

Bogotá, D.C., enero de 2022

Señores:
JUECES DE TUTELA – REPARTO
E.S.D.

REFERENCIA: ACCION DE TUTELA.

ACCIONANTE: CARLOS GILBERTO BALLESTEROS
RODRÍGUEZ

ACCIONADOS: CNSC Y SENA

PRETENSION: QUE SE RESPETE EL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO ORDENANDO MI NOMBRAMIENTO EN UN CARGO TEMPORAL EL CUAL SE DA POR UNA ORDEN JUDICIAL CON EFECTOS INTERCOMUNIS, SUMADO A QUE CUMPLO TODOS LOS REQUISITOS MINIMOS EXIGIDOS PARA EL MISMO SEGÚN EL MANUAL DE FUNCIONES VIGENTE DEL SENA Y LOS CUALES YA HABIAN SIDO CARGADOS EN EL SIMO, TODA VEZ QUE, EL SENA NO PUEDE PEDIR REQUISITOS ADICIONALES NI RECHAZARME POR DOCUMENTOS QUE SOLO SON OBLIGATORIOS PARA LA POSESIÓN EN EL CARGO, CON LO QUE ADEMÁS DE MIS DERECHOS FUNDAMENTALES VULNERADOS, SE VIOLA LA LEY ANTITRAMITES.

CARLOS GILBERTO BALLESTEROS RODRÍGUEZ, mayor de edad e identificado con cédula de ciudadanía No **79.857.254** y domiciliado en el Municipio de Bogotá, Cundinamarca, actuando en nombre propio, respetuosamente acudo a su despacho para promover Acción de Tutela solicitando el amparo Constitucional establecido en el Art. 86 de la Constitución Política de Colombia, denominado ACCION DE TUTELA en contra de: la **CNSC** y el **SENA**, toda vez que, ha vulnerado mis derechos Constitucionales fundamentales como, **LA DIGNIDAD HUMANA, 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 , SEGURIDAD JURÍDICA, PRINCIPIO DE PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL SOBRE LAS FORMAS Y LA LEY ANTITRAMITES** consagrados en los artículos 2, 13, 23, 25, 29, 40 83, 125 Y 228 de la Constitución Política, Y LA LEY anti tramites con fundamento en los siguientes:

A. PRINCIPIO DE INMEDIATEZ EN LA TUTELA

... “Sobre el principio de inmediatez se tiene que la H Corte Constitucional ha manifestado que la acción de tutela debe interponerse en un plazo razonable contado desde los hechos que violaron los derechos fundamentales del accionante, con el fin de no crear situaciones de inseguridad, que violen derechos de terceros involucrados. Sin embargo, tal criterio no es absoluto, por cuanto en los casos en los cuales existe una violación continua y actual de los derechos es aceptable que haya transcurrido un lapso de tiempo mayor sin que se haya hecho uso de la acción de tutela. Idéntica consideración se aplica en los casos en los cuales se argumenta la expedición de nueva jurisprudencia de las altas cortes sobre la materia, la cual puede considerarse como la existencia de un hecho nuevo que actualiza el interés del accionante. Así, en efecto, se pronunció esa Alta Corporación en sentencia T-619 de 2009 en la que razono bajo el siguiente tenor: Con todo, la Corte ha precisado que, bajo ciertos parámetros, es aceptable un mayor espacio de tiempo transcurrido entre el hecho que genera la vulneración y la presentación de la acción de tutela. En este sentido, en Sentencia T-158 de 2006 expuso: “De la jurisprudencia de esta Corporación se puede derivar que solamente es aceptable un extenso espacio de tiempo transcurrido entre el hecho que genera la vulneración y la presentación de la acción de tutela bajo dos circunstancias específicas: (i) Que se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual. [41] Y (ii) que la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo, el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros”. “Ahora bien, la actora atribuye la vulneración de sus derechos fundamentales al auto proferido el 23 de marzo de 2006 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó el recurso de apelación contra la sentencia emitida por la misma

Corporación el 13 de octubre de 2005. E instauró la presente acción de tutela el 10 de diciembre de 2008 [42]. Esto significa que demoró 2 años y 8 meses en presentar la acción de tutela. Para determinar si este es un término razonable es necesario tener en cuenta, además de la naturaleza y fines propios de acción de tutela, las circunstancias específicas en que se ha encontrado la accionante. En primer lugar, a pesar de que el hecho que originó la vulneración de los derechos es bastante lejano con relación al momento en que se presentó la acción de tutela, no se puede desconocer que el auto del 23 de marzo de 2006, al negar el recurso de apelación, impidió que la accionante tuviera la posibilidad de una segunda instancia y un eventual reajuste pensional, por lo cual la vulneración de sus derechos no ha desaparecido, sino que ha permanecido en el tiempo y es actual. En segundo lugar, la accionante aduce como fundamento de la demanda la jurisprudencia posterior del Consejo de Estado, contenida en los autos de fechas 12 de julio de 2007 y 21 de agosto de 2008, los cuales dirimieron conflictos similares al aquí analizado y trajeron consigo elementos nuevos sobre el principio de la doble instancia en los procesos administrativos que, a pesar de haber sido admitidos con vocación de doble instancia, con la entrada en vigencia de nuevos cuerpos normativos terminaron convirtiéndose en dé única instancia[43]. Esa circunstancia se puede considerar como un hecho nuevo que sirvió a la accionante como fundamento para interponer la acción de tutela. “En consideración a lo anterior, la Sala estima que el término para presentar la acción de tutela es razonable y no impide la procedencia de la misma. Esta Corporación en jurisprudencias pasadas ha considerado que fue la sentencia T-329 de mayo de 2009, la primera sentencia en la cual la Corte Constitucional analizó en concreto la constitucionalidad del artículo 28 de la ley 1122 de 2007 y determinó por vía de Excepción de Inconstitucionalidad, que la norma no se encontraba acorde con el ordenamiento jurídico, situación que bien podía considerarse como un hecho nuevo para justificaba la interposición de la acción de tutela con posterioridad a dicho pronunciamiento. Sin embargo, la Sala considera que dicho razonamiento no puede aplicarse al caso concreto por las razones que pasan a explicarse enseguida. En primer lugar, debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia de la H Corte Constitucional data de 14 de mayo de 2009 y por tanto a la fecha de interposición de la tutela ya habían transcurrido 11 meses desde dicha providencia sin que el actor hubiera solicitado el amparo requerido. Si lo anterior fuera poco, comparte el Tribunal, la afirmación realizada por el a-quo al indicar que los planteamientos de dicha jurisprudencia y posteriores, no se aplican al caso del actor, debido a que en aquella ocasión el debate versaba sobre la constitucionalidad del artículo 28 de la ley 1122 de 2008 al introducir un método mixto de elección de gerente de las ESEs que si bien consagró la obligatoriedad de la convocatoria a un concurso de méritos, lo cierto era que la junta directiva de dichas instituciones podía designar libremente la terna al nominador para que éste escogiera al funcionario que se había de desempeñar en el cargo. La Corte en tales jurisprudencias concluyó que debía darse prelación al concurso de méritos de conformidad con el art 125 de la Constitución Política y por tanto declaró su inconstitucionalidad en principio por excepción vía tutela y luego su inexecutable en sentencia C-181-10 de 17 de marzo de 2010. Por tanto, la fecha que debe tenerse en cuenta para evaluar el caso del actor, es la fecha de nombramiento como gerente, 15 de diciembre de 2008, término que a juicio de la Sala no se considera razonable para la interposición de la acción propuesta... De conformidad con la jurisprudencia trascrita, la Sala observa que no es suficiente el argumento de que la violación del derecho alegado por el actor permanezca en el tiempo para que la acción de tutela proceda, ya que en tales casos existe una obligación del accionante de interponerla lo antes posible y en caso de que no lo haya hecho debe existir razones justificadas para dicha pasividad, las cuales no aparecen siquiera vislumbradas dentro de la presente actuación por lo que forzoso resulta declarar la improcedencia del amparo propuesto”

En este punto es de mencionar que la vulneración a los derechos fundamentales por parte del SENA en la línea del tiempo, ha sido constante, a tal punto que hasta hace tres meses le empezaron a dar cumplimiento a los fallos de tutela, realizando los nombramientos con listas de elegibles de la convocatoria 436 de 2017.

B. LEGITIMACIÓN DE LA CAUSA

Me encuentro legitimado para solicitar la Tutela de mis Derechos fundamentales: **LA DIGNIDAD HUMANA, 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 , SEGURIDAD JURÍDICA, PRINCIPIO DE PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL SOBRE LAS FORMAS Y LA LEY ANTITRAMITES**, por cuanto participé y terminé las etapas del Concurso Público Convocatoria 436 de 2017 de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, ocupando el **QUINTO** Lugar de elegibilidad en la lista de elegibles No **20182120188175** del 24 de diciembre de 2018, dentro del empleo identificado en la Oferta Pública de Empleos No. **60925**, denominación **INSTRUCTOR, CODIGO 3010, GRADO 1**, lo que me dio derecho por una orden judicial con efectos intercomunis para ser nombrado en un cargo **TEMPORAL EN EL SENA**, con la denominación de instructor, sin embargo y a pesar de tener el derecho adquirido, el SENA me rechaza por no haber cargado un documento que no se encontraba estipulado en el Aplicativo SIMO ni en el inicio de la convocatoria ni en el Manual de funciones y mucho menos en **EL ACUERDO DE LA CONVOCATORIA** el cual es ley para las partes y donde el documento solicitado y

por el cual me rechazaron solo puede ser exigido para el momento de la posesión, comoquiera que estos, solo se deben pedir para el momento del nombramiento ya que el no aportarlos a tiempo demoran la posesión, mas no excluyen de la convocatoria a los elegibles al ser documentos de trámite, tal como lo hizo el SENA, posesionando a personas que tenían menos puntaje que el mío.

Por lo anterior y teniendo en cuenta que fui rechazado por un documento que solo puede ser exigido para la posesión y que nombraron a concursantes con menos puntaje que el mío, solicito que se estudie esta acción de tutela y se me protejan mis derechos fundamentales y constitucionales.

C. PROCEDENCIA

En Sentencia T-024/07 planteó la honorable Corte Constitucional, respecto a la procedencia de la Acción de Tutela:

"... El artículo 86 de la Carta Política dispone Que toda persona puede reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, el restablecimiento inmediato de sus derechos fundamentales, siempre que no cuente con otro medio judicial de protección y el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 prevé que la existencia del recurso que enerva la acción de tutela se apreciará en concreto, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.

En armonía con lo expuesto esta Corporación ha considerado que, salvo la ineficacia comprobada de los recursos o medios de defensa existentes frente al caso concreto, la acción de tutela es improcedente para juzgar las actuaciones administrativas, porque el ordenamiento prevé procedimientos para resolver las controversias y los litigios originados en las actividades de las entidades públicas.

Señala la jurisprudencia, respecto de la eficacia de medio judicial:

"Considera esta corporación que, cuando el inciso 30. Del artículo 86 de la carta Política se refiere a que "el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial..." como presupuesto indispensable para entablar la acción de tutela, debe entenderse que ese medio tiene que ser suficiente para que a través de él se restablezca el derecho fundamental violado o se proteja de su amenaza, es decir, tiene que existir una relación directa entre el medio de defensa judicial y la efectividad del derecho. Dicho de otra manera, el medio debe ser idóneo para lograr el cometido concreto, cierto, real, a que aspira la Constitución cuando consagra ese derecho. De no ser así, mal puede hablarse de medio de defensa y, en consecuencia, aun lográndose por otras vías judiciales efectos de carácter puramente formal, sin concreción objetiva, cabe la acción de tutela para alcanzar que el derecho deje de ser simplemente una utopía".

Por lo tanto, la vía para garantizar la defensa de los Derechos Fundamentales vulnerados; Igualdad, Derecho de Petición, Trabajo, Debido Proceso, Acceso a Cargos y Funciones Públicas, así como a los Principios de Confianza Legítima, Buena Fe y Seguridad Jurídica, es en el presente caso la Acción de Tutela, ya que de acudir a las Acciones Contencioso Administrativas, se estaría imposibilitando el logro de la protección de los derechos fundamentales en términos de celeridad, eficiencia y eficacia.

PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE LA TUTELA EN CONCURSO DE MÉRITOS.

De tiempo atrás la Jurisprudencia aceptaba la procedencia excepcional de la acción de tutela a efectos de la protección de los derechos fundamentales de quien ha participado en un concurso de méritos, pese a existir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho el cual se toma ineficaz cuando las circunstancias particulares denoten un perjuicio irremediable:

"La Corte ha indicado que, en principio, la acción de tutela no procede para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un proceso de concurso de méritos, Sin embargo, posteriormente la jurisprudencia constitucional encontró que existen, al menos, dos excepciones a la regla antes planteada. En primer lugar, se trata de aquellos casos en los que la persona afectada no tiene mecanismo distinto de la acción de tutela, para defender eficazmente sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional. En segundo lugar, procede la tutela cuando, por las circunstancias excepcionales del caso concreto, es posible afirmar que, de no producirse la orden de amparo, podrían resultar irremediablemente afectados los derechos fundamentales de la persona que interpone la acción, Estos casos son más complejos que los que aparecen cobijados por la excepción anterior, pues en ellos existen cuestiones legales o reglamentarias que, en principio, deben ser definidas por el juez contencioso administrativo pero que dadas las circunstancias concretas y la inminente consumación de un daño ius fundamental deben ser, al menos transitoriamente, resueltas por el juez constitucional".

PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA PROTECCIÓN DE DERECHOS DEL ELEGIBLE DE UN CARGO EN LISTA EN FIRME POR CONCURSO DE MÉRITOS SEGÚN EL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Según lo ha señalado el precedente jurisprudencial de la CORTE CONSTITUCIONAL (incluso la reciente de la Sentencia T-133 de 2016 ya vigente el CPACA -Ley 1437 de 2011-), la Acción de Tutela resulta procedente para la protección de los derechos fundamentales de aquellas personas que nos encontramos para proveer un cargo de carrera dentro de una Lista de Elegibles de Concurso de Méritos que tenga firmeza, habiendo o no pronunciamiento administrativo (en este caso hay omisión y vencimiento de términos como se explicará en los hechos), y no la vía ordinaria del Contencioso Administrativo. Esto señala la Sentencia T-133 de 2016 citada:

“ACCION DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO-Mecanismo

idóneo para la protección derechos fundamentales de concursante que ocupó el primer lugar en concurso de méritos, pero no fue nombrado en el cargo público

8

la tutela resulta procedente para restablecer los derechos superiores afectados con el acto que deniegue la designación de quien ocupó el primer lugar en un concurso de méritos o en la lista de elegibles correspondiente.”

(...)

“12.- A pesar de que, como se vio, el actor cuenta con un mecanismo ordinario para obtener la modificación o revocatoria del acto administrativo denunciado, se tendrá por cumplido el presupuesto de subsidiariedad en el presente caso, de acuerdo con la tesis jurisprudencial vigente, según la cual la tutela resulta procedente para restablecer los derechos superiores afectados con el acto que deniegue la designación de quien ocupó el primer lugar en un concurso de méritos o en la lista de elegibles correspondiente.

En efecto, la sentencia SU-133 de 19981 cambió la tesis sentada en la sentencia SU-458 de 19932 relacionada con la improcedencia de la acción de tutela en los casos en los que se transgreden los derechos de quien, a pesar de ocupar el primer lugar en la lista de elegibles, no es designado en el cargo que motivó el concurso de méritos. En la sentencia que efectuó el cambio jurisprudencial referido, la Corte aludió a las consideraciones de algunos fallos de revisión en los que se había advertido la insuficiencia de los mecanismos ordinarios en la hipótesis descrita e indicó que:

“(...) esta Corporación ha considerado que la vulneración de los derechos a la igualdad, al trabajo y debido proceso, de la cual son víctimas las personas acreedoras a un nombramiento en un cargo de carrera cuando no son designadas pese al hecho de haber obtenido el primer lugar en el correspondiente concurso, no encuentran solución efectiva ni oportuna en un proceso ordinario que supone unos trámites más dispendiosos y demorados que los de la acción de tutela y por lo mismo dilatan y mantienen en el tiempo la violación de un derecho fundamental que requiere protección inmediata.

La Corte estima que la satisfacción plena de los aludidos derechos no puede diferirse indefinidamente, hasta que culmine el proceso ordinario, probablemente cuando ya el período en disputa haya terminado. Se descarta entonces en este caso la alternativa de otro medio de defensa judicial como mecanismo de preservación de los derechos en juego, que son de rango constitucional, de aplicación inmediata (art. 85 C.P.) y que no pueden depender de un debate dado exclusivamente en el plano de la validez legal de una elección, sin relacionarlo con los postulados y normas de la Carta Política.”

1 M.P. José Gregorio Hernández Galindo

2 M.P. Jorge Arango Mejía

9

Las consideraciones sobre la ineficacia de las vías ordinarias para la protección de los derechos del primero de la lista de elegibles que no es designado en el cargo se han reiterado en diversas oportunidades por esta Corporación. Así, por ejemplo, la sentencia T-606 de 2010³ que estudió la solicitud de amparo presentada por un accionante que ocupó el primer lugar en el concurso adelantado para proveer el cargo de gerente de la E.S.E. Red Salud de Armenia y no fue designado por el nominador, quien, en su lugar, nombró al segundo de la lista de elegibles, indicó en el estudio de la procedibilidad de la tutela que:

“(...) en el caso de los concursos de méritos, se ha establecido que las acciones ordinarias como es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, dilatan la obtención de los fines que persiguen. Así mismo, estas acciones no poseen, por la forma como están estructurados los procesos, la capacidad de brindar una solución integral para la violación de los derechos del accionante⁴, razón por la cual, la tutela es el mecanismo idóneo para dar protección inmediata y definitiva a los derechos al debido proceso, al trabajo y a la igualdad del concursante que, no obstante, debido a sus méritos, ocupó el primer lugar en la lista de elegibles, no fue nombrado en el cargo público.”

En el mismo sentido, en la sentencia T-156 de 2012⁵ que analizó la afectación de los derechos al debido proceso, trabajo, igualdad y acceso a cargos públicos de una concursante que, tras ocupar el primer lugar de la lista de elegibles para la selección de un cargo público, vio afectada su designación como consecuencia del acto de suspensión de la firmeza de la referida lista. La Corte indicó respecto a la subsidiariedad que: “las acciones ordinarias ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo no proveen un mecanismo efectivo, oportuno e idóneo para la protección de los derechos al trabajo, a la igualdad y al debido proceso”.

Asimismo, la sentencia T-402 de 2012⁶ estudió el caso de una accionante que superó todas las etapas del concurso de méritos adelantado por la Comisión Nacional del Servicio Civil para proveer un cargo en el Instituto de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana de Tunja; ocupó el primer lugar en la lista de elegibles y no fue nombrada por la entidad nominadora por la supresión del cargo. En esa ocasión se consideró procedente la acción de tutela, dado que los mecanismos ordinarios al alcance de la afectada no permitían una pronta y actual protección de los derechos fundamentales en discusión.

13.- De los precedentes referidos se advierte que la procedencia de la acción de tutela frente a actos como el que se ataca en esta oportunidad merece consideraciones especiales relacionadas con: (i) el escenario en

3 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

4 Corte Constitucional, Sentencia SU-961 del 1 de diciembre de 1999, MP. Vladimiro Naranjo Mesa.

5 M.P. María Victoria Calle Correa

6 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

10

el que se emite el acto que niega la designación, que corresponde a un concurso de méritos para la provisión de cargos públicos –artículo 125C.P.-; (ii) el estado del proceso en el que se emite el acto, pues se han agotado diversas etapas por las que transitaron los aspirantes y que, en el caso de quien ocupa el primer lugar, se superaron de forma exitosa;

(iii) la expectativa legítima sobre la designación de quien ocupa el primer lugar en el concurso de méritos; (iv) el impacto que se causa en el derecho a desempeñar un cargo público cuando la vigencia del nombramiento corresponde a periodos cortos e institucionales y (v) el impacto sobre el derecho a ser designado en un cargo público en los casos en los que las vigencias de las listas de elegibles son cortas.

14.- Las referidas circunstancias, consideradas en múltiples oportunidades por la jurisprudencia de esta Corporación, llevan a la Sala a tener por cumplido el requisito de subsidiariedad en este caso, pues, en verdad, las acciones ordinarias con las que cuenta quien ocupó el primer puesto en el concurso de méritos no resultan idóneas para la protección de los derechos que pueden resultar

afectados como consecuencia de la falta de designación en el cargo correspondiente, máxime cuando en el presente caso la negativa se emitió respecto al empleo de un aspirante a integrar la Comisión Nacional del Servicio Civil que, según lo previsto en el artículo 9º de la Ley 909 de 2004, tiene un periodo institucional de 4 años, el cual está corriendo desde el 7 de diciembre de 2014.”

D. RAZONES DE DERECHO Y SUSTENTO JURÍDICO PARA SOLICITAR ESTA ACCIÓN DE TUTELA RESPECTO AL USO DE LISTA D ELEGIBLES CON LOS CARGOS TEMPORALES.

1) SU 446 DE 2011

REGLAS DEL CONCURSO DE MERITOS-Son invariables

Las reglas del concurso son invariables tal como lo reiteró esta Corporación en la sentencia SU-913 de 2009 al señalar “resulta imperativo recordar la intangibilidad de las reglas que rigen las convocatorias de los concursos públicos para acceder a cargos de carrera en tanto no vulneren la ley, la Constitución y los derechos fundamentales en aras de garantizar el derecho fundamental a la igualdad, así como la inmodificabilidad de las listas de elegibles una vez éstas se encuentran en firme como garantía de los principios de buena fe y confianza legítima que deben acompañar estos procesos.

Nota del tutelante: En este punto es de resaltar que las bases de la convocatoria 436 de 2017 se sentaron en el acuerdo No. 20171000000116 del 24 de julio de 2017, por medio del cual se convocó a proceso de selección (Convocatoria 436 de 2017) para proveer definitivamente por concurso abierto de méritos, los empleos vacantes pertenecientes al Sistema.

2) Consejo de Estado Sección Quinta, Sentencia, 76001233300020100000000, 08/10/2014.

Las reglas que rigen una convocatoria a concurso público para acceder a un cargo de carrera son intangibles en todas las etapas, salvo que vulneren la Constitución, la ley o derechos fundamentales, pues de lo contrario se desconocería el derecho a la igualdad. Así lo reiteró el Consejo de Estado mediante un pronunciamiento, en donde recordó también que la convocatoria y la lista de elegibles, una vez en firme, son inmodificables, toda vez que su desconocimiento conllevaría conculcar los principios de raigambre constitucional como la buena fe y la confianza legítima inherentes al concurso, junto con la afectación de los derechos de los asociados en general y de los participantes (C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez).

Nota del tutelante: Lo anterior demuestra que el SENA no podía solicitar requisitos ni documentos de más que solo podrían ser solicitados para La posesión

3) LEY 909 DE 2004 (septiembre 23)

“Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.”

ARTÍCULO 21. Empleos de carácter temporal.

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.**

4) Sentencia C-288/14

NORMAS QUE REGULAN EL EMPLEO PUBLICO, LA CARRERA ADMINISTRATIVA, GERENCIA PUBLICA-Empleos de carácter temporal/EMPLEOS DE CARACTER TEMPORAL EN ORGANISMO O ENTIDAD PUBLICA-

Ante la ausencia de lista de elegibles, se debe dar prioridad a la selección de personas que se encuentren en carrera administrativa, cumplan los requisitos para el cargo y trabajen en la misma entidad pública.

La interpretación en virtud de la cual no existe una absoluta discrecionalidad del nominador para la realización del proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos, sino que, por el contrario, el mismo está limitado por los principios de la función pública de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, la cual es constitucional, pues permite delimitar la actuación de la administración pública. Esta interpretación exige el cumplimiento de los siguientes parámetros: (i) Para la provisión de los empleos temporales los nominadores deberán solicitar las listas de elegibles a la Comisión Nacional del Servicio Civil anexando como mínimo la información exigida en el artículo 19 de la Ley 909 de 2004. (ii) En caso de ausencia de lista de elegibles se debe dar prioridad a la selección de personas que se encuentren en carrera administrativa, cumplan los requisitos para el cargo y trabajen en la misma entidad. (iii) Se 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 con suficiente anticipación. (iv) El procedimiento de selección para los empleos temporales deberá tener en cuenta exclusivamente factores objetivos como: el grado de estudios, la puntuación obtenida en evaluaciones de Estado como las pruebas ICFES, ECAES, Saber Pro y Saber, la experiencia en el cumplimiento de funciones señaladas en el perfil de competencias y otros factores directamente relacionados con la función a desarrollar.

5) Decreto 1083 de 2015 Sector de Función Pública

ARTÍCULO 2.2.1.1.1 Definición. Se entiende por empleos temporales los creados en las plantas de cargos para el ejercicio de las funciones previstas en el ARTÍCULO 21 de la Ley 909 de 2004, por el tiempo determinado en el estudio técnico y en el acto de nombramiento.

Los empleos temporales deberán sujetarse a la nomenclatura y clasificación de cargos vigentes para cada entidad y a las disposiciones relacionadas con la elaboración del plan de empleos, diseño y reforma de plantas de que trata la Ley 909 de 2004.

En la respectiva planta se deberán identificar los empleos que tengan la naturaleza de temporales. El estudio técnico deberá contar con el concepto previo favorable del Departamento Administrativo de la Función Pública

ARTÍCULO 2.2.1.1.4 Nombramiento en el empleo temporal. El nombramiento deberá efectuarse 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.

El término de duración del nombramiento en el empleo de carácter temporal deberá sujetarse a la disponibilidad presupuestal.

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.

6) DECRETO 648 DE 2017 (abril 19)

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.

7) CRITERIO UNIFICADO DE EMPLEOS DE PLANTA TEMPORALES CNSC del 11 de febrero de 2016

- *¿Deben las entidades agotar el orden de provisión contemplado en el artículo 21 de la Ley 909 de 2004, adicionado por la Sentencia C – 288 de 2014, en caso que el empleo de la planta temporal quede en vacancia definitiva o transitoria?*

Para el caso de las vacancias definitivas de los empleos de las plantas temporales ocurrida con ocasión de alguna de las causales de separación del servicio o el vencimiento del término de duración del nombramiento, deberá la Administración para su provisión, dar estricta aplicación a las disposiciones contenidas en el artículo 21 de la Ley 909 de 2004, cuya exequibilidad fue condicionada a la interpretación contenida en la Sentencia C – 288 de 2014, puesto que al tratarse de una nueva vinculación, ésta deberá dar cuenta de los principios que rigen la función pública, así como el de mérito, reconocido como pilar fundamental del Estado Social de Derecho que conlleve a la selección de los mejores funcionarios para el cumplimiento eficiente y eficaz de los fines esenciales del Estado.

Así las cosas, siempre que un empleo de una planta temporal quede en vacancia definitiva, la Entidad deberá para su provisión, dar estricto cumplimiento al siguiente orden:

1. Listas de Elegibles vigentes que administre la Comisión Nacional del Servicio Civil, previa autorización otorgada por ésta, cuya solicitud se tramitará siempre que reúna los requisitos previstos en el artículo 19 de la Ley 909 de 2004.
2. Ante la ausencia de lista de elegibles declarada por la CNSC, la entidad deberá dar prioridad a la selección de personas que se encuentren en carrera administrativa, cumplan los requisitos para el empleo y trabajen en la misma entidad.

E. HECHOS

PRIMERO: En cumplimiento de la Ley 909 de 2004, “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”, la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, en adelante la CNSC, expidió el ACUERDO No. **2017100000116 del 24 de julio de 2017**, por medio del cual se convocó a proceso de selección (Convocatoria 436 de 2017) para proveer definitivamente por concurso abierto de méritos, los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA.

SEGUNDO: Producto de la convocatoria, la CNSC expide la resolución de lista de elegibles No **20182120188175** del 24 de diciembre de 2018 para proveer cuatro (4) vacantes de la OPEC No **60925**, con la denominación de **instructor, código 3010, grado 1**, donde me encuentro ocupando el lugar número cinco (5) de elegibilidad, con **81.24** puntos definitivos en la convocatoria **436 de 2017**.

TERCERO: El SENA crea posterior a la convocatoria 436 de 2017, 565 cargos temporales con la Denominación INSTRUCTOR CODIGO 3010 GRADO 1, los cuales se identifican con el siguiente IDP:

9709	9556	9943	10000	9585	10183	10023	9520	10124	10144	10254	9614
9706	9559	9934	10070	9611	9573	10024	9643	10120	10146	10311	9619
9704	9848	9941	10067	9610	9482	10014	9641	10125	10150	10328	9617
9707	9839	9945	10068	9608	9574	10020	9639	10126	10152	10309	10410
9702	9842	9940	10069	9609	9561	10022	9654	9531	10158	10234	10411
9703	9846	9888	10065	9612	9717	9999	10521	9705	10151	10235	10408
10180	9837	9890	10066	9620	9715	10012	10520	9695	10173	10516	10413

9683	9843	9727	10062	9647	9474	10010	9652	9700	10154	10242	10412
9667	9844	9722	10063	9651	9716	10003	9522	9867	10155	10243	10409
9671	9849	9965	10074	9636	9558	10008	9648	9689	10164	10244	10419
9674	9841	9963	10075	9632	9745	10009	9649	9696	10165	10222	10423
9650	9889	9803	10073	9638	9749	10001	10051	9894	10168	10224	10424
9653	10181	9811	10077	10511	9588	9824	10060	9548	10175	10225	10421
9802	9885	9797	10076	9516	9483	11090	10042	9895	10166	10223	10422
9807	10182	9801	10081	9541	9586	9825	10053	9896	10167	10226	10420
9798	10178	9799	10083	9547	9737	9821	10032	9902	10169	9498	9690
9808	9955	9754	10082	9534	9477	9604	10049	9899	10176	9473	9916
11131	9513	9751	9563	9540	9566	9605	10057	9905	10160	9481	9998
9805	9953	9793	9859	9535	9720	9490	10054	9901	10159	9479	9578
9800	9897	9790	10502	9486	9718	9603	10030	9904	10177	9489	9572
9783	9956	9781	9804	9500	9568	9602	10031	9550	10214	9492	10019
9788	9954	9898	9589	9503	9581	9624	10038	9886	10218	9510	9642
9823	9942	9903	9596	9506	9480	9625	10033	9542	10212	9598	10127
9829	9944	9900	9806	9530	9725	9623	10039	9543	10217	9599	10142
9826	9946	9909	9739	9560	9726	9626	10034	9880	10216	10103	10252
9818	9937	9960	9743	9562	9583	9496	10091	9882	10213	9601	9495
9820	9935	9957	9476	9567	10105	9835	10089	9910	10215	9597	10179
9571	9931	9958	9753	9661	10107	9501	10087	9553	10246	9854	9915
9628	9932	10041	9746	9666	10110	10184	10086	9911	10249	9663	9997
9575	9933	9959	9750	9685	10104	9836	10088	9864	10250	9662	9582
9629	9919	9771	9755	9659	10106	9499	10090	9865	10248	9524	9733
9736	9917	9769	9789	9668	10108	9630	10100	9527	10247	9855	10018
9742	9922	9761	9557	9669	9989	9631	10099	9528	9847	9660	9827
9741	9924	9979	9786	9670	9990	9838	10095	9679	10514	9658	10119
9738	9921	9969	9768	9694	9991	10196	10094	9525	10329	10137	10506
9763	9923	9972	9764	9692	9993	9635	10096	9856	10330	10139	10257
9760	9925	9973	9537	9699	9987	9633	10513	9672	10348	10135	9834
9767	9920	9977	9552	9780	9994	9505	10134	9675	10364	9512	
9762	9732	9975	9613	9782	9976	9840	10116	9858	10232	9511	
9757	9735	9978	9618	9784	9971	9507	10114	9870	10233	9504	
9872	9730	10046	9616	9787	9968	9845	10112	9712	10238	9471	
9875	9740	10043	9828	9779	9974	10185	10113	9873	10239	9472	
9877	9868	10045	9606	9791	9984	10189	10111	9536	10240	9532	
9861	9871	10044	9830	9794	9983	9518	10133	9713	10229	9593	
9857	9869	10052	9569	9484	9982	10191	10130	9711	10230	9591	
9860	9879	10055	9580	9765	9985	10188	10132	9708	10253	9590	
9698	9881	10058	9579	10138	10021	10190	10123	10141	10310	9487	
9645	9883	9995	9577	9729	10015	10192	10122	10505	10331	9832	

CUARTO: Que, en sesiones del 26 y 28 de enero y del 2 y 11 de febrero de 2016 y de acuerdo a la sentencia C – 288 de 2014 las vacancias temporales en las entidades deben ser cubiertas con las listas de elegibles Vigentes de 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 existen listas de elegibles vigentes, mencionadas vacantes temporales deben ser cubiertas con las listas de elegibles.

QUINTO: Que, al ver derechos fundamentales vulnerados por parte de la CNSC y del SENA, varios concursantes interpusieron acción de tutela en contra de estas entidades para que se respetara el debido proceso administrativo y se nos nombrara en uno de esos cargos temporales haciendo Uso de lista de elegibles.

SEXTO: Que, el **23 de octubre de 2020**, EL JUZGADO TRECE ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA de la TUTELA INTERPUESTA MASIVAMENTE del proceso No. 2020-00213-00 de fecha 23 de octubre de 2020 y la cual fue confirmada por EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER MAGISTRADO PONENTE: JULIO EDISSON RAMOS SALAZAR, fallo a favor de los accionantes en la decisión que reza:

FALLA

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.

SEPTIMO: Que, de igual manera el **26 de noviembre** el **TRIBUNAL SUPERIOR SALA SEGUNDA DE DECISION SALA LABORAL** en la decisión que reza:

(...)

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia impugnada, de fecha 22 de octubre de 2020 proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cartagena, dentro de la acción de tutela promovida por **FRANCISCO MIGUEL BALLESTEROS PASTRANA** contra **COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC y SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE**, para en su lugar **TUTELAR** el derecho fundamental al debido proceso administrativo del accionante, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: ORDENAR a la **COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC** representada legalmente por el Dr. FRIDOLE BALLEEN DUQUE que en un término de cuarenta y ocho (48) horas contados a partir de la notificación del presente proveído, a fin que inicie el trámite tendiente a conformar el 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-**, sin que para la consolidación de la citada lista se pueda superar un término de diez (10) días hábiles contados después del término de cuarenta y ocho (48) horas dado inicialmente para la conformación del Banco Nacional de Elegibles, debiendo tener en cuenta para ello el perfil del empleo para el que concursó el accionante, así como el nivel jerárquico, grado salarial, niveles de estudio, las disciplinas, núcleos básicos del conocimiento y las competencias del empleo.

De igual manera, deberá la **COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC** dentro del mismo término señalado, una vez consolidado el Banco Nacional de

Listas de Elegibles, convocar la realización de la audiencia pública la cual podrá realizarse de manera virtual para escogencia de empleo, conforme el procedimiento establecido en el Acuerdo 562 de 2016.

TERCERO: ORDENAR al **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA** que una vez le sea remitido el Banco Nacional de Listas de Elegibles por parte de la **CNSC**, proceda en un término de setenta y dos (72) horas a 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: 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 el mismo perfil del empleo para el que concursó el accionante, así como el nivel jerárquico, grado salarial, disciplinas, núcleos básicos del conocimiento y las competencias de cada empleo.

(...)

OCTAVO: Que, a pesar que las ordenes se dieron desde octubre y noviembre de 2020 y que había un tiempo perentorio de 72 horas, El SENA y La CNSC solamente hasta septiembre y octubre de 2021 realizaron los nombramientos en los cargos temporales.

NOVENO: Que, dentro de las pretensiones de las tutelas que se ganaron con efectos intercomunis se encontraba que tenían que hacer audiencia pública con los 565 empleos y que los nombramientos debían hacerse en estricto orden de mérito, donde puntualmente las pretensiones fueron las siguientes:

“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.

NOTA DEL TUTELANTE: las mismas fueron concedidas en el fallo de tutela de primera instancia y confirmado en segunda instancia

DECIMO: Que, los fallos salieron a favor de los tutelantes y todos los concursantes que se presentaron a un cargo con la denominación de instructor SENA.

DECIMO PRIMERO: Que, el problema jurídico resuelto por **EL JUZGADO TRECE ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA**. fue el siguiente:

De acuerdo con la reseña que antecede, el Despacho lo plantea y resuelve así:

¿Se vulnera el derecho al debido proceso de los señores 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, así como de otros elegibles de la convocatoria 436 de 2017 que aspiran a ocupar el cargo de Instructor, código 3010, grado 1 de la planta de personal del SENA, por la falta de conformación del Banco Nacional de Listas de Elegibles y de la realización de la audiencia pública para la escogencia de empleo?

Tesis: Si

DECIMO SEGUNDO: Que, las consideraciones del fallo de primera instancia dadas por parte del juzgado trece administrativos del circuito judicial de Bucaramanga, fueron las siguientes:

(...)

Del procedimiento para la provisión de empleos en plantas temporales.

Para la provisión de empleos de plantas temporales, las entidades públicas deben hacer uso de las listas de elegibles que se encuentren en firme en la entidad, teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 21 numeral 3 de la Ley 909 de 200410 y 2.2.5.3.5 del Decreto 1083 de 201511.

10 artículo 21 numeral 3, Empleos temporales. 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

(...)

(...)

De los derechos preferenciales de la carrera administrativa y los principios constitucionales en juego.

La carrera administrativa, el concurso público, el mérito y la igualdad (artículos 13 y 125 Superiores) constituyen ejes definitorios de la Constitución de 1991 que regulan el acceso, permanencia y ascenso a los cargos públicos.

Ha dicho la Corte que tales principios deontológicos se ven comprometidos cuando se desconocen las reglas preestablecidas para el desarrollo de las convocatorias y concursos para la provisión de cargos públicos. Por tal razón, las reglas y condiciones de una convocatoria son inmodificables¹⁵, debiéndose garantizar su estricto cumplimiento en respeto de los principios axiales ya mencionados y particularmente de las legítimas expectativas de obtener un trabajo digno, estabilidad laboral, mejoramiento de sus condiciones de vida, etc, de quienes aspiran al cargo.

Lo anterior, para resaltar que el mérito prima como criterio objetivo para permitir el acceso a un empleo público, además que los derechos de quienes superan un concurso público de méritos prevalecen sobre los de las personas que no lo hacen; así mismo, para destacar que las normas de procedimiento referidas en el acápite precedente no son meras disposiciones adjetivas, sino que son instrumentos que materializan los derechos constitucionales al trabajo, estabilidad laboral, igualdad, debido proceso, acceso a cargos públicos, así como al principio al mérito, los cuales, se insiste, constituyen ejes definitorios de la Constitución de 1991.

DECIMO TERCERO: Que, el problema jurídico resuelto en segunda instancia POR EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER MAGISTRADO PONENTE: JULIO EDISSON RAMOS SALAZAR, fue el siguiente:

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.** (NEGRILLA Y LINEA FUERA DE TEXTO)

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. (NEGRILLAS Y LINEA FUERA DE TEXTO)

DECIMO CUARTO: Que, las consideraciones del fallo de segunda instancia expuestas por el tribunal administrativo de Santander magistrado ponente: Julio Edisson Ramos Salazar fueron las siguientes:

(...)

El 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”.

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.** (NEGRILLAS FUERA DE TEXTO)

Nota del tutelante: en este punto se deja en claro que todos los cargos temporales que hayan en una entidad se deben cubrir con listas de elegibles vigente, y no como está haciendo el SENA y la CNSC de proveer solo los que a ellos les parezcan a pesar que existe una orden judicial

- (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.*

Si es bien cierto 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 las mismas vulneran EL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO ya que para empezar tenían un deber legal de 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 Sentencia C-288/14, y así quedo estipulado en los fallos intercomunis

(...)

La interpretación en virtud de la cual no existe una absoluta discrecionalidad del nominador para la realización del proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos, sino que, por el contrario, el mismo está limitado por los principios de la función pública de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, la cual es constitucional, pues permite delimitar la actuación de la administración pública. Esta interpretación exige el cumplimiento de los siguientes parámetros: (i) Para la provisión de los empleos temporales los nominadores deberán solicitar las listas de elegibles a la Comisión Nacional del Servicio Civil anexando como mínimo la información exigida en el artículo 19 de la Ley 909 de 2004. (ii) En caso de ausencia de lista de elegibles se debe dar prioridad a la selección de personas que se encuentren en carrera administrativa, cumplan los requisitos para el cargo y trabajen en la misma entidad. (iii)

(...)

DECIMO QUINTO: Que, el problema jurídico resuelto por EL TRIBUNAL SUPERIOR SALA SEGUNDA DE DECISIÓN SALA LABORAL, fue el siguiente:

(...)

En tal sentido, corresponde a la Sala analizar si las entidades accionadas vulneraron o no los derechos fundamentales aducidos por el accionante, como quiera que el accionante manifiesta que a pesar de ocupar el segundo lugar de elegibilidad en la lista de elegibles No CNSC - 20182120193005 del 24 de diciembre de 2018, dentro del empleo identificado en la Oferta Pública de Empleos No. 61037, 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.** (NEGRILLAS FUERA DE TEXTO).

De lo anterior se advierte que la controversia en el sub lite, no está relacionada con un concurso de méritos; **sino con la utilización de una lista de elegibles vigente para proveer cargos temporales creados con posterioridad al concurso de méritos** (NEGRILLAS FUERA DE TEXTO).

DECIMO SEXTO: Que, Las consideraciones expuestas por parte del TRIBUNAL SUPERIOR SALA SEGUNDA DE DECISIÓN SALA LABORAL, fueron las siguientes:

(...)

El 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”.*

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.** (NEGRILLAS FUERA DE TEXTO)

Nota del tutelante: en este punto se deja en claro que todos los cargos temporales que haya en una entidad se deben cubrir con listas de elegibles vigente, y no como está haciendo el SENA y la CNSC de proveer solo los que a ellos les parezcan a pesar que existe una orden judicial

- (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.*

Nota del tutelante: es de mencionar que EL SENA pretendía que los concursantes eligieran un cargo vacante entre muchos que se encuentran individuales lo que conllevará a que muchos concursantes con buenos puntajes se queden por fuera mientras otros con puntajes inferiores pasen, además como la planta del SENA es Global Y flexible tiene la autonomía para trasladar los cargos e incluso cambiarles los perfiles a los mismos, por tales motivos es necesario que se realice una Audiencia Pública con absolutamente todos los cargos temporales cuya temporalidad ya va para tres años lo que los hace prácticamente provisionales.

La audiencia pública es necesaria para erradicar la posible corrupción de la Administración pública tal como quedo señalado en la Sentencia C-288/14

(...)

1.1.1.1. La necesidad de erradicar la corrupción de la Administración pública

A través del sistema de carrera administrativa también se busca luchar contra la corrupción, pues la misma garantiza la independencia y la transparencia del ingreso a la función pública:

“Se trata, entonces, de erradicar “el clientelismo, el nepotismo o el amiguismo”¹, propósito que guía no sólo al régimen general de carrera administrativa, sino también a los especiales que son de índole constitucional y a los específicos que son “de estipulación legal”². En efecto, según la jurisprudencia constitucional, todos los empleos de carrera administrativa se encuentran sometidos al principio del mérito y en este sentido, aún los específicos de creación legal carecen de identidad propia, es decir, no son autónomos e independientes, puesto que, en realidad, constituyen “una derivación del régimen general de carrera, en cuanto que, debiendo seguir sus principios y postulados básicos, sólo se apartan de éste en aquellos aspectos que pugnan o chocan con la especialidad funcional reconocida a ciertas entidades, justificándose, en estos casos, la expedición de una regulación complementaria más flexible”, pero “manteniendo en todo caso los presupuestos esenciales de la carrera general fijados en la Constitución y desarrollados en la ley general que regula la materia”

DECIMO SEPTIMO: Como se puede demostrar en los puntos anteriores EL SENA y LA CNSC me vulneraron mis derechos fundamentales ya que solo realizaron el nombramiento de 126 cargos temporales cuando el deber legal era proveer las 565 vacantes que actualmente existen en el SENA además que inicialmente me estaban rechazando por un documento que solo puede ser obligatorio para la posesión y varios de los mismos ya se encontraban cargados para el inicio de la convocatoria.

Por tal motivo pido a este Honorable despacho proteger mis derechos fundamentales **LA DIGNIDAD HUMANA, 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 , SEGURIDAD JURÍDICA, PRINCIPIO DE PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL SOBRE LAS FORMAS Y LA LEY ANTITRAMITES**, para lo que además pido muy respetuosamente que decrete las pruebas que se van a solicitar.

D. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES SUSTENTO DE LA PRESENTE TUTELA:

LEY 909 DE 2004 (septiembre 23)

por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

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***

¹ Sentencia de la Corte Constitucional C-901 de 2008. M.P. Mauricio González Cuervo.

² Sobre los distintos tipos de carrera véase la Sentencia C-308 de 2007. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos” (negritas y subrayado fuera de texto).

I. CORTE CONSTITUCIONAL

Sentencia C-288/14

ORGANISMOS Y ENTIDADES PUBLICAS-Aplicación de los principios de la función pública en el ingreso a los empleos temporales

DISCRECIONALIDAD DEL NOMINADOR EN PROCESO DE EVALUACION DE CAPACIDADES Y COMPETENCIAS DE CANDIDATOS PARA PROVISION DE EMPLEOS TEMPORALES-No es absoluta/**EMPLEOS TEMPORALES**-Provisión de la lista de elegibles que debe solicitarse a la Comisión Nacional del Servicio Civil/**EMPLEOS TEMPORALES EN ORGANISMOS O ENTIDADES PUBLICAS**-Publicación de convocatoria en página web de la entidad/**EMPLEOS TEMPORALES EN ORGANISMOS O ENTIDADES PUBLICAS**-Selección de candidatos con mayores capacidades para cumplir con el perfil de competencias en virtud de criterios objetivos

La interpretación en virtud de la cual no existe una absoluta discrecionalidad del nominador para la realización del proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos, sino que, por el contrario, el mismo está limitado por los principios de la función pública de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, la cual es constitucional, pues permite delimitar la actuación de la administración pública. Esta interpretación exige el cumplimiento de los siguientes parámetros: (i) Para la provisión de los empleos temporales los nominadores deberán solicitar las listas de elegibles a la Comisión Nacional del Servicio Civil anexando como mínimo la información exigida en el artículo 19 de la Ley 909 de 2004.

(...)

(...)

En sentencia del diecinueve (19) de junio de dos mil ocho (2008) el Consejo de Estado señaló que el empleo temporal no es de carrera ni de libre nombramiento y remoción:

“Además, resulta entendible el grado de protección que le pretende dar el legislador al empleado temporal, pues si bien no tiene la categoría de empleado de carrera administrativa, tampoco la de uno de libre nombramiento y remoción, como quiera que se trata de personas que forman parte de las listas de elegibles (art. 3°, decreto 1227 de 2005) esto es, que superaron el concurso de méritos y esperan ser nombrados en el periodo de prueba que les permite acceder a la carrera administrativa; de ahí que su designación en un cargo de esta categoría significa la oportunidad preferencial de acceder a un empleo público en forma transitoria mientras se les nombra permanentemente en la planta de personal”³.

(...)

(...)

1.1.1.2. La necesidad de erradicar la corrupción de la Administración pública

A través del sistema de carrera administrativa también se busca luchar contra la corrupción, pues la misma garantiza la independencia y la transparencia del ingreso a la función pública:

“Se trata, entonces, de erradicar “el clientelismo, el nepotismo o el amiguismo”⁴, propósito que guía no sólo al régimen general de carrera administrativa, sino también a los especiales que son de índole

³ Sentencia del Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección segunda. Consejero ponente: Jaime Moreno García, diecinueve (19) de junio de dos mil ocho (2008). Radicación número: 11001-03-25-000-2006-00087-00(1475-06).

⁴ Sentencia de la Corte Constitucional C-901 de 2008. M.P. Mauricio González Cuervo.

constitucional y a los específicos que son “de estipulación legal”⁵. En efecto, según la jurisprudencia constitucional, todos los empleos de carrera administrativa se encuentran sometidos al principio del mérito y en este sentido, aún los específicos de creación legal carecen de identidad propia, es decir, no son autónomos e independientes, puesto que, en realidad, constituyen “una derivación del régimen general de carrera, en cuanto que, debiendo seguir sus principios y postulados básicos, sólo se apartan de éste en aquellos aspectos que pugnan o chocan con la especialidad funcional reconocida a ciertas entidades, justificándose, en estos casos, la expedición de una regulación complementaria más flexible”, pero “manteniendo en todo caso los presupuestos esenciales de la carrera general fijados en la Constitución y desarrollados en la ley general que regula la materia”

LOS PRINCIPIOS DE LA FUNCIÓN PÚBLICA APLICABLES A LOS MECANISMOS DE INGRESO A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA INCLUIDOS LOS NOMBRAMIENTOS EN CARGOS TEMPORALES

La jurisprudencia constitucional ha sostenido que el ejercicio de la potestad del legislador para regular los requisitos de acceso a cargos públicos tiene como finalidad salvaguardar el interés general, garantizar el cumplimiento de la función administrativa en los términos del artículo 209 Superior, y propender por el logro de los fines esenciales del Estado, consagrados en el artículo 2 de las Constitución⁶.

En este sentido, todos los regímenes de ingreso al empleo público constituyen un desarrollo de la función pública y por ello les son aplicables los principios de la misma consagrados en el artículo 209 de la Constitución.

EL PRINCIPIO DE MORALIDAD

El principio de moralidad implica “la garantía de transparencia y publicidad en la toma de decisiones que afectan los derechos e intereses individuales”⁷. En este sentido, la Sentencia C-319 de 1996 ha señalado que “Presupone la transparencia en la gestión pública. Por ello, la doctrina ha entendido de manera general que el principio de moralidad debe presidir toda la actividad administrativa. La actuación adelantada bajo la buena fe es constitutiva del principio de moralidad”⁸.

De la misma manera, en la Sentencia C-046 de 1994 precisó que “este principio no sólo se circunscribe al fuero interno de los servidores públicos, sino que abarca toda la gama del comportamiento que la sociedad en un momento dado espera de quienes manejan los recursos de la comunidad y que no puede ser otro que el de absoluta pulcritud y honestidad”⁹.

En este sentido son manifestaciones del principio de moralidad: (i) el cumplimiento transparente e imparcial de las funciones públicas (arts. 83, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128,

⁵ Sobre los distintos tipos de carrera véase la Sentencia C-308 de 2007. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁶ Sentencia C-651 de 2006 (MP. Clara Inés Vargas Hernández), en la cual la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del inciso 3 del artículo 60 de la Ley 610 de 2000 que dice: “los representantes legales, así como los nominadores y demás funcionarios competentes, deberán abstenerse de nombrar, de dar posesión o celebrar cualquier tipo de contrato con quienes aparezcan en el boletín de responsables, so pena de incurrir en causal de mala conducta, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 60. de la ley 190 de 1995. Para cumplir con esta obligación, en el evento de no contar con esta publicación, los servidores públicos consultarán a la Contraloría General de la República sobre la inclusión de los futuros funcionarios o contratistas en el boletín.” La Corte consideró que era razonable y proporcional establecer este requisito porque era necesario restringir el derecho de acceso a ocupar cargos públicos cuando el legislador quiere garantizar la vigencia de los principios constitucionales como los de prevalencia del interés general, moralidad, transparencia, eficacia y eficiencia administrativa.

⁷ Sentencias de la Corte Constitucional T-238 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; Sentencia C-319 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁸ Sentencia C-319 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁹ En este mismo sentido, ver sentencias: SU-913 de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez; C-643 de 2012, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; C-088 de 2000, M.P. Fabio Morón Díaz; C-1153 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

291, 292 CP); (ii) régimen de inhabilidades incompatibilidades y prohibiciones¹⁰; (iii) establece diferentes acciones y recursos para exigir el cumplimiento de las funciones públicas de acuerdo con la Constitución y la Ley (arts. 87, 89, 92 CP); (iv) el establecimiento de la acción de repetición (art. 90 inciso 2) así como las acciones populares (art. 88 CP) dentro de cuyo objeto se señala expresamente la defensa de la moralidad administrativa¹¹.

En virtud de lo anterior, todos los mecanismos de ingreso a la función pública deben garantizar la transparencia y la defensa de la moralidad administrativa.

LOS PRINCIPIOS DE EFICACIA Y EFICIENCIA

La efectividad de los derechos se desarrolla con base en dos cualidades: la eficacia es relativa al cumplimiento de las determinaciones de la administración y la eficiencia está relacionada con la elección de los medios más adecuados para el cumplimiento de los objetivos¹². En virtud de estos principios se reconoce que la administración necesita un apoyo logístico suficiente, una infraestructura adecuada, un personal calificado y la modernización de ciertos sectores que permitan suponer la transformación de un Estado predominantemente legislativo a un Estado administrativo de prestaciones. El logro de los objetivos y fines del Estado requieren de una función administrativa eficiente que responda a las exigencias del Estado Social de Derecho.¹³

La eficacia de las decisiones consiste en “una específica actitud de la administración para obrar en cumplimiento de sus fines y una exigencia asimismo específica de la realización efectiva de éstos, es decir, de producción de resultados efectivos”¹⁴, sin embargo, no impone un deber de resultado sino una actuación encaminada a su obtención¹⁵ que debe ser analizado desde 3 perspectivas:

- (i) *Desde el punto de vista temporal se exige la agilidad en la toma de decisiones*, es decir, que estas se adopten sin más demoras que las necesarias para garantizar una reflexión ponderada¹⁶.
- (ii) *Desde el punto de vista material se exige la satisfacción regular y continua de la necesidad pública*, tanto colectiva como individual¹⁷, que implica la continuidad en la prestación del servicio, esencial en la configuración de la gestión de los servicios públicos en un Estado social de derecho¹⁸, y que implica su funcionamiento regular y permanente¹⁹.
- (iii) *Desde el punto de vista económico se exige la eficiencia de las actuaciones*, es decir, el parámetro que relaciona el coste de los recursos empleados con los objetivos alcanzados,

¹⁰ Para el caso de los Congresistas (arts. 179 a 186), así como para el caso del Presidente de la República (art. 197 CP) los Magistrados de la Corte Constitucional (arts. 240 y 245 CP), del Consejo Nacional Electoral (art. 264 CP), de los Diputados (art. 299 CP), y confiere al legislador competencia para establecer el de los demás servidores (arts. 123, 150-23, 253, 279, 293, 312 CP)

¹¹ Sentencias de la Corte Constitucional, C-561 de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T- 238 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, C-046 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-319 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa y C-988 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis, entre otras.

¹² Sentencia de la Corte Constitucional T-068 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹³ Sentencia de la Corte Constitucional T-068 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁴ Cotino Hueso, L. (coord.), *Funciones y órganos del Estado constitucional español*, ob. cit., p. 273.

¹⁵ Menéndez Pérez, S., "El principio de eficacia de la función administrativa. Virtualidad práctica: estudio jurisprudencial", en Delgado Barrio, J. (dir.), *Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo*, CGPJ, 1995, p. 21.

¹⁶ PONCE SOLÉ, J., *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 454.

¹⁷ Rivero Ysern, E., *La protección del usuario de los servicios público*, en: Revista de la Administración Pública, núm. 87, 1978, p. 211.

¹⁸ *Ibíd.*, p. 43.

¹⁹ VEDEL, G., *Derecho Administrativo*, Aguilar, Madrid, 1980, pp. 691 y 692; García-Trevijano Fos, J. A., *Tratado de derecho administrativo*, T. II., V. I, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971, p. 29.

lo cual implica en el ámbito jurídico relacionar los beneficios totales de una situación y los costos totales de la misma²⁰.

En todo caso, el principio de eficacia (CP art. 209) no se reduce al simple cumplimiento de las disposiciones y exige, por el contrario, una preocupación por las consecuencias mismas de la decisión, esto es, por la persona destinataria de la acción o de la abstención estatal²¹.

La **eficacia** está contenida en varios preceptos constitucionales como perentoria exigencia de la actividad pública: en el artículo 2º, al prever como uno de los fines esenciales del Estado el de garantizar la efectividad de los principios, deberes y derechos consagrados en la Constitución; en el 209 como principio de obligatorio acatamiento por quienes ejercen la función administrativa; en el 365 como uno de los objetivos en la prestación de los servicios públicos; en los artículos 256 numeral 4o., 268 numeral 2º, 277 numeral 5º y 343, relativos al control de gestión y resultados²².

El principio de eficacia es especialmente importante cuando se trata de procesos administrativos que involucran derechos fundamentales. El acatamiento de las normas del Estado social de derecho impone a los funcionarios una atención especial a la persona y a sus circunstancias²³:

"El principio de eficacia (CP art. 209) no se reduce al simple cumplimiento de las disposiciones y exige, por el contrario, una preocupación por las consecuencias mismas de la decisión, esto es, por la persona destinataria de la acción o de la abstención estatal.

El principio de eficacia es especialmente importante cuando se trata de procesos administrativos que involucran derechos fundamentales. El acatamiento de las normas del Estado social de derecho impone a los funcionarios una atención especial a la persona y a sus circunstancias.

Tratándose de derechos fundamentales, la administración pública está obligada a cumplir con unos resultados y no simplemente con la puesta en obra de unos medios. En este sentido son, por lo menos hasta cierto punto, indiferentes las causas del retraso administrativo. La deliberada negligencia administrativa, las fallas ocasionadas por la ineptitud o incompetencia de los funcionarios o simplemente la ineficacia del sistema, no pueden ser presentadas como razones válidas para disculpar la protección de los derechos de las personas"²⁴.

En virtud de lo anterior, los procesos de ingreso a la función pública deben garantizar la eficiencia y la eficacia de la administración pública a través de sistemas sin dilaciones injustificadas que permitan el ingreso de las personas más capacitadas a la función pública.

IGUALDAD

En virtud del artículo 13 de la Constitución, la administración no debe ejercer discriminaciones injustificadas entre los administrados. Por tanto, debe garantizar el acceso a la administración y a sus funcionarios²⁵. Así, la igualdad hace alusión a la prohibición de tratos irracionales o discriminatorios que no tengan una justificación objetiva y razonable²⁶.

²⁰ PONCE SOLÉ, J., *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, ob. cit., p. 479.

²¹ Sentencia de la Corte Constitucional T-525 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

²² Sentencia T-1701 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

²³ Sentencia T-525 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

²⁴ Sentencia T-205 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

²⁵ Sentencia de la Corte Constitucional, T-489 de 1999, M.P. Martha Victoria Sáchica de Moncaleano.

²⁶ Sentencia de la Corte Constitucional, C-339 de 1996, M.P. Julio César Ortiz Gutierrez.

Sin embargo, a partir de la aparición del Estado Social de Derecho que propugna por una igualdad real y efectiva surge la necesidad, en cabeza de la administración, de otorgar tratamientos distintos a aquellos que por su situación de debilidad manifiesta requieren de medidas especiales para garantizar el goce de sus garantías fundamentales. Esta se ve contenida en la regla que exige “tratar a los iguales de modo igual y a los desiguales en forma desigual”.

La noción actual del principio de igualdad que irradia a la administración pública rebasa el marco de la mera igualdad ante la ley, y por tanto, su actuación exige agregar a faceta negativa, propia del Estado liberal: “una protección positiva encaminada a la superación de injusticias seculares y a la promoción de sectores menos favorecidos, en forma tal que los poderes públicos están avocados a tomar medidas que, al favorecer a determinadas categorías y no a otras, cuando menos disminuyan el efecto nocivo de las talanqueras de orden económico y social que les impiden acceder a la igualdad sustancial; en otras palabras, a las medidas adoptadas se les reconoce un designio compensatorio o reparador de previas desigualdades reales”²⁷.

En este orden de ideas, se hace necesario precisar que la igualdad en la función pública, se define como la semejanza en el trato y oportunidades que debe ofrecer el Estado a sus administrados para acceder a cargos en las entidades públicas²⁸ y la obligación que el mismo tiene de abstenerse en realizar exclusiones o discriminaciones injustificadas que vulneren el acceso a estos cargos para ciudadanos en condiciones desiguales.

EL PRINCIPIO DE ECONOMIA

El principio de economía hace referencia a *“la correcta y eficiente asignación de recursos humanos y materiales destinados para ejecutar una adecuada labor o para el cumplimiento de objetivos, metas y propuesta”*. En relación con este axioma, la Corte se ha referido a éste en la aplicación de casos particulares y ha considerado que constituye una orientación, una pauta, para que el cumplimiento de los fines del Estado se proyecte buscando el mayor beneficio social al menor costo²⁹.

Al aplicar este principio sobre la función administrativa, la sentencia C-300 de 2012³⁰ estableció que: *“(...) el artículo 209 superior indica que la función administrativa debe orientarse, entre otros, por los principios de economía y eficacia. El primero, en armonía con el artículo 334, supone que la Administración debe tomar medidas para ahorrar la mayor cantidad de costos en el cumplimiento de sus fines. El segundo exige a la Administración el cumplimiento cabal de sus fines. En conjuntos, estos principios imponen a la Administración el deber de cumplir sus objetivos con una adecuada relación costo-beneficios, es otras palabras, actuar de forma eficiente”*.

Esta misma línea apreciativa fue sostenida por esta Corporación mediante sentencia C-035 de 1999³¹, en la cual se definió la relación existente entre los principios de celeridad, eficiencia y economía en la función pública, lo cual fue manifestado de la siguiente forma:

*“Los principios de eficacia, economía y celeridad que rigen las actuaciones de las autoridades administrativas, constituyen precisamente orientaciones que deben guiar la actividad de éstas para que la acción de la administración se dirija a **obtener la finalidad o los efectos prácticos a que apuntan las normas constitucionales y legales, buscando el mayor beneficio social al menor costo**. En tal virtud, la observancia de dichos principios no constituye un fin en sí mismo, pues su*

²⁷ Sentencia C-410 de 1994, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

²⁸ En este mismo sentido, ver sentencia C-319 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto;

²⁹ Sentencias de la Corte Constitucional [T-010](#) de 2012, M.P. Alejandro Martínez Caballero; [T-011](#) de 2012, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio y [C-221 de 1992](#), M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-349 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y C-649 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

³⁰ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

³¹ M.P. Antonio Barrera Carbonell.

acatamiento busca precisamente que se convierta en realidad el cumplimiento de los deberes sociales del Estado en materia ambiental. El posible conflicto entre la efectividad de los aludidos principios de la función administrativa y la necesidad de cumplimiento de los deberes sociales del Estado se resuelve en beneficio de esto último, porque es inconcebible que aquéllos predominen sobre el bien superior de atender valiosos deberes sociales del Estado, como son los atinentes a la preservación del ambiente. (...)"

Así las cosas, es evidente que este principio significa adelantar políticas, programas y proyectos, mediante estrategias que reporten un ahorro de tiempo y dinero para la Administración Pública y para los ciudadanos, de manera que toda actuación del Estado deberá hacerse en el menor tiempo posible y con la menor cantidad de dinero que ayude a obtener resultados eficaces. La mejor relación costo beneficio (no solamente en términos monetarios, sino también sociales, ambientales, culturales, etc.) le permite al Estado contar con más recursos para satisfacer las otras necesidades de la población, y en esa medida, se tornan inconstitucionales aquellas medidas cuyo efecto sea elevar los costos de las actuaciones estatales injustificadamente³².

De esta manera, en virtud de este principio, en los procesos de ingreso a la función pública deberán invertirse los recursos necesarios, buscando el mayor beneficio social al menor costo.

EL PRINCIPIO DE CELERIDAD

El principio de celeridad hace referencia a la agilidad en la gestión administrativa y se asocia con el artículo 84 de la Constitución que prohíbe trámites adicionales para el ejercicio de una actividad que ha sido reglamentada.

En virtud del principio de celeridad de la función administrativa, la administración está obligada a *cumplir con agilidad las tareas a cargo de entidades y servidores públicos* y a eliminar los trámites innecesarios. De la misma manera ha considerado que este principio está estrechamente relacionado con el de eficacia.

De esta manera, este principio comporta *"la indispensable agilidad en el cumplimiento de las tareas a cargo de entidades y servidores públicos para lograr que alcancen sus cometidos básicos con prontitud, asegurando que el efecto de su gestión se proyecte oportunamente en la atención de las necesidades y aspiraciones de sus destinatarios"*³³. En los procedimientos de ingreso a la función pública este principio exige que los procesos de selección se realicen sin dilaciones injustificadas que prolonguen indefinidamente la selección de los funcionarios más aptos para la función pública.

EL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD

La jurisprudencia constitucional ha señalado que la garantía de la imparcialidad constituye no sólo un principio constitucional, sino también un derecho fundamental conexo con el derecho al debido pues *dictado el fallo se levanta la reserva que hasta entonces amparaba la investigación. Si el desempeño del poder, en los distintos ámbitos del Estado, fuera clandestino y secreto, no sería posible que el ciudadano pudiera "participar en la conformación, ejercicio y control del poder político" (CP art. 40). La publicidad de las funciones públicas (CP art. 209), es la condición esencial del funcionamiento adecuado de la democracia y del Estado de derecho; sin ella, sus instituciones mutan de naturaleza y dejan de existir como tales"*

En sentencia C-891 de 2002, con ponencia del magistrado Jaime Araújo Rentería, la Corte enfatizó la relación existente entre el sistema democrático de gobierno y el principio de publicidad:

³² Ver sentencia C-300 de 2012, M.M. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

³³ Sentencias T-163 de 1994, M.P. Hernando Herrera Vergara y T-731 de 1998, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

“Pues bien, en procura de la materialización del derecho a participar en las decisiones que afectan o puedan llegar a afectar los legítimos intereses y derechos de los habitantes del país, le corresponde a las entidades estatales suministrarle a las personas oportunamente toda la información que no goce de reserva constitucional o legal; advirtiéndole sí, que esta información oficial debe ser completa, consistente, coherente, verificable, comparable, contextualizada, diáfana y siempre oportuna”.

El principio de publicidad es muy importante en todos los procedimientos de ingreso a la función pública, pues sin el mismo es imposible garantizar la participación ciudadana y los demás principios.

II. SENTENCIA T-453/18

PRINCIPIO DE PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL SOBRE LAS FORMAS-Alcance

PRINCIPIO DE PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL SOBRE LAS FORMAS-
Alcance

PRINCIPIO DE PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL SOBRE LAS FORMAS-
Reiteración de jurisprudencia

5. La prevalencia del derecho sustancial sobre las formas

34. El artículo 228 Superior consagra un mandato para quienes administran justicia, según el cual, el derecho sustancial debe prevalecer en todas las actuaciones. Aunque la existencia de formalidades busca garantizar que exista seguridad jurídica, y el cumplimiento de un debido proceso, la jurisprudencia constitucional ha advertido que algunas exigencias formales que realizan los operadores jurídicos pueden llegar a vulnerar derechos fundamentales.

35. El alcance del mencionado artículo 228 ha sido fijado por esta Corte así:

“Cuando el artículo 228 de la Constitución establece que en las actuaciones de la Administración de Justicia “prevalecerá el derecho sustancial”, está reconociendo que el fin de la actividad jurisdiccional, y del proceso, es la realización de los derechos consagrados en abstracto por el derecho objetivo, y, por consiguiente, la solución de los conflictos de intereses. Es evidente que en relación con la realización de los derechos y la solución de los conflictos, el derecho procesal, y específicamente el proceso, es un medio.”^[50]

36. Este principio orientador de la actividad judicial y de la administración se encuentra directamente ligado al de la justicia material, que ha sido estudiado por esta Corte para resolver diferentes tipos de casos. Así, ha señalado que *“se opone a la aplicación formal y mecánica de la ley en la definición de una determinada situación jurídica. Por el contrario, exige una preocupación por las consecuencias mismas de la decisión y por la persona que es su destinataria, bajo el entendido de que aquella debe implicar y significar una efectiva concreción de los principios, valores y derechos constitucionales”^[51].*

37. En la reciente Sentencia T- 154 de 2018^[52] se reiteró lo dispuesto sobre el alcance de ese principio constitucional en los siguientes términos: *“La aplicación de este principio es de carácter obligatorio dentro de las actuaciones y decisiones de la Administración cuando define situaciones jurídicas, las cuales además de ajustarse al ordenamiento jurídico y de ser proporcionales a los hechos que le sirven de causa o motivo, deben responder a la idea de la justicia material^[53].*

38. De otra parte, también ha señalado esta Corte que cuando un juez o una autoridad administrativa da prioridad a lo formal sobre la efectividad del derecho sustancial, incurre en una vulneración al debido proceso, toda vez que *“por disposición del artículo 228 Superior, las formas no deben convertirse en un obstáculo para la efectividad del derecho sustancial, sino que deben propender por su realización. Es decir, que las normas procesales son un medio para lograr la efectividad de los derechos subjetivos y no fines en sí mismas”^[54]*

39. En criterio de esta Corporación, a partir de una interpretación amplia del artículo 228 de la Constitución, es posible sostener que el principio de supremacía de lo sustancial sobre lo formal aplica tanto en el ámbito judicial como en los procesos administrativos, pues se trata de un escenario en el que se pueden reconocer o vulnerar derechos fundamentales. Por ello, aunque las autoridades administrativas pueden imponer legítimamente requisitos para reconocer derechos o prestaciones, los mismos no pueden convertirse en barreras insuperables, pues esto podría generar una forma de desconocimiento de las garantías constitucionales^[55].

40. Para concluir, las autoridades judiciales y administrativas deben respetar las garantías propias del debido proceso, entre las cuales se encuentra la observancia de las normas procesales. Sin embargo, lo anterior no puede significar que, al aplicarlas de manera automática a todos los casos, se olvide “*la verdad jurídica objetiva evidente en los hechos. Por esa razón, los requisitos formales deben ser ponderados con los principios que conforman el ordenamiento jurídico y así evitar incurrir en la aplicación excesiva de la ritualidad, so pena de desconocer lo consagrado en el artículo 228 de la Constitución.*”^[56]

I. SENTENCIA SU 913 DE 2009 de la Corte Constitucional

(...)

11.1.5 Importa recordar que la línea constitucional transcrita fue retomada a propósito del concurso de notarios por la sentencia C-1040 de 2007, la cual al referirse a las objeciones presidenciales formuladas por el Gobierno Nacional al proyecto de ley No. 105/06 –Senado- y 176/06 -Cámara- “Por el cual se dictan algunas disposiciones sobre el concurso público de acceso a la carrera de notarios y se hacen algunas modificaciones a la Ley 588 de 2000”, reiteró expresamente para este concurso en concreto que “La regulación legal debe respetar las reglas del concurso que se encuentra en trámite.” El fundamento constitucional de dicha conclusión es múltiple: el principio de transparencia de la actividad administrativa se empaña si en contravía de las legítimas expectativas del aspirante, su posición en el concurso se modifica durante su desarrollo; el principio de publicidad (art. 209 C.P.) se afecta si las reglas y condiciones pactadas del concurso se modifican sin el consentimiento de quien desde el comienzo se sujetó a ellas; los principios de moralidad e imparcialidad (ídem) de la función administrativa se desvanecen por la inevitable sospecha de que un cambio sobreviniente en las reglas de juego no podría estar motivado más que en el interés de favorecer a uno de los concursantes; el principio de confianza legítima es violentado si el aspirante no puede descansar en la convicción de que la autoridad se acogerá a las reglas que ella misma se comprometió a respetar; se vulnera el principio de la buena fe (art. 83 C.P.) si la autoridad irrespeta el pacto que suscribió con el particular al diseñar las condiciones en que habría de calificarlo; el orden justo, fin constitutivo del Estado (art. 2º C.P.), se vulnera si la autoridad desconoce el código de comportamiento implícito en las condiciones de participación del concurso, y, en fin, distintos principios de raigambre constitucional como la igualdad, la dignidad humana, el trabajo, etc., se ven comprometidos cuando la autoridad competente transforma las condiciones y requisitos de participación y calificación de un concurso de estas características. Adicionalmente, el derecho que todo ciudadano tiene al acceso a cargos públicos, consagrado en el artículo 40 constitucional, se ve vulnerado si durante el trámite de un concurso abierto, en el que debe operar el principio de transparencia, se modifican las condiciones de acceso y evaluación [...].”

Lo hasta aquí precisado autoriza concluir que no es posible desconocer derechos válidamente adquiridos por las concursantes una vez finalizadas todas las etapas del concurso.” (NEGRILLAS FUERA DEL TEXTO ORIGINAL).

La Constitución de 1991 señaló que el principio constitucional del mérito se materializa a través del concurso público, el cual, tiene como finalidad “evitar que criterios diferentes a él sean los factores determinantes del ingreso, la permanencia y el ascenso en carrera administrativa - Corte Constitucional, Sentencia C-901 de 2008, M.P. Mauricio González Cuervo – Corte Constitucional, Sentencia C-588 del 27 de agosto de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Por lo anterior queda claro que el concurso público, es un procedimiento mediante el cual se garantiza que la selección de los aspirantes para ocupar cargos públicos se funde en la “evaluación y en la determinación de la capacidad e idoneidad de éstos para desempeñar las funciones y asumir las responsabilidades propias de un cargo”. De esta manera, “se impide la arbitrariedad del nominador y que, en lugar del mérito, favorezca criterios ‘subjetivos e irrazonables, tales como la filiación política del aspirante, su lugar de origen (...), motivos ocultos, preferencias personales, animadversión o criterios tales como el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, la lengua, la religión, o la opinión pública o filosófica, para descalificar al aspirante – Corte Constitucional, Sentencia C-211 de 2007, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Ahora bien, la Corte Constitucional ha manifestado que el concurso, además de buscar la selección objetiva para acceder a los cargos públicos, conlleva una consecuencia adicional, y es que, una vez culminado dicho proceso por el cual se han establecido los resultados de cada aspirante en cada una de las pruebas y ponderado los factores objetivos y subjetivos requeridos para ocupar el respectivo cargo, se nombre al participante más capacitado, es decir, aquel que ocupó el primer lugar.

La Sentencia C-588 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, señaló que “(...) la evaluación de factores objetivos y subjetivos, tiene, a juicio de la Corte, una consecuencia adicional que es la designación de quien ocupe el primer lugar. En efecto, de acuerdo con la Corporación, ‘cuando se fijan en forma precisa y concreta cuáles son las condiciones que han de concurrir en los aspirantes y se establecen las pautas o procedimientos con arreglo a los cuales se han de regir los concursos, no existe posibilidad legítima alguna para desconocerlos y una vez apreciados éstos quien ocupará el cargo será quien haya obtenido mayor puntuación’, pues de nada serviría el concurso si, a pesar de haberse realizado, ‘el nominador puede elegir al candidato de sus preferencias’ – Corte Constitucional, Sentencia C-040 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz. – Corte Constitucional, Sentencia C-588 del 27 de agosto de 2009,

M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

En consecuencia, culminadas las etapas del concurso público, se crea, en cabeza de aspirante que ocupe el primer lugar, un derecho a ser nombrado al cargo público, derecho que no puede ser desconocido por el nominador, pues de hacerlo estaría trasgrediendo la naturaleza de dicho proceso y, por lo tanto, iría en contra del principio constitucional del mérito”.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Declarar **EXEQUIBLE**, por el cargo analizado, el artículo 145 de la Ley 201 de 1995, en el entendido de que cuando se trate de proveer una vacante de grado igual, correspondiente a la misma denominación, el empleo de la lista de elegibles es un

deber y no una facultad del nominador, e **INEXEQUIBLE** la expresión "o inferior" del mismo artículo.

F. FUNDAMENTO DE LA VIOLACIÓN DE MIS DERECHOS FUNDAMENTALES Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

(i) VIOLACION AL DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA.

Artículo 1 de la Constitución Nacional

Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, **fundada en el respeto de la dignidad humana**, (negrilla y línea fuera de texto).

(...)

Es de resaltar que el trato que me está dando Tanto El SENA como LA CNSC Van en contra de la Dignidad Humana por lo que pido que se me proteja este derecho fundamental al ser un trato Indigno, ya que me encontraba entre los elegibles para cargos temporales, y a pesar que eran 565 cargos el SENA solo saco a proveer 126 cargos y hasta el momento se está negando a realizar mi nombramiento en un cargo temporal.

- (i) **VIOLACION AL DERECHO DE LA GARANTIA Y EFECTIVIDAD DE LA PROTECCION DE LOS DERECHOS POR PARTE DEL ESTADO** Artículo 2 de la Constitución Nacional que dice que Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y **garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución** línea y negrilla fuera de texto. En este punto es de resaltar que si desde el 05 de noviembre de 2018 existen listas vigentes de elegibles por qué EL SENA Y LA CNSC han realizado nuevos nombramientos en cargos temporales con personas que no se encuentran en las listas de elegibles de la convocatoria 436 de 2017 violando esta Garantía Constitucional, además EL SENA tiene la obligación legal de cubrir todos los cargos temporales con listas de elegibles y de esa manera quedo plasmado en los fallos.

- (iii) **VIOLACIÓN AL DERECHO DE IGUALDAD.** Artículo 13 de la Constitución Política.

Como lo mencioné anteriormente, es evidente que la CNSC Y EL SENA no me está dando un trato igual que a los demás concursantes,

IGUALDAD-Pilar fundamental/DERECHO A LA IGUALDAD-Concepto relacional/TRATO IGUAL A LOS IGUALES Y DESIGUAL A LOS DESIGUALES-Jurisprudencia constitucional/IGUALDAD-Exige el mismo trato para los entes y hechos que se encuentren cobijados bajo una misma hipótesis y una distinta regulación respecto de los que presentan características desiguales.

En este ámbito la Corte Constitucional en sentencia C-195 de 1994, expresó:

"...como lo ha reiterado esta Corporación, la igualdad no implica una identidad absoluta, sino la proporcionalidad. Es decir, en virtud del merecimiento hay una adecuación entre el empleado y el cargo, sin interferencias ajenas a la eficiencia y eficacia..."

Quiero ser reiterativo en que se me viola flagrantemente por parte de **la CNSC Y EL SENA**, el derecho fundamental a la igualdad, por cuanto, como ya se ha demostrado en los acápites que anteceden, y se seguirá vulnerando hasta tanto no se cubran los 565 cargos con la denominación de Instructor que actualmente existen en EL SENA ya que, si hay una gran expectativa con los cargos provisionales según la LEY 1960 DE 2019, más aún la hay con los cargos temporales. Con lo cual se demuestra la violación al derecho a la igualdad.

"...como lo ha reiterado esta Corporación, la igualdad no implica una identidad absoluta, sino la proporcionalidad. Es decir, en virtud del merecimiento hay una adecuación entre el empleado y el cargo, sin interferencias ajenas a la eficiencia y eficacia..."

- (iv) **VIOLACIÓN AL DERECHO AL TRABAJO EN CONDICIONES DIGNAS Y JUSTAS, ARTÍCULO 25 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA EN CONEXIÓN CON EL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO:** Este derecho está contemplado en la Constitución Nacional y el SENA Y LA CNSC me lo está vulnerando, al no respetar la forma en proveer los cargos temporales una vez existen listas de elegibles vigentes en la respectiva entidad.
- (v) **VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO,** artículo 29 de la Constitución Política: Con referencia a este punto la CNSC Y EL SENA, han violado el debido proceso Administrativo al no respetar la forma en proveer los cargos temporales una vez existen listas de elegibles vigentes en la respectiva entidad y más cuando existen fallos judiciales con efectos intercomunis.

Al respecto en la sentencia T-051/16, con ponencia del H. Magistrado Dr. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, ha sido definido por la H. Corte Constitucional en los siguientes términos:

*"El debido proceso es un derecho constitucional fundamental, regulado en el Artículo 29 Superior, aplicable a toda clase de actuaciones administrativas y judiciales, en procura de que los habitantes del territorio nacional puedan acceder a mecanismos justos, que permitan cumplir con los fines esenciales del Estado, entre ellos, la convivencia pacífica, la cual cobra gran relevancia en materia de tránsito.*³⁴

Este derecho fundamental, para quienes tengan a su cargo el desarrollo de un proceso judicial o administrativo, implica la obligación de mantenerse al tanto de las modificaciones al marco jurídico que regula sus funciones, pues de lo contrario, su conducta puede acarrear la ejecución de actividades que no les han sido asignadas o su ejecución conforme con un proceso no determinado legalmente.

Frente a este particular, resulta adecuado traer a colación el Artículo 6º Superior, en cuanto dispone que todo servidor público responde por infringir la Constitución y la ley y por la "omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones", en concordancia con el Artículo 121 del mismo texto, en el que se determina que aquellos pueden ejecutar únicamente las funciones que se determinen en la Constitución y en la ley.

En tal virtud, el principio de legalidad es una restricción al ejercicio del poder público, en atención a la cual "las autoridades estatales no podrán actuar en forma omnimoda, sino dentro del marco jurídico definido democráticamente, respetando las formas propias de cada juicio y asegurando la efectividad de aquellos mandatos que garantizan a las personas el ejercicio pleno de sus derechos. Por otro lado, desde la perspectiva de los ciudadanos inmersos en una actuación administrativa o judicial, el debido proceso constituye una garantía para el acceso a la administración de justicia, de tal forma que puedan conocer las decisiones que los afecten e intervenir, en términos de igualdad y transparencia, para procurar la protección de sus derechos e intereses legítimos. En este sentido, el debido proceso se concibe como un escudo protector frente a una posible actuación abusiva de las autoridades, cuando estas se desvíen, de manera injusta, de la regulación jurídica vigente." (Subraya la Sala).

³⁴ Sentencia C-214 de 1994. "En esencia, el derecho al debido proceso tiene la función de defender y preservar el valor de la justicia reconocida en el preámbulo de la Carta Fundamental, como una garantía de la convivencia social de los integrantes de la comunidad nacional".

De lo expuesto se tiene que el derecho fundamental al debido proceso administrativo, conlleva de las actuaciones administrativas acatamiento y sumisión plena a la Constitución y a las leyes en el ejercicio de sus funciones, lo cual se materializa en la regulación jurídica previa que constriñe su actuar, de tal forma que no sea arbitraria sino sometida a normas legales, respondiendo así al principio de legalidad y respetando las formas propias de cada juicio, con el de garantizar la protección de los derechos de los administrados.

De igual manera en Sentencia C-214 de 1994. "En esencia, el derecho al debido proceso tiene la función de defender y preservar el valor de la justicia reconocida en el preámbulo de la Carta Fundamental, como una garantía de la convivencia social de los integrantes de la comunidad nacional.

En este punto es de mencionar que ya se comprobó con este escrito de tutela que se vulneró este derecho fundamental cuando no se le da cumplimiento a las normas de Carrera y de la provisión de los empleos temporales, además el omitir realizar UNA AUDIENCIA PUBLICA POR AREAS TEMATICAS CON TODOS LOS CARGOS TEMPORALES QUE EXISTEN EN EL SENA.

(vi) Violación a la confianza legítima, seguridad jurídica y buena fe, artículo 83 de la Constitución Política:

Consagra el artículo 83 C.P. que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presume en todas las gestiones que se adelanten ante ellas.

Se entiende que cuando una entidad pública efectúa una convocatoria para proveer un empleo de carrera administrativa, es porque indudablemente existe el cargo y carece de toda razonabilidad someter a un particular interesado en el mismo a las pruebas, exámenes y entrevistas que pueden resultar tensionantes para la mayoría de las personas, sin que el proceso adelantado y sus resultados se traduzcan en el efectivo nombramiento

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que el principio de la confianza legítima (Sentencia T-472-09, Magistrado Ponente Dr. Jorge Iván Palacio Palacio) consiste en una proyección de la buena fe que debe gobernar la relación entre las autoridades y los particulares, partiendo de la necesidad que tienen los administrados de ser protegidos frente a actos arbitrarios, repentinos, improvisados o similares por parte del Estado. Igualmente, ha señalado que este principio propende por la protección de los particulares para que no sean vulneradas las expectativas fundadas que se habían hecho sobre la base de acciones u omisiones estatales prolongadas en el tiempo, y consentido expresa o tácitamente por la administración ya sea que se trate de comportamientos activos o pasivos, regulación legal o interpretación normativa.

En cuanto a la relación con otros principios, ha dicho la Corte que la confianza legítima debe ponderarse con la salvaguarda del interés general, el principio de buena fe, el principio de proporcionalidad, el principio democrático, el de seguridad jurídica y respeto al acto propio, entre otros.

Este principio ha sido principalmente utilizado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional como un mecanismo para armonizar y conciliar casos en que la administración en su condición de autoridad, por acción o por omisión ha creado expectativas favorables a los administrados y de forma abrupta elimina esas condiciones.

Es así, que los principios de **confianza legítima, seguridad jurídica y buena fe**, han sido violentados por cuanto, LA CNSCY EL SENA se niegan a Realizar mi nombramiento en periodo de prueba a pesar que actualmente existen los cargos y tienen nombradas personas que no concursaron.

- (iv) VIOLACIÓN A LA LEY ANTI TRAMITES LEY 19 DE 2012.** En este punto es de resaltar que el SENA se inventó unos requisitos de cargar documentos que no se encontraban estipulados en el el acuerdo No. **20171000000116 del 24 de julio de 2017**, por medio del cual se convocó a proceso de selección (Convocatoria 436 de 2017) para proveer

definitivamente por concurso abierto de méritos, los empleos vacantes pertenecientes al Sistema, ya que estos documentos solo se deben pedir para el momento del nombramiento ya que el no aportarlos a tiempo demoran la posesión mas no excluyen de la convocatoria al ser documentos de tramite tal como lo hizo el SENA que me dejaron pro fuera de los nombramientos, posesionando a personas que tenían menos puntaje que el mío.

(v) Violación al principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal.

El artículo 228 Superior consagra un mandato para quienes administran justicia, según el cual, el derecho sustancial debe prevalecer en todas las actuaciones. Aunque la existencia de formalidades busca garantizar que exista seguridad jurídica, y el cumplimiento de un debido proceso, la jurisprudencia constitucional ha advertido que algunas exigencias formales que realizan los operadores jurídicos pueden llegar a vulnerar derechos fundamentales.

35. El alcance del mencionado artículo 228 ha sido fijado por esta Corte así:

“Cuando el artículo 228 de la Constitución establece que en las actuaciones de la Administración de Justicia “prevalecerá el derecho sustancial”, está reconociendo que el fin de la actividad jurisdiccional, y del proceso, es la realización de los derechos consagrados en abstracto por el derecho objetivo, y, por consiguiente, la solución de los conflictos de intereses. Es evidente que, en relación con la realización de los derechos y la solución de los conflictos, el derecho procesal, y específicamente el proceso, es un medio.”^[50]

36. Este principio orientador de la actividad judicial y de la administración se encuentra directamente ligado al de la justicia material, que ha sido estudiado por esta Corte para resolver diferentes tipos de casos. Así, ha señalado que *“se opone a la aplicación formal y mecánica de la ley en la definición de una determinada situación jurídica. Por el contrario, exige una preocupación por las consecuencias mismas de la decisión y por la persona que es su destinataria, bajo el entendido de que aquella debe implicar y significar una efectiva concreción de los principios, valores y derechos constitucionales”*^[51].

37. En la reciente Sentencia T- 154 de 2018^[52] se reiteró lo dispuesto sobre el alcance de ese principio constitucional en los siguientes términos: *“La aplicación de este principio es de carácter obligatorio dentro de las actuaciones y decisiones de la Administración cuando define situaciones jurídicas, las cuales además de ajustarse al ordenamiento jurídico y de ser proporcionales a los hechos que le sirven de causa o motivo, deben responder a la idea de la justicia material”*^[53].

38. De otra parte, también ha señalado esta Corte que cuando un juez o una autoridad administrativa da prioridad a lo formal sobre la efectividad del derecho sustancial, incurre en una vulneración al debido proceso, toda vez que *“por disposición del artículo 228 Superior, las formas no deben convertirse en un obstáculo para la efectividad del derecho sustancial, sino que deben propender por su realización. Es decir, que las normas procesales son un medio para lograr la efectividad de los derechos subjetivos y no fines en sí mismas”*^[54]

39. En criterio de esta Corporación, a partir de una interpretación amplia del artículo 228 de la Constitución, es posible sostener que el principio de supremacía de lo sustancial sobre lo formal aplica tanto en el ámbito judicial como en los procesos administrativos, pues se trata de un escenario en el que se pueden reconocer o vulnerar derechos fundamentales. Por ello, aunque las autoridades administrativas pueden imponer legítimamente requisitos para reconocer derechos o prestaciones, los mismos no pueden convertirse en barreras insuperables, pues esto podría generar una forma de desconocimiento de las garantías constitucionales^[55].

40. Para concluir, las autoridades judiciales y administrativas deben respetar las garantías propias del debido proceso, entre las cuales se encuentra la observancia de las normas procesales. Sin embargo, lo anterior no puede significar que, al aplicarlas de manera automática a todos los casos, se olvide *“la verdad jurídica objetiva evidente en los hechos. Por esa razón, los requisitos formales deben ser*

ponderados con los principios que conforman el ordenamiento jurídico y así evitar incurrir en la aplicación excesiva de la ritualidad, so pena de desconocer lo consagrado en el artículo 228 de la Constitución.”^[56]

En este punto es de resaltar que EL SENA prácticamente me excluyo de los nombramientos por un requisito de trámite que solo se podía exigir para la posesión.

G. CONCEPTO DE LA VULNERACIÓN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ANTES INDICADOS

Tal como lo indicó la Honorable Corte Constitucional en la SENTENCIA DE UNIFICACION SU 913 DE 2009, cuando la administración establece “las bases de un concurso, estas se convierten en reglas particulares obligatorias tanto para los participantes como para aquélla; es decir, que a través de dichas reglas la administración se **autovincula y autocontrola**, en el sentido de que debe respetarlas y que su actividad, en cuanto a la selección de los aspirantes que califiquen para acceder al empleo o empleos correspondientes, se encuentra previamente regulada, de modo que no puede actuar en forma discrecional al realizar dicha selección.

En el caso que nos ocupa la **CNSC Y EL SENA** reglamentó todo lo relacionado con la Convocatoria, es decir, sentó las bases sobre las cuales se habría de desarrollar esta, las cuales fueron acatadas y superadas en su totalidad por el suscrito, por ende resulta manifiestamente inconstitucional que **LA CNSC Y EL SENA** se nieguen a realizar mi nombramiento de prueba y me excluyan por no haber cargado un documento que solo podría ser exigible para la posesión y el no aportarlo solo demoraría mi posesión no debe traer como consecuencia mi exclusión para nombrar otros concursantes con menos puntaje que el mío. Lo anterior ya que no se puede omitir este derecho adquirido de mi nombramiento en un cargo temporal, pues de ser así, se deslegitima la entidad y al Estado mismo del cual esta hace parte, pues provoca en la comunidad, en los concursantes, el temor de que dichas reglas de juego, no se siguen para beneficiar a unos pocos.

La CNSC Y EL SENA, no respetaron las normas de Carrera, impidiendo igualmente el acceso a un cargo público por parte del suscrito en un cargo temporal.

H. AUTORIDAD AUTORA DEL QUEBRANTAMIENTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La acción de Tutela que se formula va dirigida contra LA CNSC Y EL SENA ya que dentro de sus deberes y funciones según el ARTÍCULO 251.

I. FUNDAMENTOS DE LA ACCION

Esta acción se impetra como medida transitoria para evitar, prevenir la consumación de un perjuicio irremediable.

A voces de la Corte Constitucional (Sentencia T 348 de 1998), en jurisprudencia, perjuicio irremediable *"es el daño causado a un bien jurídico como consecuencia de acciones u omisiones manifiestamente ilegítimas y contrarias a derecho que, una vez producido, es irreversible y por tanto no puede ser retornado a su estado anterior (...)* La Corte ha considerado que la acción de tutela es procedente para evitar un perjuicio irremediable cuando concurren los siguientes requisitos: (1) el perjuicio es inminente, es decir, que se producirá indefectiblemente si no opera la protección judicial transitoria; (2) las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio deben ser urgentes; (3) el daño o menoscabo ha de ser grave, esto es, que una vez que aquel se haya producido es imposible retornar la situación a su estado anterior; y, (4) la urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable.” (cursiva y subrayas propias).

Con la negativa de la CNSC y el SENA de cumplir las normas de carrera y respetar el Debido Proceso Administrativo realizando mi nombramiento en un cargo temporal el cual se debe dar en cumplimiento de órdenes judiciales con efectos intercomunis y con dicha negativa conlleva a que se estén

amenazando los derechos fundamentales antes indicados, generándose para el actor un perjuicio inminente, pues se le está negando una posibilidad de acceder a un cargo público vía mérito, a pesar de que Cuento Con derechos adquiridos, generando con ello el resquebrajamiento a la confianza legítima y buena fe, que debe tener todo ciudadano en sus instituciones como lo es LA CNSC Y EL SENA.

J. PETICIONES

PRIMERO. Que, se restablezcan los derechos fundamentales A LA DIGNIDAD HUMANA, 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 , SEGURIDAD JURÍDICA, PRINCIPIO DE PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL SOBRE LAS FORMAS Y LA LEY ANTITRAMITES Y LOS QUE EL DESPACHO CONSIDERE PERTINENTES, VULNERADOS U AMENAZADOS, de **CARLOS GILBERTO BALLESTEROS RODRÍGUEZ**, mayor de edad e identificado con cédula de ciudadanía No **79.857.254** y se ordene de manera inmediata a la **CNSC** y al SENA realizar su nombramiento en uno de los 565 cargos temporales que actualmente existen en el SENA Con la denominación de Instructor, ya que El accionante no puede ser rechazado ni excluido de la convocatoria por un documento de trámite que solo podría ser exigido para su posesión y el no aportarlo solo demoraría su posesión mas no su exclusión, sumado a que dicho cargue de documentos no se encontraba estipulado en el acuerdo de la convocatoria, además que EL SENA no puede solicitar documentos adicionales en una convocatoria ya que según el artículo 130 de la CN solamente sería competencia de la CNSC.

SEGUNDO: 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.

I. PETICION ESPECIAL

Con el fin de evitar vulneraciones de derechos a terceros, se ordene que, dentro de las 24 horas siguientes a la comunicación del auto admisorio de la tutela, se publique en la página web de La CNSC Y EL SENA, la existencia de esta acción para efectos de dar a conocer la misma a quienes eventualmente pudieran salir afectados con la decisión que resuelva la acción pública.

VINCULAR al trámite de la presente tutela a los (las) funcionarios(as) temporales que desempeñan los cargos de interés ofertados de LA CNSC Y EL SENA.

VINCULAR al trámite de la presente tutela a todos los concursantes que se presentaron al cargo de interés, **INSTRUCTOR CODIGO 3010 GRADO 1.**

J. DECRETO DE PRUEBAS

Solicito muy respetuosamente al señor Juez que ordene y solicite al SENA las siguientes pruebas:

Que al contestar la demanda EL SENA informe a este despacho:

- Cuantas personas posesionaron en los cargos temporales con la denominación de instructor en cumplimiento de fallos judiciales con efectos intercomunis, y la fecha de cada posesión.
- Informar el puntaje de cada uno de los concursantes de la convocatoria 436 de 2017 posesionados por órdenes judiciales.
- Informar cuantos nombramientos temporales con la denominación Instructor han realizado usando listas de elegibles de la convocatoria 436 de 2017, con personas

que no se encuentran en las listas vigentes de la convocatoria 436 de 2017.

K. PRUEBAS

1. Copia del Acuerdo de la Convocatoria.
2. Copia de mi resolución de lista de elegibles.
3. Copia del fallo de la tutela de segunda instancia No. 11001 31 10 005 2020 00401 00 de fecha 14 de octubre de 2020 emitido por el TRIBUNAL SUPERIOR SALA SEGUNDA DE DECISION SALA LABORAL.
4. Copia fallo de TUTELA INTERPUESTA MASIVAMENTE del proceso No. 2020-00213-00 emitido por El JUZGADO TRECE ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA de fecha 23 de octubre de 2020.
5. Copia fallo de TUTELA INTERPUESTA MASIVAMENTE del proceso No. 2020-00213-01 emitido por EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER MAGISTRADO PONENTE.

K. DERECHO

Como fundamento legal de la acción incoada, me permito citar al Honorable Tribunal los artículos 1, 13, 25, 29, 83, 86 y 125 de la Constitución Política de 1991. Y artículo 66 de la Ley 938 de 2004.

L. COMPETENCIA

Es usted competente señor Juez, por la naturaleza constitucional del asunto, por tener jurisdicción en el lugar donde ocurrió la vulneración y amenaza de los derechos fundamentales invocados conforme al artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 y el Decreto 1382 de 2000, ya que las tutelas impetradas contra EL SENA Y LA CNSC, las deben conocer en primera instancia los juzgados civiles del Circuito o los juzgados administrativos.

M. JURAMENTO

Bajo la gravedad del juramento, manifiesto que no he instaurado otra acción de tutela con fundamento en los mismos hechos y derechos materia de esta acción, según lo dispuesto en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991.

N. NOTIFICACIONES

LAS ACCIONADAS:

- COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC Dirección: Carrera 16 No. 96 - 64, Piso 7 - Bogotá D.C., Colombia. Teléfono: 01900 3311011
Correo notificaciones judiciales: atencionalciudadano@cncs.gov.co
- EL SENA Dirección: calle 57 No 8-69 en Bogotá, Tel. 546-1500

EL ACCIONANTE:

Recibo notificaciones en la siguiente dirección: carrea 14 No 151- 60 apartamento 410 bloque 2, Bogotá, celular: 3142183479, correo electrónico: carlosballesteros.17@hotmail.com

Atentamente,

Carlos Gilberto Ballesteros Rodríguez

CARLOS GILBERTO BALLESTEROS RODRÍGUEZ
CC 79.857.254