

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER MAGISTRADO PONENTE: JULIO EDISSON RAMOS SALAZAR

Bucaramanga, once (11) de diciembre del dos mil veinte (2020)

De

ACCIÓN: TUTELA (SEGUNDA INSTANCIA)

ACCIONANTES: CARMEN ALICIA ZAMBRANO NAVARRO

ACCIONADOS: COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC-
SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA-

RADICADO: 680813333013-2020-00213-01
atencionalciudadano@cncs.gov.co
mileniospa@hotmail.com
atencionalciudadano@sena.gov.co

conformidad con el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 este Tribunal conoce de la **IMPUGNACIÓN** formulada por la parte accionada **LA COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC Y EL SERVICIO NACIONAL DE APREDNIDAZAJE- SENA** contra la sentencia del 23 de octubre 2020, proferida por el Juzgado Trece Administrativo Oral de Bucaramanga, mediante la cual tutelo el derecho al debido proceso de la señora CARMEN ALICIA ZAMBRANO NAVARRO.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

Manifiesta la accionante que la Comisión Nacional del Servicio civil en cumplimiento a la Ley 909 de 2004 realizó la convocatoria número 436 del 2017, a través del Acuerdo No. 20171000000116 del 24 de julio de 2017, para proveer el cargo de instructor, código 3010, grado 1, de la planta de empleos del Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA.

Seguidamente, la CNSC producto de la convocatoria expidió la resolución de lista de elegibles No. CNSC – 20182120190975 del 24 de diciembre de 2018 para proveer una (1) vacante de la OPEC No. 59399, con la denominación de instructor, código 59399, grado 1 en la que figura ocupando el segundo lugar de elegibilidad con 81.34 puntos definitivos de la convocatoria.

Manifiesta que el SENA con posterioridad a la Convocatoria 436 de 2017 crea 565 cargos temporales con la denominación instructor código 3010 grado 1, que en sesiones del 26 y 28 de enero y del 2 y 11 de febrero de 2016 de acuerdo con la sentencia C-288-2014 las vacancias temporales en las entidades deben ser cubiertas con las listas de elegibles vigentes en las respectivas entidades al igual que en la Ley 909 de 2004, artículo 21 numeral 3, de igual manera cada vez que surta o quede una vacante temporal y existan listas de elegibles.

Expone que en el mes de junio de 2019 un grupo de elegibles **peticionó al SENA** para que suministrara información al respecto e hiciera uso de la lista de elegibles con todos los cargos temporales, que el SENA **en respuesta masiva señaló:**

(...)

Cordial Saludo:

En atención a su comunicación del asunto, de manera atenta le informo lo siguiente en el orden que lo solicita:

1. Los 800 empleos de planta temporal se crearon el 17 de julio de 2017, mediante Decreto 553 de 2017 *"Por el cual se crea una planta de empleos temporales en el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA y se dictan otras disposiciones"* y fueron distribuidos mediante Resolución 715 de 2017 *"Por la cual se distribuyen los cargos de la planta de empleos temporales creada para el SENA por el Decreto 553 de 2017"*, que le anexo en copia y en los cuales usted podrá encontrar la fecha de creación y la denominación de los cargos creados.

Las funciones y requisitos de cada cargo temporal se encuentran en la Resolución 1694 del 28 de septiembre de 2017 *"Por la cual se adopta el Manual Específico de Funciones y de Competencias Laborales para /os Empleos Temporales de la Planta de Personal del Servicio Nacional de Aprendizaje- SENA"* y sus anexos, la cual puede ser consultada en el siguiente link: <http://www.sena.edu.co/es-co/sena/Paginas/manua-funciones.aspx>.

La vigencia actual de cada uno de los cargos temporales del SENA es hasta el 15 de Julio de 2019 de acuerdo a lo señalado en el Decreto 2147 de 2017 *"Por el cual se prórroga la vigencia de la planta de empleos temporales del Servicio Nacional de Aprendizaje- SENA creada mediante el Decreto 553 de 2017"*.

2. Actualmente la entidad se encuentra gestionando ante las entidades competentes (Departamento Nacional de Planeación, Departamento Administrativo de la Función Pública, Ministerio de Trabajo, Ministerio de Hacienda y Presidencia) la prórroga de la planta temporal hasta el 31 de diciembre de 2019.

3. Una vez creados los empleos de la planta temporal, la Entidad en cumplimiento de lo señalado en el artículo 21 de Ley 909 de 2004, solicitó a la Comisión Nacional del Servicio Civil verificar la existencia de listas de elegibles para provisión de dichos empleos, sobre los cuales la CNSC señaló la NO existencia de lista de elegibles.

Posteriormente se realizó el proceso de encargo de los funcionarios de carrera administrativa.

Con los empleos restantes, se realizaron dos convocatorias públicas en la vigencia 2017, logrando proveer **752 empleos temporales** y 48 cargos quedaron desiertos.

Como resultado de las convocatorias públicas anotadas, se constituyeron listas con orden de provisión, que tienen vigencia de 2 años, razón por la cual, se ha continuado la provisión de los empleos que han venido quedando vacantes y que cuentan con lista vigente para nombramiento en planta temporal.

4. Se relacionan a continuación los empleos de la planta temporal, que, desde el mes de noviembre de 2018 a la fecha, se han provisto con las listas conformadas en virtud de las convocatorias públicas.

Denominación	Código	Grado	fecha de creación	fecha de posesión
Instructor G13	301013	13	17/07/2017	17/06/2019
Instructor G10	301010	10	17/07/2017	08/04/2019
Instructor G06	301006	06	17/07/2017	04/06/2019
Instructor G08	301008	08	17/07/2017	04/06/2019
Instructor G11	301011	11	17/07/2017	04/06/2019
Instructor G10	301010	10	17/07/2017	04/06/2019
Instructor G10	301010	10	17/07/2017	04/06/2019
Instructor G11	301011	11	17/07/2017	02/05/2019
Instructor G11	301011	11	17/07/2017	08/04/2019
Instructor G08	301008	08	17/07/2017	01/04/2019
Profesional G10	301010	10	17/07/2017	05/04/2019
Instructor G11	301011	11	17/07/2017	05/06/2019
Instructor G12	301012	12	17/07/2017	05/06/2019
Instructor G10	301010	10	17/07/2017	05/06/2019
Instructor G06	301006	06	17/07/2017	05/06/2019
Instructor G09	301009	09	17/07/2017	02/05/2019
Instructor G15	301015	15	17/07/2017	02/05/2019
Instructor G08	301008	08	17/07/2017	07/05/2019
Instructor G11	301011	11	17/07/2017	09/05/2019
Instructor G14	301014	14	17/07/2017	10/06/2019

Profesional G08	301008	08	17/07/2017	13/03/2019
Instructor G10	301010	10	17/07/2017	13/03/2019
Instructor G09	301009	09	17/07/2017	10/05/2019
Instructor G11	301011	11	17/07/2017	01/04/2019
Instructor G09	301009	09	17/07/2017	11/04/2019
Instructor G11	301037	11	17/07/2017	02/04/2019
Instructor G10	301038	10	17/07/2017	12/04/2019
Profesional G09	301039	09	17/07/2017	01/04/2019

Los empleos anteriormente relacionados, fueron provistos inicialmente como resultado de la convocatoria pública y se realizó nuevamente su provisión, por la renuncia de quienes fueron nombrados.

Vale la pena resaltar que los cargos que se encuentran vacantes a la fecha y cuentan con lista conformada, como resultado de las convocatorias públicas, se encuentran en proceso de provisión, hasta el 15 de julio de 2019.

5. Como se ha explicado a lo largo de este escrito, la provisión de la planta vigente hasta el 15 de julio de 2019, se realizó en los términos señalados en la normatividad vigente; ahora bien, como también lo señalamos, en el evento que la planta temporal sea prorrogada, será necesario realizar la provisión de todos los empleos que se encuentren vacantes, para lo cual se dará estricta aplicación a lo establecido en el artículo 2.2.5.3.5 del Decreto 648 de 2017, que señala:

“Artículo 2.2.5.3.5 Provisión de empleos temporales. Para la provisión de los empleos temporales de que trata la Ley 909 de 2004, los nominadores deberán solicitar las listas de elegibles a la Comisión Nacional del Servicio Civil teniendo en cuenta las listas que hagan parte del Banco Nacional de Listas de Elegibles y que correspondan a un empleo de la misma denominación, código y asignación básica del empleo a proveer.

En caso de ausencia de lista de elegibles, los empleos temporales se deberán proveer mediante la figura del encargo con empleados de carrera de la respectiva entidad que cumplan con los requisitos y competencias exigidos para su desempeño. Para tal fin, la entidad podrá adelantar un proceso de evaluación de las capacidades y competencia de los candidatos y otros factores directamente relacionados con la función a desarrollar.

En caso de ausencia de personal de carrera, con una antelación no inferior a diez (10) días a la provisión de los empleos temporales, la respectiva entidad deberá garantizar la libre concurrencia en el proceso a través de la publicación de una convocatoria para la provisión del empleo temporal en la página web de la entidad. Para la valoración de las capacidades y competencias de los candidatos la entidad establecerá criterios objetivos.

El término de duración del nombramiento en el empleo de carácter temporal será por el tiempo definido en el estudio técnico y de acuerdo con la disponibilidad presupuestal, el cual se deberá definir en el acto de nombramiento”.

En los anteriores términos se da respuesta a su solicitud.

...”

Expone que el SENA a pesar de existir listas de elegibles vigente, han realizado nombramientos desde abril a junio del 2019 con otras personas que no se encuentran en listas de elegibles, por lo anterior, afirma que se le vulnera su derecho como concursante y en el que se encuentra en lista de elegible.

De otra parte, manifiesta que en atención a la respuesta emitida por el SENA, en el mes de julio de 2019 un grupo de elegibles, petición a la CNSC, quien en respuesta masiva manifestó que el 27 de julio de 2018 el SENA le solicitó a la entidad el envío de listas de elegibles para proveer 110 empleos de carácter temporal creados mediante Decreto 553 de 2017, petición que fue atendida en el sentido de informarle que para dicha fecha, no existían listas de elegibles proferidas en desarrollo de la Convocatoria 436 de 2017, por lo que el SENA debió agotar los demás órdenes de provisión de los empleos temporales.

Así mismo, expone que con posterioridad a la expedición de las listas de elegibles de la Convocatoria 436 de 2017, en el SENA se generaron varias vacantes temporales y sin embargo ni el SENA ni la CNSC garantizaron el debido proceso, haciendo uso de las listas de elegibles frente a los cargos temporales a pesar que la planta temporal del SENA amplió su vigencia el 10 de julio de 2019.

Afirma que el Sena en el mes de octubre de 2020 le envió un correo electrónico solicitándole la manifestación de aceptación o rechazo para vincularla en un empleo vacante de la planta temporal, según un listado de empleos que se elaboró a partir de un análisis de la denominación, código y asignación básica de las vacantes de la planta temporal, informándoles que pueden postularse únicamente a una (1) de las vacantes relacionadas.

Advierte que el SENA y la CNSC empezaron a darle parcial cumplimiento a las normas de carrera al hacer uso de lista de elegibles con los cargos temporales, no obstante, las mismas deben realizar una audiencia pública de todos los cargos temporales teniendo en cuenta los principios de la función pública de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad contemplado en la sentencia C – 288 de 2014.

Así mismo, no están de acuerdo que el SENA limite a los concursantes a escoger una sola vacante entre muchos, lo que conllevaría a que muchos concursantes con buenos puntajes se queden por fuera mientras otros con puntajes inferiores se vinculen. De igual manera, considera que como la planta del SENA es global y flexible tiene la autonomía para trasladar los cargos incluso cambiarles los perfiles a los mismos. Finalmente, concluyen que las entidades les están vulnerando el derecho al debido proceso administrativo.

2. Pretensiones

De conformidad con los hechos expuestos, la parte actora solicita:

“PRIMERO. Que, se restablezcan los derechos fundamentales **A LA GARANTIA Y EFECTIVIDAD DE LA PROTECCION DE LOS DERECHOS POR PARTE DEL ESTADO, IGUALDAD, TRABAJO, DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO, ACCESO A CARGOS Y FUNCIONES PÚBLICAS VIA MERITO, ASÍ COMO A LOS PRINCIPIOS DE CONFIANZA LEGÍTIMA, BUENA FE Y SEGURIDAD JURÍDICA Y LOS QUE EL DESPACHO CONSIDERE PERTINENTES, VULNERADOS U AMENAZADOS,** de **CARMEN ALICIA ZAMBRANO NAVARRO,** mayor de edad e identificada con cédula de ciudadanía No **63481041** y se ordene de manera inmediata a la **CNSC** y al **SENA seleccionar todos los empleos denominados INSTRUCTOR de la Planta Temporal del SENA por perfiles de los empleos, y núcleos básicos del conocimiento,** en un término No superior a 48 horas.

SEGUNDO: Ordenar a la CNSC y al SENA, realizar una recomposición de listas del banco de listas de elegibles en estricto orden de mérito para proveer todos los empleos denominados INSTRUCTOR de la Planta Temporal del SENA, de acuerdo a su similitud funcional con los cargos temporales.

TERCERO: Ordenar a la CNSC y al SENA que, una vez se haya realizado la selección de los empleos por perfil y núcleos básicos del conocimiento, y se haya realizado la recomposición del banco de lista de elegibles, se debe realizar una audiencia pública (virtual) para proveer todos los empleos denominados **INSTRUCTOR** de la Planta Temporal del SENA, para que los nombramientos se realicen en estricto orden de Mérito. En un término No superior a 48 horas y en caso de que el tutelante se encuentre en posición meritatoria, se le debe realizar su nombramiento en un cargo temporal.

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

II. CONTESTACION DE LAS ENTIDADES DEMANDADAS

1.- SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE –SENA

El Coordinador del Grupo Regional de Gestión de Talento Humano del Sena – Regional Santander manifestó que la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, realizó la Convocatoria 436 de 2017, a través del Acuerdo No. 20171000000116 del 24 de julio de 2017, con el fin de proveer definitivamente los empleos vacantes del personal perteneciente al sistema general de carrera administrativa del SENA.

Afirma que la Comisión Nacional del Servicio Civil –CNSC- con base a los resultados de la convocatoria 436 de 2017 conformó listas de elegibles para cada uno de los empleos a los que concursaron los accionantes, lo anterior, atendiendo lo estipulado en el artículo 58 del Acuerdo No. 20171000000116 de 2017, y en concordancia con lo estipulado por el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, lo cual señala que la lista de elegibles tiene una vigencia de dos (2) años contados a partir de la fecha de su firmeza, que para la dicha lista quedó en firme el día 15 de enero de 2019.

Así mismo, refiere el párrafo primero del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, en el cual menciona que la lista de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, durante su vigencia, solo pueden 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.

De otra parte, expone que la CNSC en comunicación No 20191020121341 de fecha 12 de marzo de 2019 se pronuncia frente a la provisión de los cargos, y advierte que dicho concurso fue declarado desierto, y señaló que el uso de lista no procede para proveer empleos iguales o equivalentes de las plantas globales de las entidades participantes de los concursos de mérito, ni los empleos declarados desiertos.

Así mismo, la CNSC el 1 de agosto de 2019, expuso un criterio unificado en relación con la aplicación de la lista de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019, explicando que esta ley solo es aplicable a los nuevos concursos de méritos que se adelante, por lo que no afectaría la convocatoria 436 de 2017.

Concluye, que carece de legitimación en la causa por pasiva para garantizar lo pretendido por la accionante, ya que de conformidad con el artículo 31 de la Ley 909 de 2004, con los resultados de las pruebas es la CNSC, quien elabora en estricto orden de mérito la lista de elegibles, y su competencia se limita a realizar el nombramiento dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al envío de la lista de elegibles, de conformidad con lo establecido en el artículo 2.2.6.21 del Decreto 1083 de 2015.

Solicita negar las pretensiones de la presente tutela, toda vez, que las listas de elegibles de la cual hacen parte la accionante, fue expedida desde el mes de diciembre de 2018, quedando en firma en enero de 2019, por lo que en el caso en cuestión no se cumple con el requisito de la inmediatez, o en su efecto que la accionante cuenta con otros medios de defensa judicial contra las decisiones tomadas por el SENA o la CNSC, las cuales se expresan en actos administrativos, por lo que deberían demandar dichas decisiones, en ejercicio de los medios de control en la jurisdicción contenciosa administrativa establecidos en la Ley 1437 de 2011, además que no se encuentra probado un perjuicio irremediable que torne procedente la protección solicitada por vía de tutela.

2. -. -COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC-

El asesor jurídico señala que no resulta procedente el uso de listas solicitado por la accionante, pues con ello se estaría dando aplicación retrospectiva a la Ley 1960 del 27 de junio de 2019, toda vez que la convocatoria 436 de 2017 inició el 17 de octubre de 2018, con anterioridad a la entrada en vigencia de la precitada ley.

Expone que Ley 1960 del 27 de junio de 2019 modificó algunos aspectos de la Ley 909 de 2004, razón por la cual la CNSC, debió dar instrucciones precisas frente a su aplicabilidad en los procesos de selección a desarrollarse a partir de su entrada en vigencia, por lo que en criterio unificado del 16 de enero de 2020 dispuso que la referida ley aplica a los procesos de selección aprobados por la sala plena de comisionados con posterioridad a su entrada en vigencia, por lo que no es procedente aplicar retrospectivamente la misma frente, ya que esto solo procede

frente a situaciones que han estado gobernadas por una norma anterior, pero cuyos efectos jurídicos no se han consolidado al momento de entrar a regir la nueva disposición normativa, lo cual no ocurre en el asunto en cuestión, toda vez que las etapas del concurso de méritos ya se encuentran agotadas, es decir, el hecho ya se encuentra consolidado.

Afirma que una vez conformada la lista de elegibles para proveer por mérito las vacantes definitivas de los empleos objeto de concurso se generan para quienes las integran dos situaciones: **i.)** para quien se encuentre en orden de elegibilidad de acuerdo al número de vacantes a proveer, se configura el derecho a ser nombrado en periodo de prueba en el empleo aspirado; **ii)** para quienes no ocuparon una posición meritoria dentro de la lista de elegibles, surge la expectativa de ser nombrado ante la generación de nuevas vacantes, lo anterior, haciendo uso de la lista en el orden de mérito subsiguiente, durante los dos (2) años de vigencia. Lo anterior lo conceptualiza, a fin de aclarar que no todos los participantes en un concurso de méritos no ostentan un derecho adquirido a obtener un empleo público, toda vez, que solo son titulares de una expectativa que se materializa cuando cumplen todos los requisitos legales y superan todas las etapas de los procesos de selección, ya que es su posición meritoria en una lista de elegibles la que le otorga a quien ocupa el primer lugar, el derecho a ser nombrado en el empleo para el cual concursó.

Ahora bien, advierte que la competencia de la CNSC se circunscribe a realizar un estudio técnico para determinar si es posible proveer los empleos temporales con las listas de elegibles vigentes administradas por la CNSC, para lo cual los nominadores de las entidades solicitan aprobación de uso de listas relacionando la información establecida en el artículo 19 de la Ley 909 de 2004, para el diseño del respectivo empleo, de igual manera explica lo equivalente entre un cargo y el otro, de acuerdo a lo establecido en el artículo 2.2.11.2.3. del Decreto 1083 de 2015.

Concluye, que la presente acción es improcedente dado que la inconformidad de la accionante radica en la normativa que rige el concurso, la cual pueden atacar mediante los medios de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho previstos en la Ley 1437 de 2011, además que no se encuentra probado un perjuicio irremediable que torne procedente la protección solicitada por vía de tutela.

III. LA SENTENCIA APELADA

El Juzgado Trece Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bucaramanga, en providencia del 23 de octubre de 2020 decidió lo siguiente:

PRIMERO: TUTELAR el derecho al debido proceso de CARMEN ALICIA ZAMBRANO NAVARRO, ANA NEDSI JAIMES CHACÓN, ALBA MARY OJEDA RUEDA, EIDY RUBIELA ARDILA RUEDA, OLGA PATRICIA REYES LOZANO, WILLIAN SANDOVAL ROA, VÍCTOR ALONSO MARTÍNEZ TORRES y YAMILE RUEDA PINZÓN, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SE ORDENA a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC- que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, si aún no lo hubieren hecho, conforme un banco nacional de listas de elegibles con todas las listas de elegibles que se encuentren vigentes respecto de los empleos con denominación Instructor, código 3010, grado 1 de la entidad SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-, debiendo tener en cuenta para ello los perfiles de los empleos para los que concursaron los accionantes, así como el nivel jerárquico, grado salarial, los niveles de estudio, las disciplinas, núcleos básicos del conocimiento y las competencias de cada empleo.

Así mismo, **SE ORDENA** a la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC-** que, dentro del término atrás otorgado, una vez consolidado el banco nacional de listas de elegibles, convoque la realización de la audiencia pública para escogencia de empleo, conforme el procedimiento establecido en el Acuerdo 562 de 2016.

TERCERO: SE ORDENA al **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA-** verificar que los elegibles cumplan los requisitos de experiencia, estudios y demás necesarios para su nombramiento y sólo cuando éstos se cumplan, realice el nombramiento de los mismos, a partir de la lista de elegibles generada por el Banco Nacional, en estricto orden de méritos.

CUARTO: SE ORDENA EXTENDER los efectos de la presente sentencia de tutela a todos los concursantes que se encuentran en listas de elegibles vigentes de los empleos con denominación Instructor, código 3010, grado 1 de la entidad **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA**, que cuenten con los mismos perfiles de los empleos para los que concursaron los accionantes, así como el nivel jerárquico, grado salarial, las disciplinas, núcleos básicos del conocimiento y las competencias de cada empleo

QUINTO: DECLÁRASE que la **FUNDACIÓN UNIVERSITARIA DEL ÁREA ANDINA** no ha vulnerado ni puesto en riesgo los derechos fundamentales de los accionantes, conforme las razones expuestas en la parte motivan de esta providencia.

SEXTO: Notifíquese el presente fallo de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

SÉPTIMO: Si esta sentencia no fuere impugnada, envíese el cuaderno original al H. Corte Constitucional para su eventual revisión, previas las anotaciones de rigor. (Art. 31 Dcto. 2591/1991).

Considera el A quo, que las entidades accionadas vulneran los derechos fundamentales invocados por los accionantes, concluye, que si bien el **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE –SENA-** se encuentra en proceso de ofertar los empleos de la planta temporal que se encuentran vacantes con empleados que ostentan derechos de carrera, se nota, el proceder desplegado por las entidades accionadas, los cuales quebranta el derecho al debido proceso de los accionantes, en síntesis, porque no siguieron el procedimiento establecido en el ordenamiento jurídico para proveer vacantes de distintas ubicaciones geográficas respecto de concursantes que superaron todas las etapas de un concurso de méritos y que hacen parte del Banco Nacional de Listas de Elegibles.

IV. LA IMPUGNACIÓN

-SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE –SENA -

Inconforme con la decisión de primera instancia, impugnan el referido fallo, esgrimiendo los mismos argumentos expuestos con la contestación, por lo anterior, solicita que se revoque el fallo de primera instancia, y en su lugar, se declare improcedente dado que la inconformidad de la accionante radica en la normativa que rige el concurso, la cual pueden atacar mediante los medios de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho previstos en la Ley 1437 de 2011, además que no se encuentra probado un perjuicio irremediable que torne procedente la protección solicitada por vía de tutela.

COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC-

La entidad accionada, impugnan el referido fallo, esgrimiendo los mismos argumentos expuestos con la contestación, por lo anterior, solicita que se revoque el fallo de primera instancia, y en su lugar, se declare improcedente dado que la inconformidad de la accionante radica en la normativa que rige el concurso, la cual pueden atacar mediante los medios de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho previstos en la Ley 1437 de 2011, además que no se encuentra probado un perjuicio irremediable que torne procedente la protección solicitada por vía de tutela

V. CONSIDERACIONES

ACERCA DE LA COMPETENCIA

Esta Corporación es competente para decidir el recurso de impugnación objeto de esta providencia, en virtud del artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

PROBLEMA JURÍDICO

corresponde a la Sala determinar si las entidades accionadas vulneraron o no los derechos fundamentales aducidos por la accionante, como quiera que la accionante manifiesta que a pesar de ocupar el segundo lugar con un puntaje de 81.34 de elegibilidad en la lista de elegibles No CNSC - 20182120190975 del 24 de diciembre de 2018, dentro del empleo identificado en la Oferta Pública de Empleos No. 59399, denominación INSTRUCTOR, CODIGO 3010, GRADO 1, siendo actualmente elegible y con lista vigente para un cargo TEMPORAL EN EL SENA, con la denominación de instructor; no obstante el SENA le realizó el ofrecimiento de un solo cargo para que escogiera entre muchos individualizados, vulnerando su derecho al debido proceso, pues no se realiza una AUDIENCIA PUBLICA POR AREAS TEMATICAS, además que en los ofrecimientos realizados por el SENA no se encuentran todos los cargos temporales que actualmente existen en la entidad con la denominación de instructor.

Tesis: Si

Fundamento jurídico : Del análisis del caso en concreto, concluye la Sala que en la presente acción constitucional no se controvierte acto administrativo alguno, sino la materialización del derecho al debido proceso que debe prevalecer en todas las actuaciones administrativas, toda vez, que la controversia no viene circunscrita por las actuaciones adelantadas dentro de un concurso de méritos, sino, frente al procedimiento aplicado por las entidades accionadas en la provisión de vacantes temporales. Lo cual las entidades accionadas, no realizaron los procedimientos acordes a la Ley para proveer cargos temporales. Por lo anterior, se vulneran los derechos fundamentales de la accionada, Por lo que, estima la Sala que la acción de tutela se constituye en el mecanismo idóneo para su estudio.

A. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

1. De la acción de Tutela

El artículo 86 de la Constitución Nacional introdujo la ACCIÓN DE TUTELA para que toda persona pueda:

"(...) 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 (...)"

EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO.

La carta pólita en su artículo 29 ha previsto, el derecho al debido proceso es un derecho fundamental, el cual se debe aplicar a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas con el fin de que todos los integrantes de la comunidad nacional, en virtud del cumplimiento de los fines esenciales del Estado, puedan defender y preservar el valor de la justicia reconocida en el preámbulo de la Constitución.

En ese sentido, la Corte Constitucional en sentencia T-010 de 2017 el Alto Tribunal Constitucional señaló que existen unas garantías mínimas en virtud del derecho al debido proceso administrativo, dentro de las cuales encontramos las siguientes: "(i) ser oído durante toda la actuación, (ii) a la notificación oportuna y de conformidad con la ley, (iii) a que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas, (iv) a que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación, (v) a que la actuación se adelante por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico, (vi) a gozar de la presunción de inocencia, (vii) al ejercicio del derecho de defensa y contradicción, (viii) a solicitar, aportar y controvertir pruebas, y (ix) a impugnar las decisiones y a promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso

De otra parte, se tiene que en Sentencia C-034 de 2014, mantiene como hipótesis, que las garantías se encuentran relacionadas entre sí, de manera que a modo de ejemplo el principio de publicidad y la notificación de las actuaciones constituyen condición para el ejercicio del derecho de defensa, y la posibilidad de aportar y controvertir las pruebas, una herramienta indispensable para que las decisiones administrativas y judiciales se adopten sobre premisas fácticas plausibles. De esa forma se satisface también el principio de legalidad, pues solo a partir de una vigorosa discusión probatoria puede establecerse si en cada caso se configuran los supuestos de hecho previstos en las reglas legislativas y qué consecuencias jurídicas prevé el derecho para esas hipótesis.

En atención a lo expuesto, se tiene que cualquier transgresión a las garantías mínimas mencionadas anteriormente, atentaría contra los principios que gobiernan la actividad administrativa, (igualdad, imparcialidad, publicidad, moralidad y contradicción) y vulneraría los derechos fundamentales de las personas que acceden a la administración o de alguna forma quedan vinculadas por sus actuaciones y en tal medida, se hace efectiva la procedencia de la acción de tutela.

LEY 909 DE 23 DE SEPTIEMBRE 2004 *"Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones."*

El referido acuerdo su artículo 21 de la Ley 909 de 2004 consagra los empleos temporales como una modalidad especial de empleo público distinta al concurso público y al libre nombramiento y remoción, para el cumplimiento de una de cuatro (4) finalidades:

- "a) Cumplir funciones que no realiza el personal de planta por no formar parte de las actividades permanentes de la administración;*
- b) Desarrollar programas o proyectos de duración determinada;*
- c) Suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo, determinada por hechos excepcionales;*
- d) Desarrollar labores de consultoría y asesoría institucional de duración total, no superior a doce (12) meses y que guarde relación directa con el objeto y la naturaleza de la institución".*

De otra parte, el numeral tercero de esta misma norma contempla dos (2) procedimientos para el ingreso a estos empleos temporales:

- (i) Por regla general se deben utilizar las listas de elegibles vigentes para la provisión de empleos de carácter temporal.*
- (ii) De no ser posible la utilización de las listas se realizará un proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos, cuyas características no se definen expresamente en la ley.*

Acuerdo 562 del 5 de enero de 2016 expedido por la CNSC.

La CNSC mediante el Acuerdo 562 del 5 de enero de 2016 reglamentó la conformación, organización y uso de las listas de elegibles y del banco nacional de listas de elegibles para las entidades del sistema general de carrera administrativa que se rigen por la Ley 909 de 2004, dispone en su artículo 11 sobre el uso de las listas de elegibles lo siguiente:

"Artículo 11. Corresponde a la CNSC remitir a las entidades de oficio o a solicitud de los respectivos nominadores (o persona delegada para ello), la lista de personas con las cuáles se debe proveer definitivamente los empleos de carrera administrativa que se encuentren vacantes y que hayan sido objeto del concurso y realizar el cobro respectivo, si a ello hubiere lugar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 del presente Acuerdo.

Las vacancias definitivas que se generen en los empleos inicialmente provistos, con ocasión para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, o aquellas que resulten de la listas de elegibles conformada con un número menor de aspirantes al de vacantes ofertados a proveer mediante el uso de una lista de elegibles vigente, o aquellas vacantes cuyo concurso haya sido declarado desierto, serán provistas mediante uso de listas de elegibles previo agotamiento de los tres primeros órdenes de provisión establecidos por el artículo 1º del Decreto 1894 de 2012, el cual modificó el artículo 7º del Decreto 1227 de 2005 (contenido en el Decreto 1083 de 2015), y se realizará en estricto orden de mérito con los elegibles que se encuentren en la lista."

Mientras que los artículos 14 y 15 del citado Acuerdo establecen el procedimiento a seguir para la escogencia del empleo de los elegibles cuando las vacantes se encuentran en distinta ubicación geográfica, así:

ARTÍCULO 14. Procedibilidad para realizar la audiencia pública para escogencia de empleo. Cuando la CNSC conforme lista de elegibles para uno o varios empleos reportados por las entidades a la Oferta Pública de Empleos de Carrera, con vacantes en diferente ubicación geográfica, se procederá a realizar la audiencia de escogencia de empleo, de acuerdo al orden de mérito establecido en la lista de elegibles y de conformidad con el instructivo que para tal efecto publique la CNSC.

ARTÍCULO 15. Lineamientos para realizar la audiencia de escogencia de empleo.

- 1. Publicación:** Con la publicación de la firmeza de la respectiva lista de elegibles, la CNSC indicará el empleo o empleos objeto de audiencia de escogencia de empleo, para los cuales se especificará la ubicación geográfica en que se encuentran ubicadas las vacantes a proveer.

2. **Citación:** De conformidad con la delegación efectuada por la CNSC, la citación a la audiencia de escogencia de empleo, la realizará la entidad a través de mecanismos que garanticen la publicidad e inmediatez, en aras de cumplir el término para efectuar los respectivos nombramientos en período de prueba.

El término para citar y realizar la audiencia de escogencia de empleo, no podrá superar los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha en que la CNSC publique la firmeza de la lista de elegibles, salvo cuando la entidad requiera realizar la audiencia de forma presencial, caso en cual contará con cinco (5) días hábiles adicionales al término fijado.

1. **Desarrollo de la audiencia:** La audiencia de escogencia de empleo se podrá realizar de manera presencial o virtual, a elección de la entidad, para lo cual ésta debe seguir el instructivo dispuesto por la CNSC para cada una de las modalidades.

2. **Nombramiento en período de prueba:** Una vez terminada la audiencia de asignación de empleos, la entidad procederá a realizar el nombramiento en período de prueba de los elegibles.

PARÁGRAFO 1. Cuando la lista se conforme con un único elegible para proveer empleos con vacantes con ubicación geográfica diferente, la audiencia de escogencia de empleo se entenderá surtida con la simple manifestación por escrito que el elegible haga de la ubicación de su preferencia, en la cual se deberá efectuar el nombramiento en período de prueba.

PARÁGRAFO 2. Al elegible que siendo citado a la audiencia de escogencia de empleo, no asista, no designe apoderado o no haya comunicado por escrito a la entidad, la ubicación geográfica de su preferencia, se le asignará en estricto orden de mérito, aquella que se encuentre más cercana al sitio de presentación de la prueba de competencias funcionales.

Acuerdo 562 de 2016 creó el Banco Nacional de Listas de Elegibles como *“un sistema de información conformado y administrado por la CNSC, el cual se integra con las listas de elegibles en firme, resultantes de los procesos de selección desarrollados por la CNSC”*

De gran relevancia resulta para la Sala el estudio del Acuerdo 562 de 2016 en su artículo 3 en el cual creó el Banco Nacional de Listas de Elegibles como *“un sistema de información conformado y administrado por la CNSC, el cual se integra con las listas de elegibles en firme, resultantes de los procesos de selección desarrollados por la CNSC”*, lo cual expone que en el caso de quienes participan en concursos de méritos, y una vez superadas todas las etapas, eliminatorias y clasificatorias de éste, hagan parte de una lista de elegibles vigentes, no obstante, no lograron ingresar al sistema de carrera administrativa de la entidad para la cual concursaron, el ordenamiento jurídico, , cuyo fin es *“proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos con ocasión de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004 o aquellas que resulten de la listas de elegibles conformada con un número menor de aspirantes al de vacantes ofertados a proveer mediante el uso de una lista de elegibles vigente, o aquellas vacantes cuyo concurso haya sido declarado desierto como lo provee artículo 17 Acuerdo 562 de 2016.*

1. DEL CASO CONCRETO:

En primer lugar, la Sala debe resolver lo pertinente a determinar si las entidades accionadas vulneraron o no los derechos fundamentales aducidos por la accionante, quien aduce que, a pesar de ocupar el segundo lugar con un puntaje de 81.34 de elegibilidad en la lista de elegibles No CNSC - 20182120190975 del 24 de diciembre de 2018, dentro del empleo identificado en la Oferta Pública de Empleos No. 59399, denominación INSTRUCTOR, CODIGO 3010 GRADO 1, siendo actualmente elegible y con lista vigente para un cargo TEMPORAL EN EL SENA, con la denominación de instructor, no obstante, se tiene que el SENA le realizó el ofrecimiento de un solo cargo para que escogiera entre muchos individualizados, vulnerando su derecho al debido proceso, pues no se realiza una AUDIENCIA PUBLICA POR AREAS TEMATICAS, además que en los ofrecimientos realizados por el SENA no se encuentran todos los cargos temporales que actualmente existen en la entidad con la denominación de instructor.

Del estudio de los hechos narrados y del acervo probatorio se encuentra acreditado que la accionante participó de la Convocatoria No. 436 de 2017 adelantada por la CNSC para proveer una vacante del empleo de carrera denominado instructor, código 59399, código 3010 grado 1 de la planta de personal del SENA, superando todas las etapas eliminatorias de dicho concurso de méritos y encontrándose en lista de elegibles vigente para el empleo denominado con OPEC No.59399.

De otra parte, se tiene que SENA en atención a las peticiones masivas, dio respuesta en el cual manifestó que una vez creados los 800 empleos de planta temporal mediante Decreto 553 de 2017, la entidad en cumplimiento de lo señalado en el artículo 21 de Ley 909 de 2004, le solicitó a la Comisión Nacional del Servicio Civil verificar la existencia de listas de elegibles para provisión de dichos empleos, sobre los cuales la CNSC señaló que a la fecha no existe lista de elegibles, por lo que se realizó el proceso de encargo de los funcionarios de carrera administrativa. Así mismo, destacan que la entidad les informó que, con los empleos restantes, se realizaron dos convocatorias públicas en la vigencia 2017, logrando proveer 752 empleos temporales y 48 cargos quedaron desiertos.

Así mismo, el SENA procedió a dar cumplimiento de lo señalado en el numeral 3º del artículo 21 de la Ley 909 de 2004, el artículo 2.2.5.3.5 del Decreto 1083 de 2015 y la sentencia de la Corte Constitucional C-288 del 2014, le solicitó a la Comisión Nacional del Servicio Civil –CNSC la lista de los elegibles para proveer los empleos de la planta temporal del SENA que se encuentran vacantes.

Ahora bien, la CNSC remitió los listados de elegibles para proveer las vacantes reportadas, que según lo señalado en el artículo 2.2.5.3.5 del Decreto 1083 de 2015, se elaboraron a partir de un análisis de la denominación, código y asignación básica de las vacantes de la planta temporal, sin determinar el cumplimiento de todos los requisitos exigidos en el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales de los empleos de la planta temporal.

También se encuentra acreditado que el SENA en fecha 06 de octubre del año en curso remitió a la actora vía correo electrónico, en la que se le solicita su manifestación de interés o rechazo frente a la posibilidad de ser nombrada en una vacante de la planta temporal de la entidad, señalándole los términos para responder el requerimiento, así como las condiciones, requisitos y vacantes disponibles según denominación, código y asignación básica, informándoles que pueden postularse únicamente a una (1) de las vacantes relacionadas.

Frente a lo expuesto, resulta evidente que, aunque ciertamente el SENA está haciendo uso de las listas de elegibles vigentes para proveer empleos temporales con denominados instructor, código 59399, código 3010, grado 1 de la planta de personal de dicha entidad, tal procedimiento no se acompaña con lo reseñado en el artículo 21, numeral 3 de la Ley 909 de 2004 y el artículo 2.2.5.3.5 en concordancia con el Acuerdo 562 de 2016 expedido por la CNSC.

Ahora bien, la Sala advierte que no reposa prueba en el plenario allegada por las accionadas que dé cuenta de la forma como se conformó la lista de elegibles para el cargo al cual aspiró la accionante en el concurso de méritos adelantado a través de la convocatoria 436 de 2017 mediante el banco nacional de listas de elegibles, atendiendo el perfil de los cargos o el puesto ocupado en la lista por el accionante, y mucho menos se programó audiencia pública para escogencia de empleo, la cual es obligatoria teniendo en cuenta que las vacantes a suplir se encuentran en distintas ubicaciones geográficas, destacándose que la audiencia puede ser realizada de manera virtual; contrario a esto, las entidades accionadas solicitaron directamente al accionante la simple manifestación por escrito de la ubicación de su preferencia respecto de sendos empleos denominación instructor, código 53399, código 3010, grado 1, procedimiento establecido en el parágrafo 1º del artículo 15 del Acuerdo 562 de 2016 solo cuando la lista se conforma con un único elegible para proveer empleos con vacantes con ubicación geográfica diferente, situación que no acontece en el presente caso, pues a la accionada le ofrecieron varios empleos en la misma sede regional.

En consecuencia, a pesar que el SENA se encuentra en proceso de ofertar los empleos de la planta temporal que se encuentran vacantes con empleados que ostentan derechos de carrera, el proceder desplegado por las entidades accionadas quebranta el derecho al debido proceso de la accionante, , porque no siguieron el procedimiento establecido en el ordenamiento jurídico para proveer vacantes de distintas ubicaciones geográficas respecto de concursantes que superaron todas las etapas de un concurso de méritos y que hacen parte del Banco Nacional de Listas de Elegibles.

De acuerdo con lo anterior, esta colegiatura comparte la decisión por el A quo al **tutelar** el derecho fundamental al debido proceso administrativo de la señora CARMEN ALICIA ZAMBRANO NAVARRO, y ordenó: (I) COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC-, para que en un término de 48 horas, conforme un banco nacional de listas de elegibles con todas las listas de elegibles que se encuentren vigentes respecto de los empleos con denominación Instructor, código 3010, grado 1 de la entidad SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-, debiendo tener en cuenta para ello los perfiles de los empleos para los que concursaron los accionantes, así como el nivel jerárquico, grado salarial, los niveles de estudio, las disciplinas, núcleos básicos del conocimiento y las competencias de cada empleo. (II) Así mismo, ordeno a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC- que dentro del término atrás otorgado, una vez consolidado el banco nacional de listas de elegibles, convoque la realización de la audiencia pública para escogencia de empleo, conforme el procedimiento establecido en el Acuerdo 562 de 2016. De igual manera. (III) SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA- verificar que los elegibles cumplan los requisitos de experiencia, estudios y demás necesarios para su nombramiento y sólo cuando éstos se cumplan, realice el nombramiento de los mismos, a partir de la lista de elegibles generada por el Banco Nacional, en estricto orden de méritos. Finalmente, (IV) EXTENDER los efectos de la presente sentencia de tutela a todos los concursantes que se encuentran en listas de elegibles vigentes de los empleos con denominación Instructor, código 3010, grado 1 de la entidad SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-, que cuenten con los mismos perfiles de los empleos para los que concursaron los accionantes, así como el nivel jerárquico, grado salarial, las disciplinas, núcleos básicos del conocimiento y las competencias de cada empleo.

Por las razones expuestas, la Sala confirmara el fallo de primera instancia.

En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER**, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia de fecha 23 de octubre del 2020 proferida por el Juzgado Trece Administrativo Oral de Bucaramanga, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Notifíquese el presente fallo por el medio más expedito o en la forma señalada en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia remítase a la Corte Constitucional para su eventual revisión y líbrese oficio al Juzgado de origen informando lo aquí resuelto.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Aprobado en Sala Virtual según Acta No. 90 /2020

(Aprobado en forma virtual)

JULIO EDISSON RAMOS SALAZAR

Magistrado

(Aprobado en forma virtual)

MILCIADES RODRÍGUEZ QUINTERO

Magistrado

(Aprobado en forma virtual)

SOLANGE BLANCO VILLAMIZAR

Magistrada