

REPUBLICA DE COLOMBIA  
DEPARTAMENTO DE BOLIVAR



JUZGADO QUINTO LABORAL DEL CIRCUITO  
DE CARTAGENA

---

**FALLO PRIMERA INSTANCIA EN ACCIÓN DE TUTELA**

Derechos invocados: debido proceso, igualdad y trabajo  
RAD: 13001-31-05-005-2020-00200-00  
Cartagena, Veintidós (22) de octubre dos mil veinte (2020).

**1. OBJETO A DECIDIR**

Procede el despacho dentro de término legal, a emitir el fallo que en derecho corresponde dentro de la acción de tutela presentada por FRANCISCO MIGUEL BALLESTEROS PASTRANA, en nombre propio, contra la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales al mínimo vital, dignidad humana, salud e igualdad.

**2. ANTECEDENTES**

- Los hechos narrados al formular la acción pueden resumirse así:

La COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, en adelante "CNSC", expidió el Acuerdo 20171000000116 del 26 de julio de 2017, por medio del cual se dio apertura al concurso de méritos para proveer los cargos vacantes existentes en el sistema general de carrera del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA, concurso que estuvo regulado por la Convocatoria No. 436 de 2017.

Dentro del marco de la mencionada convocatoria, la CNSC expidió la Resolución No. CNSC-20182120193005 del 24 de diciembre de 2018, mediante la cual se conformó la lista de elegibles para proveer una (1) vacantes del empleo denominado Instructor, Código 3010 Grado 01, identificado con el código OPEC No. 61037. El accionante afirma que, en ese acto administrativo se determinó que había clasificado en segundo lugar, con un puntaje del 79.25.

Posteriormente, el SENA creó 565 cargos temporales con la denominación "Instructor Código 3010 Grado 01", los cuales debieron proveerse con la lista de elegibles vigente, conforme el precedente vertido en la sentencia C-288 de 2014.

En ese sentido, el accionante señala que, desde junio de 2019 algunos aspirantes de la lista de elegibles promovieron peticiones ante el SENA, con el fin de que se diera preferencia a las personas de la lista para proveer las vacantes temporales, sin embargo, entre abril y junio de 2019 la entidad resolvió proveer los cargos temporales con personas que no estaban en la lista de elegibles, conducta que ha sido reiterativa hasta la fecha.

Al dar alcance a las peticiones de forma masiva, el SENA unificó su respuesta, y señaló que, mediante Decreto 553 de 2017 se crearon 800 empleos temporales, los cuales fueron distribuidos mediante la Resolución No. 715 de 2017, y para efectos de determinar las funciones y requisitos de dichos cargos, se expidió la Resolución 1694 del 28 de septiembre de 2017, mediante la cual se adoptó el manual específico de funciones y competencias laborales para los empleos temporales.

Sobre el fondo de las peticiones, la entidad señaló que, solicitó a la CNSC que informara sobre la existencia de lista de elegibles vigente, y esa entidad respondió

negativamente, por lo que se procedió a encargar a los funcionarios de carrera administrativa, y con los empleos restantes se procedió a realizar dos convocatorias públicas en el año 2017, con las cuales se constituyeron listas con orden de provisión, con vigencia de dos años, logrando proveerse 752 empleos, quedando 48 desierto; explicó que se surtieron dos provisiones, debido las renunciaciones de quienes inicialmente fueron nombrados.

Indicó el actor, que en igual sentido algunos aspirantes de la lista también promovieron peticiones ante la CNSC desde julio de 2019, y en punto a la provisión de los cargos temporales, la Comisión adujo que, en efecto, el SENA había solicitado el envío de las listas de elegibles para proveer 110 empleos de carácter temporal, creados mediante el Decreto 553 de 2017, y que dicha solicitud era anterior a la vigencia de las listas de elegibles que se conformaron en desarrollo de la Convocatoria 436 de 2017, pues los actos administrativos habían sido expedidos con posterioridad a octubre de 2018, y por ende, la respuesta remitida al SENA había sido negativa, al no existir listas de elegibles vigentes en ese momento.

Adicionó que, frente a la falta del registro de elegibles vigente, el SENA debió dar aplicación a lo dispuesto en el art. 2.2.5.3.5 del Decreto 1083 de 2015, donde se contempla la figura del encargo, y en caso de no contar con empleados de carrera, debía proceder a realizar una convocatoria pública, y añadió, que la Comisión no tenía injerencia en los nombramientos que realizara el SENA, por lo que las solicitudes debían promoverse ante esa entidad.

El actor advierte que, el 2 de octubre de 2020 recibió un correo electrónico remitido por el SENA, mediante el cual le indicaban que, la vigencia de los 800 empleos temporales creados en 2017 se había prorrogado hasta el 31 de diciembre de 2021, por lo que, le informaban que se había solicitado a la CNSC la certificación de la existencia de la lista de elegibles para proveer dichos cargos temporales, conforme los precedentes constitucionales.

En esa medida, el SENA le informó que se podía postular para una de las vacantes que se relacionaban en ese comunicado -14 en total-, y que para ello, debía iniciar el proceso de postulación a partir del 8 de octubre de 2020 y hasta el 12 de octubre de 2020, previa acreditación del cumplimiento de los requisitos legales para ocupar el cargo que seleccionara.

Conforme a tales supuestos, el actor muestra inconformidad respecto de las actuaciones administrativas desplegadas por el SENA, aduciendo los siguientes cuestionamientos:

- Que la entidad vulneró el debido proceso administrativo al omitir realizar una audiencia pública donde expusiera a los aspirantes todos los cargos temporales, invocando lo dispuesto en la sentencia C-288 de 2014.
- Que someter a los aspirantes a elegir un cargo vacante entre muchos que se encuentran individuales, implica que aquellos que cuentan con puntajes más altos queden por fuera del proceso de provisión, mientras que se favorece a aquellos que tienen puntajes más bajos.
- Que la audiencia pública omitida es necesaria para evitar posibles actos de corrupción en las contrataciones, pues el SENA tiene la autonomía para trasladar cargos, e incluso, cambiar la denominación de los mismos.
- Que la omisión de las acciones en cumplir con el procedimiento establecido en la Ley 909 de 2004, vulnera los principios de la función pública aplicables a los mecanismos de ingreso a la administración pública, incluidos los nombramientos en cargos temporales.

- **Pretensiones.**

La presente acción se dirige a obtener la satisfacción de las siguientes pretensiones:

**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 **FRANCISCO MIGUEL BALLESTEROS PASTRANA,** mayor de edad e identificado con cédula de ciudadanía No **10.774.217** 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 meritoria, 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.

- **Derechos fundamentales invocados**

Se solicita la protección de los derechos fundamentales al trabajo, al debido proceso, a la igualdad y el principio de mérito.

### **3. LA DEFENSA.**

- **Comisión Nacional del Servicio Civil.**

El doctor **CARLOS FERNANDO LÓPEZ PASTRANA,** actuando en calidad de asesor jurídico de la **CNSC,** rindió el informe solicitado por el despacho, y en el aceptó los hechos alusivos a la existencia del registro de elegibles que se conformó con ocasión al desarrollo de la Convocatoria 436 de 2017, con la que se proveerán los cargos vacantes de la planta de personal en carrera del **SENA.**

En el caso puntual del accionante, sostuvo que éste ocupa la segunda posición de la lista con la que se proveerá una (1) vacante para el cargo denominado **INSTRUCTOR, CÓDIGO 3010, GRADO 1,** y que dicho registro de elegibles se encuentra vigente hasta enero de 2021.

Advirtió que, mediante comunicación radicada con el No. 20206000740012 del 17 de julio de 2020, el **SENA** solicitó la verificación de las listas de elegibles vigentes,

con el fin de proveer dieciocho vacantes de empleos temporales, por lo que afirma haber procedido a realizar el estudio técnico respectivo, y mediante comunicación radicada con el No. 20201020588311 del 10 de agosto de 2020, remitió la totalidad de las listas de elegibles vigentes para la provisión de dichos empleos temporales, entre ellas, la respectiva OPEC 61037, de la que hace parte el accionante.

Indicó que, es competencia del SENA contactar a cada uno de los aspirantes y solicitar que manifiesten su intención de aceptar o no el nombramiento en el empleo objeto de provisión temporal, y verificar el cumplimiento de los requisitos legales, señalándole que, con la aceptación del cargo temporal no serán retirados del Banco Nacional de Listas de Elegibles.

En esa medida, considera que la Comisión carece de competencia para efectuar nombramientos y posesiones, pues dicha facultad se otorgó legalmente al representante legal de la entidad nominadora.

Resalta que, la celebración de la audiencia pública para la nominación de un empleo de carácter temporal no se encuentra consagrada en la ley ni en precedente constitucional alguno, por lo que considera que, la Comisión no ha vulnerado en ninguna forma los derechos del accionante.

- **Servicio Nacional de Aprendizaje:**

El apoderado de la entidad rindió el informe solicitado por el despacho, y sobre los hechos materia de la acción indicó que, el procedimiento para la provisión definitiva de empleos en carrera se encuentra prevista en la Ley 909 de 2004 y el Decreto 648 de 2017 que modificó el Decreto 1083 de 2015.

Adujo que, la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para dilucidar lo solicitado por el accionante, pues éste cuenta con otras herramientas judiciales para tal efecto.

Respecto a los hechos de la tutela, señaló que, el SENA solicitó la lista de elegibles a la CNSC, y ésta entidad dio respuesta mediante radicado 1-2019-017358 del 26 de agosto de 2015, sin embargo, la información remitida generó *inquietudes técnicas*, a las cuales dio alcance la CNSC mediante comunicado radicado bajo el número 1-2019-021583 del 21 de octubre de 2019, en donde indicó que las listas de elegibles remitidas correspondían a lo citado en la norma.

Que el SENA solicitó al DEPARTAMENTO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA los lineamientos para el proceso de uso de las listas del Banco Nacional de Listas de Elegibles para el proceso de provisión de las vacantes de la planta temporal, y también solicitó el acompañamiento a la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, y estas entidades dieron respuesta a las solicitudes mediante los radicados número 1-2019022170 y 1-2019022184 del 28 de octubre de 2019, respectivamente.

Una vez se recibieron las consultas mencionadas, y luego de haberse obtenido la prórroga de los cargos temporales hasta 31 de diciembre de 2021, el SENA inició el proceso de provisión de los empleos, para lo cual elaboró una guía de Provisión de Empleos Temporales, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 2.2.1.1.1 del Decreto 1083 de 2015, y posteriormente, procedió a su divulgación.

Añadió que, el cargo de INSTRUCTOR GRADO 1 CÓDIGO 3010, OPEC No. 61037, para el cual aspiró el actor, cuenta con una sola vacante.

Finalmente, señaló que, no ha vulnerado los derechos del accionante, y en este caso, que la acción de tutela se torna improcedente, por lo que solicita la exclusión del SENA por carecer de responsabilidad.

#### **- Informe rendido por los vinculados.**

Mediante sendos mensajes de datos electrónicos allegados al correo institucional del despacho, los señores ANDRES ALBERTO GUTIERREZ MORALES, NANCY YAMILE RODRÍGUEZ SUAREZ, WILLIAM FELIPE ANGULO BECHARA, SAUL ALFONSO MEJÍA CUARTAS, CARLOS ANDRÉS LÓPEZ VARGAS, JUAN PABLO BUSTAMANTE VISBAL, EDINSON CORTÉS CABEZAS, ANDRÉS FERNANDO IBARRA CERON, YAIR PLATA FUENTES, LUIS CARLOS OCAMPO RAMOS, ESTHER JULIA MARTINEZ BERRIO, JHOEL SEBASTIAN LUCINA MONTOYA, CATALINO JOSÉ GONZALEZ PALOMINO, YOHAN JULIÁN VARGAS CASTELLANOS, DIEGO EDSON VANEGAS ACERO, IVÁN AUGUSTO MEDINA OCAMPO, MARTHA ROCÍO PLATA FUENTES, SANDRA MARCELA FLÓREZ MÁRQUEZ, JOSÉ RAFAEL ZABALETA ESCRUCERIA, FREDY IÑIGUEZ SANCHEZ, CARLOS ENRIQUE PARRA RODRIGUEZ, OMAR BARÓN, CAROLINE CAMPAZ QUIÑONEZ, GUILLERMO ALFONSO PERDOMO DELBASTO, JUAN CARLOS HERRERA VEGA, YAKI HORTUA, KELLY JOHANA SÁNCHEZ SALAMANCA, LORENA VALENCIA RODRÍGUEZ, JUAN DE JESÚS PÉREZ ALBARRACÍN, MARÍA DEL ROSARIO GONZALEZ FRANCO y JOSÉ EURIPIDES RINCON BAEZ, manifestaron al despacho que hacen parte de la lista de elegibles del cargo INSTRUCTOR con códigos OPEC diferentes, e informaron su voluntad de hacerse parte de la presente acción, coadyuvando las pretensiones del accionante.

#### **4. ACTUACIÓN PROCESAL**

Mediante providencia de fecha 8 de octubre de 2020 se admitió la presente acción, se dispuso la vinculación de los funcionarios temporales del SENA que desempeñan cargos de interés ofertados por la CNSC y el SENA, y a todos y cada uno de los aspirantes a ocupar el cargo de INSTRUCTOR CÓDIGO 3010 GRADO 01 con lista de elegibles vigente de la convocatoria 436 de 2017; además, se negó la medida provisional solicitada por el accionante, y se ordenó a las accionadas suministrar la información de contacto de los vinculados, así como a rendir el respectivo informe y proceder a aportar las pruebas solicitadas en el escrito de tutela. Dicha providencia fue notificada a las partes mediante envío de mensajes de datos electrónicos el 8 de octubre de 2020.

Posteriormente, mediante providencia del 13 de octubre de 2020 se adicionó el auto admisorio, disponiéndose la publicación de aviso en el micrositio de este despacho que se encuentra en la página web de la Rama Judicial, a fin de notificar a los vinculados y a todos los que se crean con interés sobre los resultados del proceso. El mencionado aviso se publicó el 15 de octubre de 2020.

#### **5. CONSIDERACIONES**

##### **5.1 El problema jurídico.**

Conforme a lo esbozado por las partes, corresponde al despacho determinar, en primer lugar, si la acción de tutela resulta procedente para la protección de los derechos fundamentales que se consideran vulnerados en el presente caso.

En segundo lugar, y en caso de que se supere el examen de procedencia, se deberá determinar si las accionadas han vulnerados los derechos del accionante, como consecuencia de la omisión de realizar la audiencia pública para escogencia de empleo, consagrada en los artículos 12 y siguientes del Acuerdo

562 de 2016, para proveer los empleos en la planta temporal del SENA, y específicamente respecto del cargo de INSTRUCTOR, CÓDIGO 3010, GRADO 01.

Finalmente, se estudiará la viabilidad de ordenar la recomposición del registro de elegibles que se conformó dentro de la convocatoria 436 de 2017 del SENA, específicamente para el cargo de INSTRUCTOR, CÓDIGO 3010, GRADO 01, OPEC No. 61037, para efectos de la provisión del mencionado cargo en la planta temporal del SENA.

## 5.2 Lo probado dentro del proceso

Conforme a las probanzas arrojadas al proceso, se tienen acreditados los siguientes hechos:

- El señor FRANCISCO MIGUEL BALLESTEROS PASTRANA ocupa el segundo puesto, en la lista de elegibles conformada mediante la Resolución No. CNSC-20182120193005 del 24 de diciembre de 2018 expedida por la CNSC, para proveer una vacante del empleo de carrera denominado instructor, código 3010, grado 1 del SENA, ofertado a través de la convocatoria No. 436 de 2017- SENA, bajo el código OPEC NO. 61037<sup>1</sup>.
- Mediante Decreto 553 de 2017<sup>2</sup> se creó una planta de empleos 800 temporales en el SENA, inicialmente por el periodo comprendido entre el 17 de julio de 2017 hasta el 31 de diciembre de 2017, siendo prorrogado hasta el 31 de diciembre de 2020, mediante Decreto 2357 del 26 de diciembre de 2019<sup>3</sup>.
- Mediante oficio recibido el 11 de junio de 2020, con el número de radicación 20203200636812, el SENA solicitó a la CNSC la autorización del uso de las listas de elegibles para proveer las vacantes no reportadas en la Convocatoria 436 de 2017.
- El 2 de octubre de 2020, mediante mensaje de datos electrónico, el SENA puso en conocimiento del accionante que, en virtud de lo establecido en el numeral 3° del artículo 21 de la Ley 909 de 2004, se le ofrecía la oportunidad de postularse para un empleo de la planta temporal del SENA, en el cargo de INSTRUCTOR, por encontrarse en la lista de elegibles vigente para el mencionado cargo de carrera y no haber sido nombrado, advirtiéndosele que la escogencia de dicho empleo temporal no representaba su exclusión de la lista de elegibles. Para tal efecto, se le solicitó al actor presentar su postulación, previa acreditación del cumplimiento de los requisitos legales del cargo, a partir del 8 de octubre de 2020 y hasta el día 12 del mismo mes y año.<sup>4</sup>

## 5.3 Marco normativo y jurisprudencial.

- **Procedencia de la acción de tutela frente a decisiones adoptadas en concursos de méritos.**

La acción de tutela se encuentra consagrada en el artículo 86 superior, el cual señala que toda persona podrá hacer uso de esa acción, en todo momento y lugar, con el fin de reclamar 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, o particulares en los casos señalados en la ley; siempre y cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

---

<sup>1</sup> Resolución visible a folios 106-108 del escrito de tutela.

<sup>2</sup> <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=80635>

<sup>3</sup> <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%202357%20%20DEL%2026%20DICIEMBRE%20DE%202019.pdf>

<sup>4</sup> Ver folios 14-19 del escrito de tutela.

De lo anterior se colige que son características esenciales de esta acción, y determinantes para que proceda en cada caso concreto i) la subsidiariedad, como quiera que resulta procedente solo cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa, salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable, y ii) la inmediatez, dado que se trata de un medio judicial para garantizar la protección inmediata de los derechos fundamentales que se consideran vulnerados o amenazados. Dicha vulneración o amenaza debe ser actual.

En lo que toca a la procedencia de la acción de tutela para controvertir decisiones adoptadas dentro de un concurso de méritos, se trae a colación la siguiente jurisprudencia de la Corte Constitucional:

*“Ahora bien, en lo que se refiere a las decisiones que se adoptan dentro de un concurso de méritos, esta Corporación ha sostenido que si bien los afectados pueden acudir a las acciones señaladas en el Estatuto Procesal Administrativo para controvertirlas, en algunos casos las vías ordinarias no resultan idóneas y eficaces<sup>[51]</sup> para restaurar los derechos fundamentales conculcados, ya que no suponen un remedio pronto e integral para los aspirantes<sup>[61]</sup> y la mayoría de veces debido a la congestión del aparato jurisdiccional, el agotamiento de las mismas implica la prolongación de la vulneración en el tiempo<sup>[71]</sup>.*

*Sobre el particular, en la Sentencia SU-913 de 2009 se determinó que: “en materia de concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera se ha comprobado 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”.*

*Entonces, en ciertas circunstancias los mecanismos judiciales de defensa existentes en el ordenamiento jurídico para impugnar las decisiones adoptadas dentro de un trámite de concurso de méritos, debido a su complejidad y duración, carecen de idoneidad y eficacia para proteger los derechos fundamentales al acceso a la función pública y al trabajo.*

*La Corte ha resaltado que la provisión de empleos a través de concurso busca la satisfacción de los fines del Estado y garantiza el derecho fundamental de acceso a la función pública. Por ello, la elección oportuna del concursante que reúne las calidades y el mérito asegura el buen servicio administrativo y requiere de decisiones rápidas respecto de las controversias que surjan entre los participantes y la entidad<sup>[81]</sup>.*

*Así las cosas, este Tribunal ha entendido que la acción de tutela es un mecanismo excepcional de defensa de los derechos fundamentales de las personas participan en un proceso de selección de personal público y son víctimas de un presunto desconocimiento de cualquiera de sus derechos fundamentales.”*

Sobre la posibilidad de modificar lo establecido en las listas de elegibles conformadas, en sentencia T-049 de 2019 se indicó:

*“Esta Corporación ha señalado que las listas de elegibles generan derechos subjetivos que, por regla general, no pueden ser desconocidos por ninguna autoridad, a menos que sea necesario por motivos de utilidad pública e interés social y siempre que medie indemnización previa del afectado<sup>[50]</sup>; o en hipótesis en las cuales su producción o aplicación conlleve el desconocimiento de derechos fundamentales.*

(...)

1.4.5.11. Para esta Sala, el requisito de subsidiariedad debe acreditarse teniendo en cuenta la situación existente al momento en que se interpuso la tutela.

(...)

1.4.5.14. Adicionalmente, la Corte Constitucional reconoce que la tutela procede 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 el desconocimiento de derechos fundamentales**. (Subrayas del despacho)

En síntesis, la Corte ha señalado que, por regla general, la acción de tutela sigue siendo un mecanismo subsidiario para controvertir decisiones que se emitan dentro de un concurso de méritos, como es el caso de la lista de elegibles, pues no se puede desconocer que existen otros mecanismos judiciales y administrativos para tal fin, por lo que, la tutela solo procederá de forma excepcional, cuando se verifique que hubo fraude o violación de los requisitos de la convocatoria, o que se encuentre acreditada la vulneración de derechos fundamentales, previo análisis de las circunstancias que rodearon el momento de la interposición de la tutela.

#### - **Requisito de la Subsidiariedad**

La Corte Constitucional ha determinado el alcance de este principio en los siguientes términos:

*“La jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en señalar que, en virtud del principio de subsidiariedad de la tutela, los conflictos jurídicos relacionados **con los derechos fundamentales deben ser en principio resueltos por las vías ordinarias -jurisdiccionales y administrativas-** y sólo ante la ausencia de dichas vías o cuando **las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional**. En efecto, el carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales. Tal imperativo constitucional pone de relieve que para acudir a la acción de tutela el peticionario debe haber actuado con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios, pero también que la falta injustificada de agotamiento de los recursos legales deviene en la improcedencia del mecanismo de amparo establecido en el artículo 86 superior. Sobre este particular, ha precisado la jurisprudencia que si existiendo el medio judicial de defensa, el interesado deja de acudir a él y, además, pudiendo evitarlo, permite que éste caduque, no podrá posteriormente acudir a la acción de tutela en procura de obtener la protección de un derecho fundamental. En estas circunstancias, la acción de amparo constitucional no podría hacerse valer ni siquiera como mecanismo transitorio de protección, pues tal modalidad procesal se encuentra subordinada al ejercicio de un medio judicial ordinario en cuyo trámite se resuelva definitivamente acerca de la vulneración iusfundamental y a la diligencia del actor para hacer uso oportuno del mismo.”<sup>5</sup> (Negrillas y subrayas por fuera del texto original).*

#### - **Procedimiento para el ingreso a los empleos públicos temporales.**

Conforme al artículo 125 de la C.N., el régimen de los empleos públicos, por regla general, es el de carrera administrativa, el cual fue establecido objeto de privilegiar el mérito como criterio de selección y garantizar la permanencia en el empleo. La excepción a dicha regla general, se encuentra contemplada en el artículo 1º de la Ley 909 de 2004, en donde se dispuso lo siguiente:

*“De acuerdo con lo previsto en la Constitución Política y la ley, hacen parte de la función pública los siguientes empleos públicos: a) Empleos públicos de carrera; b) Empleos públicos de libre nombramiento y remoción; c) Empleos de período fijo; d) Empleos temporales.”*

---

<sup>5</sup> Sentencia T-480/11

Cada una de las anteriores modalidades de empleo público cuenta con unas particularidades respecto al régimen que les es aplicable, sin perjuicio de que todas deban sujetarse a los principios de la función administrativa, que se encuentran contenidos en el artículo 209 de la C.N.

En este sentido, la facultad otorgada al legislador para regular las condiciones y requisitos que se imponen para el acceso a los cargos públicos, tiene como finalidad salvaguardar el interés general (C.P. art. 209) y propender por el logro de los fines esenciales del Estado (C.P. art. 2º). En ese orden de ideas, satisfacen los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, aquellos límites que inequívocamente permiten asegurar la realización de los principios que orientan la función pública, es decir, la eficiencia, economía, igualdad, celeridad, imparcialidad y publicidad (art. 209 C.P.)<sup>6</sup>

En el caso particular de los empleos temporales, encontramos que esta modalidad está consagrada en el artículo 21 de la citada ley 909 de 2004, advirtiéndose que, se trata de una modalidad especial de empleo público, con unas características que la distinguen de la carrera administrativa y del libre nombramiento y remoción. A continuación se transcribe el texto de la norma en cita:

#### **ARTÍCULO 21. Empleos de carácter temporal.**

1. De acuerdo con sus necesidades, los organismos y entidades a los cuales se les aplica la presente Ley, podrán contemplar excepcionalmente en sus plantas de personal empleos de carácter temporal o transitorio. Su creación deberá responder a una de las siguientes condiciones:

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.

2. La justificación para la creación de empleos de carácter temporal deberá contener la motivación técnica para cada caso, así como la apropiación y disponibilidad presupuestal para cubrir el pago de salarios y prestaciones sociales.

3. El ingreso a estos empleos se efectuará con base en las listas de elegibles vigentes para la provisión de empleos de carácter permanente, sin que dichos nombramientos ocasionen el retiro de dichas listas. **De no ser posible la utilización de las listas se realizará un proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos.**

Nota: (El texto subrayado fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia [C-288](#) de 2014.)

4. El nombramiento en los empleos temporales se efectuará mediante acto administrativo en el que se indicará el término de su duración, al vencimiento del cual quien lo ocupe quedará retirado del servicio automáticamente. Sin embargo, antes de cumplirse dicho término, el nominador en ejercicio de la facultad nominadora podrá declarar la insubsistencia del nombramiento, cuando el servidor no cumpla las metas del proyecto o actividades que dieron lugar a la creación de los mismos, de acuerdo con la evaluación que se establezca para el efecto y mediante acto administrativo motivado; o darlo por terminado, cuando no se cuente con las disponibilidades y apropiaciones para financiar el empleo de carácter temporal, como consecuencia de los ajustes a los montos aprobados para su financiación.

---

<sup>6</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-288 de 2014

Por su parte, la Corte Constitucional realizó un estudio del estado de cosas inconstitucionales respecto de la norma en cita, mediante en sentencia C-288 de 2014, en donde esa Corporación indicó que, dada su finalidad, el concurso público para el ingreso en carrera administrativa era un proceso complejo, por lo cual tiene una duración considerable, y por ello debía existir una herramienta alternativa para aquellos eventos en los que la administración pública requiera vincular trabajadores de manera temporal, con mayor celeridad o para circunstancias especiales.

En esa medida, la Corte se declaró inhibida para resolver sobre la constitucionalidad del citado artículo 21 de la Ley 909 de 2004, pues de un lado, consideró que la creación de un procedimiento especial para la provisión de los empleos de carácter temporal, era necesaria para garantizar el principio de la eficiencia de la función pública en circunstancias excepcionales, en las cuales no fuera posible realizar un concurso público, y además, acotó que no existía certeza de que la preceptiva infringiera el art. 125 de la C.N., pues los empleos temporales no son en carrera.

Entonces, debemos concluir que, la norma que contempla el procedimiento especial para la provisión de empleos temporales no ha sido invalidada, y que dicho proceso está compuesto de dos (2) fases que se consideran idóneas para garantizar las finalidades pretendidas:

*(i) En primer lugar, la regla general para la provisión de los empleos temporales es la utilización de la lista de elegibles, la cual constituye un método que garantiza la agilidad del sistema pero además permite salvaguardar el mérito.*

*(ii) En segundo lugar, la excepción es la realización de un proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos, procedimiento que garantiza la agilidad del sistema y que además está limitada por la necesidad de evaluar el mérito de los candidatos.<sup>7</sup>*

Finalmente, se verifica que, si bien, al igual que el resto de las modalidades de vinculación a los empleos públicos, la provisión de empleos temporales se sujeta a los principios de la función pública, no se debe desconocer que ésta última modalidad cuenta con un procedimiento especial regulado en una norma completamente distinta al resto de las modalidades, por lo que, se concluye que no es dable escudriñar en otros procedimientos para efectos de aplicar aquellas disposiciones no contenidas en el citado artículo 21 de la Ley 909 de 2004.

### **5.1 Solución al problema planteado. Estudio del caso concreto.**

En el presente caso, el señor FRANCISCO MIGUEL BALLESTEROS PASTRANA solicita la protección de sus derechos fundamentales, los cuales considera vulnerados por la conducta de las accionadas, consistente en la omisión de realizar la audiencia pública de escogencia de cargos, consagrada en el artículo 14 del Acuerdo 562 de 2016, para la provisión de la planta de empleos temporales del SENA, respecto del cargo denominado INSTRUCTOR, CÓDIGO 3010, GRADO 01.

Los vinculados que rindieron el informe, coadyuvaron tales pretensiones, por cuanto algunos aducen que están en las mismas condiciones que el accionante.

Corresponde al Despacho determinar, en primer lugar, si la acción de tutela resulta procedente para los fines antes señalados, para lo cual se procederá al análisis de su situación particular, teniendo en cuenta los presupuestos que, para tales efectos, han sido señalados por la Corte Constitucional y a los cuales se hizo referencia en el acápite anterior.

En primer lugar, se advierte que se encuentra satisfecho el de **legitimidad por activa**, al acreditarse que el actor ocupa el segundo puesto en la lista de elegibles de la OPEC No. 61037.

---

<sup>7</sup> Op Cit, sentencia C-288 de 2014.

En cuanto a los restantes requisitos, esto es, subsidiariedad e inmediatez, debemos desarrollar su estudio respecto de cada una de las pretensiones de la demanda, por separado:

- Sobre la pretensión encaminada a que se realice *una recomposición de las 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*, considera el despacho que **no se cumple con el requisito de subsidiariedad**, por las razones que a continuación se esbozarán.

En los fundamentos normativos y jurisprudenciales antes señalados, se verificó que, para la provisión de cargos públicos temporales, la entidad nominadora debe hacer uso de las listas de elegibles vigentes, y para el caso bajo estudio, se demostró que el SENA solicitó a la CNSC las listas vigentes para proveer las vacantes no ofertadas en la Convocatoria 436 de 2017<sup>8</sup>.

En lo que respecta a la lista de elegibles vigente, se encontró que la CNSC profirió la Resolución No. CNSC-20182120193005 del 24 de diciembre de 2018, para proveer una vacante del empleo de carrera denominado instructor, código 3010, grado 1 del SENA, código OPEC NO. 61037, la cual adquirió firmeza a partir de su expedición, por cuanto contra la misma no procedía recurso alguno.

Entonces, conforme los precedentes de la Corte Constitucional anteriormente citados, este tipo de actos administrativos solo pueden ser controvertidos **por fraude o incumplimiento de los requisitos de la convocatoria o cuando su aplicación conlleve el desconocimiento de derechos fundamentales**, aspectos que no encuentra acreditados esta agencia judicial en esta oportunidad, y pues al respecto, no consta en el expediente prueba de alguna de esas circunstancias.

Así las cosas, para controvertir lo resuelto en la mencionada resolución, el accionante debió acudir ante el juez contencioso administrativo, mediante la formulación del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, pues este resulta ser el mecanismo idóneo y eficaz para la modificación del registro de elegibles.

Respecto al requisito de inmediatez, tampoco se considera satisfecho, dado que, como ya se dijo, la resolución en cuestión cobró firmeza desde su expedición -24 de diciembre de 2018-, habiendo transcurrido un año y nueve meses hasta la presentación de la acción, tiempo que excede los criterios de razonabilidad.

- En cuanto a la pretensión encaminada a obtener la realización de la audiencia pública para escogencia de empleos temporales, se satisfizo el requisito de **inmediatez**, por cuanto la presente acción fue promovida en un término razonable, esto es, cinco días después de haber recibido comunicación del SENA sobre la posibilidad de postularse al cargo temporal de INSTRUCTOR<sup>9</sup>.

Respecto a la subsidiariedad, se advierte que, al tratarse de un proceso de provisión de cargos temporales que se encuentra en curso, cuya vigencia se encuentra limitada en el tiempo, considera el despacho que cualquier anomalía en el procedimiento implicaría un eventual impacto sobre los derechos del accionante y de las demás personas involucradas al proceso, por lo que se encuentra justificada la intervención del juez de tutela. Además, los procesos contencioso administrativos que eventualmente procederían, no constituyen medios de defensa judicial eficaces y céleres para los derechos involucrados, dada la situación fáctica precisa y concreta del accionante y de todos los aspirantes vinculados, pues como se dijo, el proceso de provisión temporal implica celeridad en el trámite.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> Véase el oficio recibido el 11 de junio de 2020, con el número de radicación 20203200636812 aportado por el SENA al rendir el informe respectivo.-

<sup>9</sup> Conforme consta a folios 109-11 del escrito de tutela.

<sup>10</sup> Sentencia SU339-2011

En consecuencia, al encontrarse satisfecho el principio de subsidiariedad respecto de la pretensión relativa a la posible vulneración del debido proceso dentro del procedimiento especial de provisión de cargos temporales, procede el despacho a estudiar de fondo este aspecto de la tutela.

Como se acotó en el acápite anterior, el procedimiento para la provisión de empleos públicos temporales se encuentra contemplado en el artículo 21 de la Ley 909 de 2004, en donde se impuso como regla general, la utilización de la lista de elegibles vigente para tal efecto, y excepcionalmente, a falta del registro, la realización de un proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos.

Igualmente, se pudo determinar que dicho procedimiento es especial y excepcional, lo que significa que es disímil respecto de los procedimientos dispuestos en la legislación para el resto de modalidades de empleos públicos, concluyéndose, que no era posible dar aplicación a disposiciones distintas a las señaladas en el citado artículo 21 de la Ley 909 de 2004.

Descendiendo nuevamente al caso que nos ocupa, vemos que el accionante pretende que dentro del proceso de provisión de los empleos de la planta temporal del SENA, se realice una audiencia pública, mediante la cual, los aspirantes que se encuentran en el registro de elegibles puedan seleccionar libremente los cargos a los que deseen aspirar, argumentando de un lado, que dicha audiencia es necesaria para evitar posibles actos de corrupción en las contrataciones, pues el SENA tiene la autonomía para trasladar cargos, e incluso, cambiar la denominación de los mismos, y de otro lado, que la omisión de las accionadas en cumplir con el procedimiento establecido en la Ley 909 de 2004, vulnera los principios de la función pública aplicables a los mecanismos de ingreso a la administración pública, incluidos los nombramientos en cargos temporales.

Tales argumentos deben ser descartados, por la potísima razón de que la audiencia pública para escogencia de empleo no se encuentra consagrada en el procedimiento de provisión de empleos temporales, esto es, en el artículo 21 de la Ley 909 de 2004, sino que, por el contrario, la mencionada audiencia se halla en el Acuerdo 562 de 2016, en cuyo artículo 14 se dispone:

**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.*

Debe destacarse que, el artículo 1º del acuerdo mencionado claramente señala que el ámbito de aplicación de los lineamientos generales allí plasmados solo son aplicables a los procesos de selección para la provisión de empleos **de carrera administrativa** de las entidades a las cuales se les aplica esa ley, coligiéndose que ese procedimiento no es extensivo a otras modalidades de empleos públicos.

En tal sentido, no encuentra el despacho acreditado que las entidades accionadas transgredieran en forma alguna los derechos fundamentales al debido proceso e igualdad del accionante o de los aspirantes vinculados a la presente acción, pues como se vio, la inaplicabilidad del procedimiento consagrado en el artículo 14 del mencionado Acuerdo 562 de 2016 no obedeció a una omisión o irregularidad dentro del proceso de provisión de los empleos temporales del SENA, sino que, se trata de una restricción de origen legal, que impide a la entidad nominadora – para el caso es el SENA-, y a la CNSC, hacer uso de dicha preceptiva frente a procesos distintos a la provisión de empleos en carrera administrativa, por lo que se negará el amparo sobre el particular.

En síntesis, se determinó que, en el caso de marras, la acción no es procedente para controvertir los actos administrativos mediante los cuales se conformó la lista de elegibles para la provisión de una (1) vacante del empleo de carrera

denominado instructor, código 3010, grado 1 del SENA, ofertado a través de la convocatoria No. 436 de 2017- SENA, bajo el código OPEC NO. 61037.

Además, se concluyó que, si bien, es procedente la acción respecto de la pretensión relativa a la verificación de la no transgresión del debido proceso dentro del procedimiento de provisión de los empleos de la planta temporal del SENA, no prosperaron las súplicas, por cuanto no se halló acreditada la vulneración por parte de las accionadas, toda vez que éstas actuaron con sujeción a las normas que regulan el procedimiento en cuestión.

En razón y mérito a lo expuesto, el **JUZGADO QUINTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### **F A L L A:**

**PRIMERO: NEGAR POR IMPOCEDENTE** el amparo solicitado por el señor FRANCISCO MIGUEL BALLESTEROS PASTRANA, respecto a la solicitud de modificación de la Resolución No. CNSC-20182120193005 del 24 de diciembre de 2018, mediante la cual se conformó la lista de elegibles para proveer una (1) vacantes del empleo en carrera administrativa denominado Instructor, Código 3010 Grado 01, identificado con el código OPEC No. 61037, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: NEGAR** el amparo solicitado por el señor FRANCISCO MIGUEL BALLESTEROS PASTRANA, respecto a la solicitud de realización de la audiencia pública para la escogencia de empleos, dentro del proceso de provisión del cargo de INSTRUCTOR de la planta de empleos temporales del SENA, conforme las consideraciones expuestas.

**TERCERO: NOTIFÍQUESE** éste fallo al accionante, a las accionadas y a los vinculados que dieron respuesta, en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1.991 y en el Decreto Legislativo 406 de 2020.

**CUARTO: ORDENAR** a las accionadas COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA que publiquen esta providencia en la página web del concurso de méritos dentro de las cuarenta y ocho horas (48) siguientes al recibo de la notificación de la misma.

**QUINTO: NOIFIQUESE** la presente decisión a los vinculados y a quienes se crean con interés, por medio de aviso que se publicará en el microsítio de este despacho en la página web de la Rama Judicial, sin perjuicio de la publicación que realizarán las entidades accionadas, en el que se comunique sobre el sentido de la decisión.

**SEXTO:** De no ser impugnado, **ENVÍESE** a la Corte Constitucional el presente fallo, para su revisión, dentro del término señalado en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1.991.

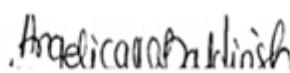
#### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**La Jueza,**



**MAGOLA ROMÁN SILVA**

**La Secretaria**



**ANGÉLICA BALDIRIS GONZÁLEZ**