

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
POPAYÁN
SALA CONSTITUCIONAL**

**Magistrado Ponente
ARY BERNARDO ORTEGA PLAZA**

Providencia discutida y aprobada mediante **Acta N° 120B**
Popayán, doce (12) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

I

MOTIVO

La Sala, competente funcional, resuelve la impugnación interpuesta por el señor Hernán Darío Legarda Vidal, contra la sentencia N° 120 de fecha 15 de diciembre de 2020, a través de la cual el Juzgado 3° Penal del Circuito de Popayán, declaró la improcedencia de la acción de tutela interpuesta por aquel, contra la Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC y el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, al interior de la Convocatoria Pública N° 436 de 2017¹.

¹ A través de la cual se convoca a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta personal perteneciente al Sistema General de Carrera Administrativa del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA.

II

DEMANDA

El señor Hernán Darío Legarda Vidal, prevalido de apoderado judicial, sostuvo que mediante acuerdo N° 20171000000116 del 24 de julio de 2017², la Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC, convocó a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente vacantes en el Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, Convocatoria N° 436 de 2017.

Que participó en dicha convocatoria, aspirando a obtener alguna de las **2 vacantes** del cargo identificado con código **OPEC N° 58406** denominado “Instructor” en la especialidad del área Temática de Gestión Administrativa ubicado en la Regional Cauca del SENA, código 3010, grado 01; y, el 24 de diciembre de 2018, la CNSC expidió la resolución N° 20182120180075³ del 24 de diciembre de 2018, a través de la cual publicó la “lista de elegibles”⁴, dentro de la cual ocupó el 4° lugar, siendo nombrados quienes ocuparon los primeros puestos.

Que con posterioridad, la CNSC informó que, luego de agotar los estudios técnicos, autorizó la provisión del empleo denominado Instructor Grado 01 ubicado en el Centro Agropecuario de la

² Modificado por los Acuerdos N° 20171000000146 del 5 de septiembre de 2017, 0171000000156 del 19 de octubre de 2017 y 20181000000876 del 19 de enero de 2018, y, aclarado por el Acuerdo N° 20181000001006 del 08 de junio de 2018.

³ Misma que quedó en firme el pasado 15 de enero de 2019.

⁴ Vigente durante 2 años.

Regional Cauca, haciendo uso de la “lista de elegibles” conformada mediante Resolución N° CNSC 2018212018005 para proveer la OPEC 58406, pero con un ID diferente, siendo nombrada la persona que estaba en el tercer lugar de la misma.

Que ha elevado múltiples peticiones al SENA, solicitando información sobre las vacantes y personas nombradas en provisionalidad en el cargo de instructor, siendo informado que no existen vacantes relacionadas con el área de Gestión Administrativa, pese a que actualmente continúa vacante el cargo de “instructor” en el área de Centro de Comercio y Servicios, identificado con ID 3126, al cual está facultado para optar; máxime cuando se ha desempeñado como instructor para el SENA durante más de 7 años.

Por lo anterior, solicitó la intervención del juez constitucional a fin de ordenar “a la Comisión Nacional del Servicios Civil y a SENA- Territorial Cauca para que en el término de diez (10) días, nombre en período de prueba el señor Hernán Darío Legarda Vidal, identificado con cédula de ciudadanía N° 76314424 expedida en Popayán, para que provea la vacante definitiva de nivel instructor, cargo identificado bajo el ID 3126 (...)” o en una vacante definitiva del nivel instructor.

III

CONTESTACIÓN

El señor Director del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA – Regional Cauca, manifestó que mediante resolución N°

20182120180075 del 24 de diciembre de 2018, la CNSC publicó la “lista de elegibles” para proveer la vacante de 2 cargos identificados con OPEC N° 58406, mismo por el cual concursó el señor Hernán Darío Legarda Vidal, siendo nombrados los señores Ángel Aníbal Obando y César Augusto Rivera Cardona.

Que una vez adelantadas las gestiones permitentes en convenio con la CNSC, conforme los estudios técnicos respectivos, establecieron los “estudios de similitud de funciones” para los distintos cargos declarados desiertos y los que surgieron con posterioridad a la Convocatoria N° 436 de 2017, lo cual generó una vacante, siendo nombrada la señora Leydi Alexandra Jaramillo Martínez, quien seguía en la lista, con lo cual se completó las vacantes de los cargos con OPEC N° 58406.

Que las únicas 2 vacantes identificadas con OPEC N° 58406, están cubiertas por quienes ocuparon los 2 primeros lugares convocados primigeniamente, luego se generó una nueva vacante, siendo nombrada la persona que estaba de tercera en la lista y actualmente **“no existe en la Regional Cauca una vacante disponible para ser provista”**, pese a que otros cargos con OPEC diferente han cumplido con los presupuestos para ofertarlos, porque comparten un núcleo básico de conocimiento y experiencia, sin que el cargo con ID 3126 haya sido ofertado, porque aún no supera los estudios de similitud.

Que en la “lista de elegibles” consolidada, existen 2 vacantes para el cargo de instructor, en el área de Temática de Gestión Administrativa, las cuales se generaron con posterioridad a la citada convocatoria, sin embargo el actor está ubicado en el puesto N° 112

de la lista general, por lo cual tampoco es posible su nombramiento., porque existen personas en listas con mejor derecho.

Que ante cualquier inconformidad de la accionante con el trámite impartido al referido concurso de méritos, está facultada para interponer los recursos legales que considere pertinentes y acudir a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, tornándose improcedente la presente acción de tutela.

2. El Asesor Jurídico de la Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC, manifestó que consultado el Sistema de Apoyo para la Igualdad el Mérito y la Oportunidad – SIMO, el Servicio Nacional de Aprendizaje reportó 1 vacante adicionales a las ofertadas en el marco de la Convocatoria N° 436 de 2017, con OPEC N° 58406, la cual fue reconocida a quien seguía en turno.

Que el accionante participó en el citado concurso y ocupó el 4° puesto en la “lista de elegibles”, sin alcanzar el puntaje requerido para ocupar mejor posición meritoria, conforme el número de vacantes ofertadas para el OPEC N° 58406; por lo cual no existe vulneración de derechos fundamentales.

IV

FALLO DE INSTANCIA

El Juzgado 3° Penal del Circuito de Popayán, Cauca, mediante sentencia de tutela N° 120 de 15 de diciembre de 2020, declaró la

improcedencia de la demanda de tutela interpuesta por el señor Hernán Darío Legarda Vidal, al considerar que en ningún momento elevó reclamación alguna contra la “lista de elegibles” publicada por la CNSC, acto administrativo que es susceptible de control en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, vía idónea y eficaz a la cual puede acudir al actor si considera lesionados sus derechos en el desarrollo de un concurso de méritos; máxime cuando el demandante conocía los requisitos y vacantes para el cargo al cual voluntariamente se inscribió, oportunidad desde la cual conocía la existencia de únicamente 2 vacantes, las cuales fueron ocupadas por quienes en virtud del mérito ocuparon un mejor lugar de elegibilidad.

Además que en el evento, no existe ni está acreditada la existencia de un perjuicio irremediable que permita la intromisión del juez constitucional, sin que la falta de nombramiento en un cargo diferente para el cual concursó, constituya “razón suficiente” para acceder a las pretensiones de la demanda.

V

IMPUGNACIÓN

El señor Hernán Darío Legarda Vidal, a través de apoderado judicial, inconforme con la decisión de primera instancia, manifestó que el señor Juez A quo desconoció que la lista de elegibles está próxima a perder vigencia, por lo cual sí existe un perjuicio irremediable que

torna necesaria la intervención del juez constitucional, pese a las otras vías ordinarias de defensa, mismas que tampoco resultan idóneas ni eficaces por “el prolongado tiempo de duración connatural”.

Que desde el mes de julio de 2019, el SENA Regional Cauca tiene vacantes para el cargo de “Instructor”, las cuales no fueron ofertadas en la Convocatoria N° 436 de 2017, mismas que se ajustan a su perfil profesional, y a las cuales está facultado para optar conforme lo dispuesto en la Ley 1960 de 2019.

Que no discute la legalidad de la “lista de elegibles”, sino la ejecución en torno a la misma, porque ante las nuevas vacantes existe la posibilidad de admitir su nombramiento, lo cual no fue valorado en la decisión de primer grado.

Por lo anterior, solicitó revocar la decisión de primera instancia, para en su lugar acceder a las pretensiones de la demanda.

VI

CONSIDERACIONES

1. Competencia. A la Sala, le asiste competencia funcional para conocer del presente asunto, por tratarse de la impugnación de una sentencia emitida por un Juzgado con categoría de Circuito, competente, a su vez, para conocer en primera instancia de la

presente acción de tutela de acuerdo con lo previsto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, en concordancia con el artículo 2° numeral 5° del Decreto 1983 de 2017.

2. Problema jurídico. Conforme la situación fáctica y los esbozos impugnativos, corresponde a la Colegiatura establecer si el presente mecanismo residual y subsidiario, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales al “Debido Proceso”, “Igualdad”, “Trabajo” y “Acceso a Cargos Públicos”, es procedente para ordenar el nombramiento del señor Hernán Darío Legarda Vidal, en alguno de los cargos vacantes y/o equivalentes al de “Instructor” Regional Cauca del SENA, ofertados en la Convocatoria N° 436 de 2017.

3. Generalidades. Recordemos que la acción de tutela tiene como objeto la protección inmediata de los derechos fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por las acciones u omisiones de las autoridades públicas (artículo 86 de la Constitución Política).

Así tenga entonces esta acción Constitucional carácter subsidiario frente a las acciones ordinarias, dice el Ex - Magistrado de la Corte Constitucional Eduardo Cifuentes Muñoz, constituye el principal y más efectivo medio de protección de los derechos fundamentales, a través del procedimiento que se caracteriza por imprimirle a ésta un carácter preferente y sumario, como lo ordena la Constitución y pauta el Decreto 2591 de 1991.

Sin embargo, la existencia de otros medios de defensa judicial, impide que en ciertos casos que enumera la ley sea improcedente la

acción de tutela (1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante. 2. Cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de habeas corpus. 3. Cuando se pretenda proteger derechos colectivos, tales como la paz y los demás mencionados en el artículo 88 de la Constitución Política. Lo anterior no obsta, para que el titular solicite la tutela de sus derechos amenazados o violados en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable. 4. Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho. 5. Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto.). (Decreto 2551 de 1991, artículo 6).

“Y pese a que teóricamente exista un medio de defensa alternativo, la acción de tutela puede utilizarse como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable (Corte Constitucional, sentencia T225/93); caso en el cual, el amparo se convierte en transitorio, hasta tanto la situación sea definida en la jurisdicción competente.

4. También digamos, que el sistema de carrera administrativa⁵, con el artículo 125, inciso 1º, de la Constitución Política, **está soportada en la evaluación del mérito a través del Concurso Público**, mismo que constituye el mecanismo por excelencia para el ingreso de los ciudadanos al servicio público y a los derechos que de ahí derivan.

El concurso de méritos constituye entonces el escenario a través del cual se evalúa la capacidad del concursante para ocupar el cargo al cual aspira, previo proceso de selección en

⁵ Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley

observancia a las calidades académicas, experiencia y las competencias requeridas para el desempeño de un empleo público (CC Sentencia C 673 de 2015), y por su naturaleza pública es “abierto y democrático”, a fin de evitar tratamientos discriminatorios injustificados en el acceso al servicio público y erradicar “el clientelismo, el nepotismo o el amiguismo” (CC Sentencia C 901 de 2008).

5. Dicho concurso está compuesto por etapas o fases, en aras de garantizar los derechos y principios que lo inspiran (artículo 209 CN⁶), las cuales han sido identificadas por la H. Corte Constitucional en sentencia SU 913 de 2009, así:

i. Convocatoria. ... es la norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes.

ii. Reclutamiento. Esta etapa tiene como objetivo atraer e inscribir el mayor número de aspirantes que reúnan los requisitos para el desempeño de los empleos objeto del concurso.

iii. Pruebas. Las pruebas o instrumentos de selección tienen como finalidad apreciar la capacidad, idoneidad y adecuación de los aspirantes a los diferentes empleos que se convoquen, así como establecer una clasificación de los candidatos respecto a las calidades requeridas para desempeñar con efectividad las funciones de un empleo o cuadro funcional de empleos.

⁶ ARTICULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

La valoración de estos factores se efectuará a través de medios técnicos, los cuales deben responder a criterios de objetividad e imparcialidad.

iv. Listas de elegibles. Con los resultados de las pruebas...se elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con ésta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso.

v. Período de prueba. La persona no inscrita en carrera administrativa que haya sido seleccionada por concurso será nombrada en período de prueba, por el término de seis (6) meses, al final de los cuales le será evaluado el desempeño, de acuerdo con lo previsto en el reglamento.

“Aprobado dicho período, al obtener evaluación satisfactoria, el empleado adquiere los derechos de la carrera, los que deberán ser declarados mediante la inscripción en el Registro Público de la Carrera Administrativa. De no obtener calificación satisfactoria del período de prueba, el nombramiento del empleado será declarado insubsistente”.

6. Por tanto, las “reglas señaladas para las convocatorias son las leyes del concurso y son inmodificables, salvo que ellas sean contrarias a la Constitución, la ley o resulten violatorias de los derechos fundamentales”⁷. Por eso, como esos patrones o moldes del concurso son inquebrantables, las entidades no están habilitadas

⁷ Corte Constitucional, sentencia SU 446 de 2011

para variarlas en ninguna fase del proceso, por cuanto ello afectaría principios básicos de nuestra organización, como derechos fundamentales de los participantes en particular (debido proceso, acceso a cargos públicos, igualdad, entre otros).

CASO CONCRETO

7. Con aquellas pautas legales, jurisprudenciales y de cara a la pretensión de la señor Hernán Darío Legarda Vidal, para que se ordene a la CNSC y al SENA, autorizar y proceder a su nombramiento y posesión en el cargo denominado “Instructor” en la especialidad del área Temática de Gestión Administrativa ubicado en la Regional Cauca del SENA; la Sala de entrada advierte la improcedencia de la acción constitucional (artículo 6.1 del Decreto 2591 de 1991).

Tal premisa, por cuanto la parte accionante tiene a su alcance otros medios de defensa, idóneos y eficaces, para alcanzar su pretensión, y porque tampoco aflora la existencia o configuración de un perjuicio irremediable, en tanto no emerge la amenaza real ni de daño grave con menoscabo material o moral en el haber de aquel que merezca una respuesta impostergable.

8. El otro medio de defensa judicial en procura de dicha pretensión, por dispuesto y proporcionado como medio de control apto respecto de los objetivos y metas en afán de producir los efectos esperados por la actora es la acción NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO (artículo 138 de la Ley 1437 de 2011), conforme al cual “toda

persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño”.

Ese es el mecanismo idóneo y eficaz para controvertir los actos administrativos, cuando se cree que los mismos hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió; todo lo cual garantiza la existencia de una vía cierta, oportuna, expedita y real para garantizar la protección deprecada.

9. Así las cosas, la discusión planteada escapa a la órbita del juez constitucional por aquel medio de defensa judicial en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, trámite que con ese fin determinado y con referencia a los resultados anhelados o queridos posibilita allí mismo la suspensión del concurso de méritos para esgrimir los argumentos que considere pertinentes la demandante, medida cautelar óptima, que por su contenido y alcance pueden ser “preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión” por la relación directa y necesaria con la pretensión de la demanda, la cual obviamente se torna en medida útil a los efectos de las presuntas actuaciones irregulares o lesivas de la CNSC y el SENA, como resultado esperado, en los términos establecidos por los artículos 230 y siguientes lb⁸.

⁸ “ARTÍCULO 230. CONTENIDO Y ALCANCE DE LAS MEDIDAS CAUTELARES. Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y
Página 13 de 23

10. Además que, en el evento, no se avizora la configuración de un “perjuicio irremediable”⁹ o de riesgo inminente que produce de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental, y que de ocurrir requiera medidas urgentes e impostergables, pues, como viene de verse, antes de la pérdida de la vigencia de la lista de elegibles publicada en la Convocatoria N° 436 de 2017, el actor está habilitada para acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa y solicitar, como medida cautelar, la suspensión de la lista de elegibles, misma que constituye un “mecanismo de defensa provisional, idóneo y eficaz”¹⁰.

Por tanto, no es viable la intervención del juez de tutela en el presente asunto, porque si el señor Hernán Darío Legarda Vidal, considera vulnerados sus derechos al interior de la Convocatoria N° 436 de 2017, está habilitado para acudir a los mecanismos de control dispuestos en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, para debatir las presuntas irregularidades o actos lesivo proferidos en contra de sus intereses, sin que la vigencia de la lista de elegibles, constituya excusa para invadir órbitas ajenas al juez de tutela, puesto que para ello el ordenamiento jurídico prevé la existencia de las

necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:

1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible.
2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.
3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.
4. Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos.
5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer”.

⁹ Este existe “de conformidad con las circunstancias del caso particular, cuando sea (a) cierto e inminente esto es, que no se deba a meras conjeturas o especulaciones, sino a una apreciación razonable de hechos ciertos, (b) grave, desde el punto de vista del bien o interés jurídico que lesionaría, y de la importancia de dicho bien o interés para el afectado, y (c) de urgente atención, en el sentido de que sea necesaria e inaplazable su prevención o mitigación para evitar que se consuma un daño antijurídico en forma irreparable”. Ver sentencias, T-1316 de 2011, T-494 de 2010 y T-232 de 2013, entre otras.

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia T-733 de 2014

medidas cautelares ante aquellos funcionarios competentes.

Además que ante la desidia y pigracia en el ejercicio de los mecanismos ordinarios de defensa, el juez constitucional no está habilitado para intervenir, teniendo en cuenta que, tal como lo señaló el accionante en su demanda, desde el mes de junio de 2019, presuntamente se han generado nuevas vacantes, pero ninguna diligencia desplegó para su nombramiento; y, en caso de haber actuado, contó con el suficiente tiempo para demandar una postura contraria a sus intereses ante los funcionarios competentes, es decir, los señores Jueces de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

11. Ahora bien, si en gracia de discusión admitiéramos la procedencia excepcional de la presente acción constitucional, tenemos que el artículo 9° del acuerdo 20171000000116 del 24 de julio de 2017¹¹, a través del cual la CNSC, convocó a “concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta personal perteneciente al Sistema General de Carrera Administrativa del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA”, mismo que constituye “norma reguladora del concurso”, determinó que los aspirantes deben:

“2. cumplir con los requisitos mínimos del empleo que escoja el aspirante, señalados en la Oferta Pública de Empleos de Carrera OPEC del SENA”.

¹¹ Publicado en <https://www.cns.gov.co/index.php/normatividad-436-de-2017-servicio-nacional-de-aprendizaje-sena>

Por su parte, el artículo 10 lb. señala que para cargo de “Instructor” existen un total de **3.169 vacantes**, y advierte que “la sede de trabajo de cada una de las vacantes objeto del presente proceso de selección está determinada en la OPEC (...) bajo su exclusiva responsabilidad, el aspirante deberá consular los empleos a proveer mediante este concurso de méritos, **en la Oferta Pública de Empleos de Carrera OPEC**, registrada por el SENA, la cual se encuentra debidamente publicada en la Página Web de la CNSC”.

Y, la Oferta Pública de Empleos de Carrera OPEC, registrada por el SENA, publicada desde el inicio de la Convocatoria Pública N° 436 de 2017, señala que, en tratándose del **OPEC N° 58406**, mismo para el cual optó el accionante, son requisitos:

“Estudio: Secretarios y oficinistas en general , Auxiliares Administrativos, Auxiliares de oficina, Secretarios, Auxiliares de Apoyo Administrativo. (...)

Alternativas

Estudio: profesional en: administración y dirección de empresas, finanzas y negocios internacionales, profesional en negocios internacionales, administración comercial y financiera, ingeniería - ingeniería industrial, ingeniería industrial, ingeniería financiera y de negocios, ingeniería financiera, ingeniería comercial, ingeniería administrativa y de finanzas, ingeniería administrativa, economía, economía empresarial, contaduría pública, administración logística (...)

12. Así entonces, si bien es cierto el accionante participó en la Convocatoria Pública N° 436 de 2017, para el cargo de “Instructor, código 3010, grado 01”, lo hizo aspirando a optar por alguno de dichos empleos, pero el identificado con **código OPEC N° 58406**, del cual se desprende que su aspiración estaba encaminada a ocupar **una de las 2 vacantes** en Popayán, Cauca, para lo que debía cumplir con el requisito de “Secretarios y oficinistas en general , Auxiliares Administrativos, Auxiliares de oficina, Secretarios, Auxiliares de Apoyo Administrativo (más la experiencia respectiva) **O** administración y dirección de empresas, finanzas y negocios internacionales, profesional en negocios internacionales, administración comercial y financiera, ingeniería - ingeniería industrial, ingeniería industrial, ingeniería financiera y de negocios, ingeniería financiera, ingeniería comercial, ingeniería administrativa y de finanzas, ingeniería administrativa, economía, economía empresarial, contaduría pública, administración logística (...) (más la experiencia respectiva)””; sin que, por ello, sea posible ordenar en forma directa su nombramiento en alguno de los cargos de “Instructor” tal cual pretende, puesto que no existen vacantes para el cargo identificado con **código OPEC N° 58406, denominado “Instructor, código 3010, grado 01, con ubicación en la Regional Cauca del SENA**, mismo por el cual concursó aquel.

13. Téngase en cuenta que conforme la Oferta Pública de Empleos de Carrera OPEC, registrada por el SENA, existen múltiples cargos de nivel “Instructor”, pero no todos cumplen las mismas funciones ni atienden iguales requerimientos, puesto que ello depende de las necesidades de cada regional donde desempeñen sus labores, por ejemplo, en algunas sedes se requieren instructores con

conocimiento en diseño industrial, ingeniería de producción, tecnología en administración de empresas de salud, historia y archivística, ciencias de la información y la documentación, culinaria y gastronomía, entre otros; mientras tanto, el accionante participó específicamente por sus conocimientos en la especialidad del área Temática de Gestión Administrativa, sobre el cual, se insiste, no se reportan vacantes en la Oferta Pública de Empleos de Carrera OPEC.

14. Además, tenemos que el Director Regional del SENA, fue claro al manifestar que en la actualidad no existen vacantes para el cargo identificado con **OPEC N° 58406, denominado “Instructor, código 3010, grado 01, con ubicación en la Regional Cauca del SENA,** mismo por el que optó el accionante, y está en lista de elegibles, por lo cual mal podría ordenarse su nombramiento si no existe una plaza en la cual pueda desempeñar sus funciones.

Impartir una orden encaminada a nombrar a la accionante en esos términos, implicaría ir en contravía del artículo 122 Constitucional, porque téngase en cuenta que “No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y **para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente**”.

15. Por más, corresponde al Director General del SENA distribuir **“**los cargos (...) y ubicará el personal teniendo en cuenta la organización interna, las necesidades del servicio, los planes y programas de la

Entidad”¹², motivo por el cual, el juez constitucional no puede arrogarse funciones asignadas a una entidad por mandato legal, puesto que dar una orden destinada a distribuir aquellos cargos en el territorio nacional y **con asignación de funciones específicas**, implicaría vulnerar las reglas generales del concurso e incluso los derechos de todos aquellos concursantes que podrían verse afectados con tal decisión.

16. En esas, para la Sala, el SENA y la CNSC actuaron conforme los lineamientos de la Convocatoria Pública N° 436 de 2017, procediendo a ocupar las vacantes ofrecidas para el cargo con OPEC N° 58406, denominado “Instructor, código 3010, grado 01, con ubicación en la Regional Cauca del SENA.

En tal virtud, fue publicada la “lista de elegibles” contenida en la resolución N° 20182120180075 de fecha 24 de diciembre de 2018, así:

ARTÍCULO PRIMERO.- Conformar la Lista de Elegibles para proveer **dos (2) vacantes** del empleo de carrera denominado **Instructor**, Código **3010**, Grado **1**, del Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA, ofertado a través de la Convocatoria No. 436 de 2017 - SENA, bajo el código OPEC No. **58406**, así:

Posición	Tipo doc	Documento	Nombres	Apellidos	Puntaje
1	CC	16744134	ANGEL ANIBAL	OBANDO	78.80
2	CC	10290682	CESAR AUGUSTO	RIVERA CARDONA	78.02
3	CC	59824118	LEYDI ALEXANDRA	JARAMILLO MARTÍNEZ	74.50
4	CC	76314424	HERNAN DARIO	LEGARDA VIDAL	71.03
5	CC	34569702	MARTHA CECILIA	GONZÁLEZ MAZORRA	70.11
6	CC	76324806	FREDDY	GALINDEZ GOMEZ	64.24
7	CC	34317945	ANA MARÍA	CAICEDO GONZÁLEZ	63.89
8	CC	34550307	MARIA CRISTINA	MERA GOMEZ	60.41

Habiéndose nombrado a quienes ocuparon los 2 primeros lugares, en virtud de las vacantes **disponibles – ofertadas**, mismos quienes

¹² Decreto 250 de 2004 Por el cual se adopta la Planta de Personal del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA

ostentaban mejor derecho que la accionante, por las resultas de las pruebas de conocimiento.

Ahora, si bien es cierto que con posterioridad se generó una nueva vacante, por autorización de fecha 28 de agosto de 2020 de la CNSC, denominado Instructor Grado 01 ubicado en el Centro Agropecuario de la Regional Cauca, ello acaeció una vez adelantados los respectivos estudios técnicos, mediante los cuales, el SENA y la CNSC, concluyeron la necesidad del cargo y su equivalencia conforme los requisitos de la Convocatoria N° 436 de 2017, procediendo a nombrar a quien seguía en orden de lista conforme el puntaje obtenido como expresión del mérito.

17. En consecuencia, para la Sala, no existe trasgresión alguna del derecho fundamental al “Debido Proceso” del señor Hernán Darío Legarda Vidal, puesto que, como viene de verse, el SENA y la CNSC, respetaron las reglas de la Convocatoria Pública 436 de 2017, agotando los nombramientos en estricto orden de mérito según la “lista de elegibles” contenida en la resolución N° 20182120180075 del 24 de diciembre de 2018, y conforme las vacantes disponibles en la entidad, en el empleo con código OPEC N° 58406, regional Cauca, por el cual optó el demandante; sin que sea posible ordenar de forma directa su nombramiento en un cargo para el cual no concursó.

Tampoco aparece vulnerada la garantía fundamental a la “Igualdad”, porque el concurso de méritos es el escenario a través del cual se evalúa la capacidad del concursante para ocupar el cargo al cual aspira, y el actor conociendo que participaba por 1 cargo en el cual habían únicamente 2 vacantes, sabía que su nombramiento estaba

condicionado a ocupar los primeros lugares en la lista de elegibles, sin que en este trámite aparezca acreditada la existencia de una vacante o cargo equivalente en el cual aquel pueda ocupar; tornándose pertinente recordar que **las acciones de tutela tienen efectos inter partes, es decir, solo afectan a los extremos procesales involucrados en la causa.**

Y, en relación con los derechos al “Trabajo” y “Acceso a Cargos Públicos”, es importante tener en cuenta que participar en el multicitado concurso de méritos y hacer parte de la “lista de elegibles” tan sólo constituye una expectativa, la cual en el evento no se consolidó a favor de la accionante ante la designación de quienes ocuparon los primeros lugares dadas las vacantes disponibles.

18. Por contera, no queda otra alternativa para la Sala que confirmar la decisión de primera instancia, porque la accionante, si a bien lo tiene, está habilitado para acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, a través de los medios de control que consagra la Ley 1437 de 2011, incluso, mediante la solicitud de medidas cautelares; además que tampoco se avizora trasgresión de sus derechos fundamentales al “Debido Proceso”, “Igualdad”, “Trabajo” y “Acceso a Cargos Públicos”.

Sin más prenotados, la Sala Constitucional del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, administrando justicia en nombre del Pueblo y por autoridad de la Constitución y la ley,

VII

RESUELVE

- 1. CONFIRMAR** la sentencia N° 120 de fecha 15 de diciembre de 2020, a través de la cual el Juzgado 3° Penal del Circuito de Popayán, declaró la improcedencia de la acción de tutela interpuesta por el señor Hernán Darío Legarda Vidal.
- 2. NOTIFICAR** por el medio más expedito, esta determinación a las partes.
- 3. REMITIR**, de conformidad con lo dispuesto en la parte final del artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, la presente actuación a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados



ARY BERNARDO ORTEGA PLAZA.



MARÍA CONSUELO CÓRDOBA MUÑOZ.



JESÚS ALBERTO GÓMEZ GÓMEZ.