 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO. Advertir a las partes que este fallo puede ser impugnado dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

QUINTO. Enviar el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, una vez cobre ejecutoria la presente decisión en armonía con lo dispuesto por el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

SEXTO. Medidas adoptadas para hacer posibles los trámites virtuales:

Las comunicaciones y escritos deberán ser enviados únicamente al correo del juzgado jadmin42bta@notificacionesrj.gov.co. Se solicita escribir en el asunto: **"2021-135 TUTELA"**, se recomienda enviar archivos DOC, DOCX, o PDF livianos Max 500 k, - verificar que los PDF no tengan páginas en blanco y calidad para envío por correo.

Las partes deben enviar toda comunicación, escrito o prueba no sólo al Despacho, también a las demás partes mediante su correo electrónico, siendo estos:

jahss@hotmail.com

notificacionesjudiciales@cncs.gov.co

servicioalciudadano@sena.edu.co

rayuela83@yahoo.com

abogadosenprodelmagisterio@gmail.com

jairojaramillo7@gmail.com

La atención al público se presta de manera telefónica en el número 313 489 5346 (Horario: lunes a viernes de 8:00 am-1:00 pm y 2:00 pm-5:00 pm).

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,
ANA ELSA AGUDELO AREVALO
JUEZ**

Firmado Por:

ANA ELSA AGUDELO AREVALO
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 042 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO BOGOTA-CUNDINAMARCA

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

Código de verificación: **0bb94543cb94a9056ee530a81fdbb7311b8674a0cac8f45313f2354a21296b1e**

Documento generado en 25/06/2021 04:20:48 p. m.