

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO VEINTE ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
Medellín, veintitrés (23) de octubre de dos mil veinte (2020)

RADICADO	05001 33 33 020 2020-00225 00
PROCESO	ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE	DAVID LONDOÑO GONZÁLEZ
ACCIONADA	COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA
SENTENCIA	99
ASUNTO	NIEGA TUTELA

Con base en las facultades constitucionales y legales consagradas en el artículo 86 de la Carta Política, en el Decreto 2591 de 1991 y demás normas concordantes, procede el Despacho a proferir sentencia dentro de la ACCIÓN DE TUTELA incoada por **DAVID LONDOÑO GONZÁLEZ** en contra de la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC** y el **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA**

ANTECEDENTES

Manifiesta el accionante que, luego de participar en la Convocatoria 436 de 2017 adelantada por la COMISIÓN NACIONAL DEL SVICIO CIVIL para proveer por concurso abierto de méritos de manera definitiva los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, fue incluido mediante la Resolución No 20182120195175 del 24 de diciembre de 2018 en la lista elegibles para proveer **una (01) vacante de la OPEC 60479, para el cargo de INSTRUCTOR, Código 3010, grado 1,** dentro de la cual ocupa el puesto número tres (3) de elegibilidad con un puntaje definitivo de 76.82

Señala que, con posterioridad a la apertura del concurso público de méritos, mediante el Decreto 553 del 30 de marzo de 2017, el Gobierno Nacional aprobó la creación de ochocientos (800) empleos temporales en la planta de personal del Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA- para la atención y ejecución de los programas: AGROSENA, SENNOVA y BILINGÜISMO, sin que para su provisión se

hayan tenido en cuenta las listas de elegibles derivadas de la Convocatoria 436 de 2017.

Aduce que, desde los meses de junio y julio de 2019, junto con otros elegibles, ha petitionado ante el SENA y la CNSC con la finalidad que se utilicen las listas elegibles derivadas de la convocatoria 436 de 2017, las cuales quedaron en firme a través de los actos administrativos proferidos a partir del mes de octubre de 2018, en adelante.

El actor reconoce que, si bien cuando se crearon los empleos temporales en el año 2017 todavía no existía listas de elegibles en firme, derivadas de la Convocatoria 436 que pudieran tenerse como insumo para su provisión, no obstante, señala que la vigencia de los empleos temporales se ha ido prolongando en el tiempo, razón por la cual en cumplimiento de la sentencia C 288 de 2014 y demás disposiciones normativas que rigen la materia, considera que las entidades accionadas han debido acudir, en primer orden, a las listas de elegibles vigentes para efectuar su provisión.

Señala que el pasado 02 de octubre de 2020, recibió comunicación electrónica por parte del SENA, en la que se le solicita manifestar su voluntad de interés o rechazo para, en aplicación de la lista de elegibles, optar a alguna de las vacantes de la planta de empleos temporales de la entidad, en consideración a que en virtud de la expedición del Decreto 2357 del 26 de diciembre de 2019, se amplió hasta el 31 de diciembre de 2021 la vigencia de los empleos temporales de la planta de personal del Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA- para la atención y ejecución de los programas: AGROSENA, SENNOVA y BILINGÜISMO.

Sin embargo, el actor señala que en dicha comunicación se le exige postularle únicamente a una (1) de las vacantes previamente seleccionadas por la entidad, desconociendo el derecho a que se realice audiencia pública por áreas temáticas para la selección del empleo entre todas las vacantes temporales, de acuerdo al orden de mérito establecido en la respectiva lista de elegibles.

Advierte que, para tal postulación, se encuentra habilitado el aplicativo web de la Agencia Pública de Empleo del SENA –APE <https://agenciapublicadeempleo.sena.edu.co> (Módulo Convocatorias Especiales) entre el 8 de octubre y hasta el 12 de octubre de 2020, motivo por el cual, considera que es posible que, mientras se falle la acción de tutela, el SENA pueda realizar nombramientos de las vacantes en mención, con total prescindencia de audiencia pública, generando así un perjuicio irremediable.

Agrega además que, el SENA pretende que los concursantes elijan un cargo vacante entre muchos que se encuentran individuales, lo que conllevaría a que muchos

concurantes con buenos puntajes se queden por fuera, mientras otros con puntajes inferiores pasen. Así mismo, afirma que 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, de cara a evitar prácticas de corrupción en la administración pública.

En ese sentido, sostiene que se están desconociendo sus derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, al debido proceso administrativo y al acceso a cargos y funciones públicas a través del mérito, así como los principios de buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica, entre otros. Por tal motivo, solicita que se tutelen sus garantías fundamentales y, en consecuencia, se ordene: 1) a la CNSC y al SENA, realizar una recomposición de las listas del banco de listas de elegibles en estricto orden de mérito para proveer todos los empleos denominados INSTRUCTOR de la Planta Temporal del SENA, de acuerdo a su similitud funcional con los cargos temporales; 2) 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 realice una audiencia pública (virtual) para proveer todos los empleos denominados INSTRUCTOR de la Planta Temporal del SENA, con la finalidad de que los nombramientos se realicen en estricto orden de Mérito.

Finalmente, solicita que, en caso de encontrarse en posición meritoria, se proceda con su nombramiento en un cargo temporal, dentro de las 48 horas siguientes.

ACTUACIÓN PROCESAL

Por reunir los requisitos del artículo 86 de la Constitución Política, los artículos 13 y 14 del Decreto 2591 de 1991 y en atención a la prelación Constitucional y legal del presente mecanismo, este Despacho judicial mediante auto del 08 de octubre de 2020¹, admitió la presente acción de tutela y decretó como media cautelar la SUSPENSIÓN del cronograma de postulación establecido entre el 08 y 12 de octubre de 2020, para que las personas que hagan parte de la lista de elegibles remitida por la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, puedan manifestar su voluntad de interés o rechazo para optar a la provisión de los empleos de la planta temporal del SENA que se encuentran vacantes.

De igual modo, se ordenó la publicación de la presente acción en la página web de las entidades accionadas y se dispuso su notificación, concediéndoles un término de dos (2) días hábiles para que se pronunciaran al respecto y solicitaran las

¹ 04AutoAdmisorio

pruebas que consideraran pertinentes. La notificación ordenada se surtió mediante correo electrónico institucional².

POSICIÓN DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS

La **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**, mediante memorial de contestación radicado vía correo electrónico el 13 de octubre de 2020³, solicita que se declare la improcedencia de la presente acción constitucional ante la inexistente vulneración de los derechos fundamentales invocados por la accionante.

En primer lugar, manifiesta que el acceso a los empleos que hacen parte de las plantas temporales, en primera instancia, toma como insumo las listas de elegibles vigentes expedidas por la CNSC, sin que dicho uso ocasione el retiro de dichas listas; así mismo, expone que en caso de no encontrarse listas disponibles, se deberá proveer a través del derecho preferencial al encargo, y en el evento de no existir empleados de carrera que cumplan con los requisitos, las entidades deberán realizar un proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos.

En ese sentido, señala que, siguiendo las directrices impartidas por la Corte Constitucional, la CNSC adoptó lineamientos al respecto, a través de la Circular No. 005 del 18 de septiembre de 2014, el Criterio Unificado de Provisión de Empleos de Plantas Temporales del 11 de febrero de 2016, y la Circular No. 2018100000107 del 28 de diciembre de 2018, estableciendo el trámite a seguir frente a las solicitudes elevadas por las entidades a la CNSC para el uso de las listas de elegibles para la provisión de empleos temporales.

En segundo lugar, informa una vez consultado el Sistema de Apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad – SIMO se comprobó que en el marco del proceso de selección 436 de 2017 – SENA, el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE ofertó una (1) vacante para proveer el empleo identificado con el Código OPEC 60479 Denominado Instructor, Código 3010, Grado 1. Agrega que agotadas las fases del concurso mediante Resolución No. CNSC – 20182120195175 del 24 de diciembre de 2018 se conformó Lista de Elegibles para proveer la vacante ofertada, la cual actualmente se encuentra vigente hasta el 14 de enero de 2021, ubicándose el accionante en la posición No. 3 de la lista.

En tercer lugar, informa que mediante comunicación radicada con el No. 20206000740012 del 17 de julio de 2020, el SENA solicitó la verificación de las listas de elegibles vigentes y pertenecientes al Banco Nacional de Listas de Elegibles para

² 05Notificaciones

³ 06ContestacionCNSC

la provisión de dieciocho vacantes de empleos temporales, motivo por el cual en concordancia con lo estipulado en el numeral 3º del artículo 21 de la Ley 909 de 2004, la Sentencia C-288 de 2014, por el Decreto 894 de 2017 y el artículo 2.2.5.3.5 del Decreto 1083 de 2015, la Comisión Nacional del Servicio Civil procedió a realizar el estudio técnico, y remitió la totalidad de las listas de elegibles vigentes (entre ellas, la respectiva a la OPEC 60479, de la que hace parte el accionante) para la provisión de dichos empleos, mediante comunicación radicada con el No. 20201020588311 del 10 de agosto de 2020.

Aclara que en cuanto a nombramientos y posesiones y, en general en la administración de plantas de personal, la Comisión no tiene competencia, pues dicha facultad se otorgó por la Ley exclusivamente en los representantes legales o delegados de las respectivas entidades, tal como lo prescribe el artículo 2.2.5.1.1 del Decreto 1083 de 2015, que señala: «(...) Corresponde a los ministros, directores de departamentos administrativos, presidentes, directores o gerentes de las entidades del sector central y descentralizado de la Rama Ejecutiva del orden nacional, nombrar al personal de su entidad u organismo, salvo aquellos nombramientos cuya provisión esté atribuida a otra autoridad por la Constitución o la ley (...)».

Así las cosas, advierte que la competencia para realizar el nombramiento, posesión y retiro de los servidores del SENA, recae exclusivamente en su representante legal o en la persona que éste delegue, no correspondiéndole a la Comisión interferir en esta facultad. Por tal motivo, señala que es competencia del Servicio Nacional de Aprendizaje contactar por el medio más expedito posible a los elegibles y solicitar manifestar su interés de aceptación o rechazo frente a la posibilidad de ser nombrado en el empleo objeto de provisión, así como efectuar la verificación del cumplimiento de requisitos mínimos de los designados, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 2.2.5.7.4 y 2.2.5.7.6 del Decreto 1083 de 2015, y en los artículos 4º y 5º de la Ley 190 de 1995.

De igual forma, señala que el SENA deberá informar al elegible durante el proceso de ofrecimiento, que el empleo a proveer hace parte de la planta temporal de la entidad, así como el tiempo de duración de la misma y que con la aceptación no serán retirados del Banco Nacional de Listas de Elegibles, y finalmente que dicho nombramiento no otorga derechos de carrera, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.2.6.22 del Decreto 1083 del 2015.

Finalmente, sostiene que la celebración de audiencia pública para la nominación en un empleo de carácter temporal no ha sido establecida por Ley ni por la jurisprudencia constitucional, razón por la que debe desvincularse a la CNSC, quien actuó dentro del ámbito de su competencia legal y constitucional.

El **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA**, mediante memorial de contestación radicado vía correo electrónico el 16 de octubre de 2020⁴, solicita que se declare improcedente la presente acción de tutela o, en caso contrario, se denieguen las pretensiones de la parte accionante.

Frente a los hechos, señala que la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, dio apertura a la Convocatoria 436 de 2017, para proveer definitivamente los empleos vacantes del personal perteneciente al sistema general de carrera administrativa del SENA. Para tal efecto, mediante el Acuerdo No 20171000000116 del 24 de julio de 2017 se establecieron todos los requisitos y reglas del concurso, dentro de los cuales resalta el artículo 10 que establecía que los aspirantes solamente podían inscribirse a un (1) empleo público identificado con un número de OPEC y de vacantes ofertadas.

Expone que, como resultado de dicha convocatoria, por medio de la Resolución No. CNSC- 20182120195175 del 24 de diciembre de 2018 se conformó la lista de elegibles para proveer una (01) vacante del empleo de carrera administrativa identificado con el código OPEC No 60479 denominado Instructor, Código 310, Grado 1, ubicado en el Centro de Tecnología de la Manufactura Avanzada, de la Regional Antioquia, con el propósito, funciones y requisitos del Proceso Administrativo: INFRAESTRUCTURA. Expresa que la lista de elegibles se conformó con cuatro (04) ciudadanos, dentro de los cuales el accionante quedó en el tercer (03) puesto, con un puntaje de 76,82. Posteriormente, el día 15 de enero de 2019, se publicó la firmeza de la lista de elegibles.

Señala que, por regla general, las listas de elegibles, en principio, solo serán usadas en caso que se presente alguna vacante definitiva en el empleo inicialmente convocado, con ocasión a la generación de las causales de retiro del servicio establecidas en la Ley, siempre y cuando las mismas se encuentren vigentes, previa autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil, motivo por el cual, en caso que el accionante continúe en orden de mérito para ser nombrado en la OPEC 60508, será oportunamente informado, comoquiera que el elegible que ocupó el primer lugar de mérito en la lista de elegibles respectiva, fue nombrado y posesionado.

Ahora bien, señala que, además, estas pueden ser utilizadas para la provisión de empleos temporales. Sobre el particular, pone de presente que, mediante el Decreto 553 de 2017 se crearon ochocientos (800) empleos temporales en los niveles Profesional e Instructor para los programas de AGROSENA, SENNOVA y BILINGÜISMO con una vigencia inicial que iba hasta el 31 de diciembre de 2017.

⁴ 20ContestacionSENA

No obstante, manifiesta que mediante los Decretos 2147 de 2017, 1217 de 2019 y 2357 de 2019 el Gobierno Nacional ha venido prorrogando la vigencia de estos cargos, extendiéndose la última hasta el 31 de diciembre de 2021.

Sin embargo, sostiene que es necesario diferenciar entre el término de vigencia de la planta temporal y el término o duración de los nombramientos que se hayan efectuado en la misma, de lo cual dependerá el trámite que deben surtir las entidades ante la CNSC cuando se prorroga la vigencia de una planta temporal:

Si la duración del nombramiento se hizo por un tiempo determinado (días, meses o años), se pueden presentar las siguientes situaciones:

a. Que la entidad antes del vencimiento del plazo del nombramiento decida prorrogar el mismo, junto con la prórroga de la vigencia de la planta, la entidad no deberá agotar nuevamente el orden de provisión contemplado en artículo 21 de la Ley 909 de 2004 (condicionado mediante Sentencia C-288 de 2014).

b. Si el término de duración del nombramiento se ha cumplido sin que exista prórroga, el servidor quedará retirado del servicio automáticamente, caso en el cual la entidad si deberá agotar el orden de provisión contemplado en artículo 21 de la Ley 909 de 2004 (condicionado mediante Sentencia C-288 de 2014).

c. Si la duración del nombramiento está condicionado por lo que dure la vigencia de la planta, en caso de llegarse a presentar una prórroga de la misma, las entidades no deberán agotar nuevamente el orden de provisión contemplado en el artículo 21 de la Ley 909 de 2004 (condicionado mediante Sentencia C-288 de 2014), sino que dicha prórroga se hará automáticamente.

En cuanto al proceso de provisión de los empleos temporales, señala que se debe dar aplicabilidad a lo establecido en el artículo 2.2.5.3.5 del Decreto 1083 de 2015, modificado por el Decreto 648 de 2017 que, básicamente establece tres fases en orden de prelación: i) las listas de elegibles que hagan parte del Banco Nacional de Listas de Elegibles enviadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC; ii) Encargo de empleados con derechos de carrera administrativa; y iii) Convocatoria pública.

En ese sentido, manifiesta que en cumplimiento de lo anterior y considerando que en el año 2017, en el Banco Nacional de Listas de Elegibles (BNLE) NO existían listas vigentes para proveer las vacantes de la planta temporal, se procedió a realizar la provisión de estos empleos a través de encargos con servidores de carrera administrativa y posteriormente a través de una Convocatoria Pública (I y II de 2017)

Agrega que considerando que las listas de elegibles conformadas dentro de las Convocatorias I y II de 2017, por vía de interpretación analógica, tenían una

vigencia de dos (2) años expirando en su mayoría en el segundo semestre de 2019, es decir, antes de la fecha en que se realizó la última prórroga de los empleos temporales hasta el 31 de diciembre de 2021-, el SENA identificó que en la planta temporal existían 167 cargos vacantes que se debían proveer conforme lo determina la Ley.

Ante esta situación, aduce que a través de las comunicaciones con radicado No. 01- 2-2019-005001 del 11 de julio de 2019, 01-2-2019-005518 del 25 de julio de 2019, 8-2019-049642 del 26 de julio de 2019, 01-2- 2019-005920 del 8 de agosto de 2019 y 01-2-2019-006239 del 21 de agosto de 2019, el SENA solicitó ante la Comisión Nacional del Servicio Civil la remisión de listas de elegibles para proveer las vacantes de los empleos de la planta temporal.

Frente a esta solicitud, expresa que la CNSC mediante oficio No. 1-2019-017358 del 26 de agosto de 2019 respondió argumentando que la competencia de esa entidad se circunscribe a realizar un estudio técnico para determinar si es posible proveer los empleos temporales con las listas de elegibles vigentes administradas por la CNSC, limitándose a verificar la denominación, el código y la asignación salarial del cargo.

Ante las dudas técnicas que generó dicha respuesta, aduce que se realizaron nuevos requerimientos a la Comisión, quien mediante No. Oficio 1-2019-021583 del 21 de octubre de 2019 indicó que las listas de elegibles remitidas corresponden a lo citado en la norma, por lo que al SENA le corresponde de manera optativa, escoger la metodología adecuada para contactar los elegibles que la CNSC remite en las respectivas listas, así como efectuar la verificación del cumplimiento de requisitos.

Teniendo en cuenta lo anterior y con el fin de clarificar las competencias de la entidad en la realización del proceso de uso de listas del Banco Nacional de Listas de Elegibles para la provisión de las vacantes de la Planta Temporal, señala que el SENA mediante comunicación 2019-206-033112-2 del 26 de septiembre de 2019, solicitó ante el Departamento de la Función Pública la expedición de lineamientos para el desarrollo del proceso y a través del comunicado E-2019-579065 del 26 de septiembre de 2019 solicitó ante la Procuraduría General de la Nación el acompañamiento para realizar la provisión de los empleos temporales sin vulnerar ningún derecho ni abrogar competencias funcionales.

Al respecto, aduce que el Departamento Administrativo de la Función Pública señaló mediante oficio 01-1- 2019-022184 que:

"No obstante lo anterior, si bien, el ingreso a los empleos temporales se realiza con base en las listas de elegibles, teniendo en cuenta la denominación, el código y la

asignación básica, de los empleos a ser provistos. En todo caso, corresponde a la entidad verificar que aquellas personas cumplan con los requisitos en estudios y experiencia, según como lo indique el manual de funciones y competencias laborales...”

Por su parte, expresa que la Procuraduría General de la Nación indicó en oficio 1-2019-022170 señaló:

“...previo al nombramiento de los empleos temporales, las entidades deben solicitar listas de elegibles a la CNSC, entidad que a su vez debe revisar si existen listas del Banco Nacional de elegibles...”

En ese orden de ideas, señala que una vez superada la etapa de consulta jurídica y verificación ante las entidades rectoras de los temas que afectan la provisión de la Planta Temporal, el SENA inició el proceso de provisión de los empleos vacantes de la planta temporal, para lo cual se elaboró una Guía de Provisión de Empleos Temporales, con el objetivo de hacer públicos los lineamientos para proveer los empleos temporales en el SENA, conforme a los requisitos establecidos legal y jurisprudencialmente, la cual se encuentra publicada en el siguiente link:

https://agenciapublicadeempleo.sena.edu.co/Documents/APE%202020/DOCUMENTOS%20CONVOCATORIA%20TEMPORALES%20SENA%20JULIO%202020/GTH_G_019_V01_Gu%C3%ADa_para_proveer_empleos_temporales.pdf

Con lo anterior, concluye que la provisión de los empleos de la planta temporal se rige por una actuación administrativa completamente diferente a las normas de provisión de los empleos de carrera administrativa y un debido proceso especial, regulado por el SENA.

En la mencionada fase 1 (Con las listas de elegibles que hagan parte del Banco Nacional de Listas de Elegibles enviadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC), que es la que interesa al accionante, para proveer 111 cargos vacantes de instructor de la planta temporal, informa que se recibieron 5028 nombres de elegibles, para ubicar en cada uno de los empleos, en un total de 110438 items.

Para organizar dichos listados, expone que el SENA procedió a establecer en qué cargos la CNSC estableció que se puede postular cada elegible y organizar por orden de resultados obtenidos en la convocatoria 436 de 2017 de mayor a menor para cada empleo.

Con base en esta organización, se invitó a los 5028 elegibles a manifestar interés en las 111 vacantes disponibles, cuando consideren que cumplen los requisitos especiales para acceder a estos empleos, que no son en modo alguno, iguales a aquellos para los cuales se postularon en la OPEC

En ese sentido, resalta que las condiciones que deben tener los elegibles son estrictas y acordes con las necesidades del servicio establecidas al momento de crear la planta temporal, lo cual implica que no todos los elegibles pueden cumplir requisitos para acceder a los mismos, haciendo imposible la realización de una audiencia, que no resultaría efectiva, pues aún en el evento que seleccionarían una sede podrían no cumplir los requisitos para desempeñarlo, lo que exige realizar la fase de manifestación de interés y posterior verificación de requisitos. Además, sostiene que no se invita por cada uno de los 111 cargos a los elegibles de una sola OPEC, sino a todos los elegibles de todas las OPEC señaladas por la CNSC en la remisión de listados.

Ahora bien, como argumentos de defensa, en primer lugar, alega que la presente acción resulta improcedente por carencia de los requisitos de inmediatez, subsidiariedad, y ante la inexistencia de la configuración de un perjuicio irremediable. En efecto, señala que en el caso que nos ocupa, el accionante tiene otros medios de defensa judicial contra las decisiones tomadas por el SENA o la CNSC, las cuales se expresan en actos administrativos y que el mismo aportó como prueba con el escrito de tutela, por lo cual debería demandar dichas decisiones y si es preciso solicitar como medida cautelar su suspensión provisional. Además, afirma que el accionante tampoco logra acreditar que, mediante el procedimiento establecido por la CNSC y el SENA para la provisión de empleos temporales, que difiere sustancialmente de la provisión de los empleos de carrera administrativa, se le pueda ocasionar algún perjuicio irremediable.

En segundo lugar, alega que en el caso concreto, no se vulnera ninguno de los derechos fundamentales alegados por el actor.

En cuanto a los derechos fundamentales al trabajo y al acceso a los cargos públicos, señala que de los hechos que fundamentan la tutela no se derivan los presupuestos fácticos que permitan concluir la titularidad del derecho subjetivo del accionante a ocupar el cargo de una OPEC determinada para la cual no concursó. Por el contrario, señala que su pretensión de que se realice una audiencia para proveer los empleos de la planta temporal, no está comprendida en el ámbito de protección de dichas garantías constitucionales, de hecho, resalta que no existe en ninguna norma exigencia tal, en tanto la provisión de los empleos temporales es totalmente diferente a la de los empleos de carrera, tanto así que la provisión de aquellos no otorga los derechos de esta.

En cuanto al derecho fundamental al debido proceso, señala que, en el caso, concreto este no está constituido o regido por el Acuerdo 562 de 2016 expedido por la CNSC *"Por el cual se reglamenta la conformación, organización y uso de las Listas de Elegibles y del Banco Nacional de Listas de Elegibles para las entidades*

del **Sistema General de Carrera Administrativa**, a las que aplica la Ley 909 de 2004", que en su artículo primero señala:

*"ARTÍCULO 1º. **Ámbito de Aplicación.** Las disposiciones del presente Acuerdo se aplican a las Listas de Elegibles y al Banco Nacional de Listas de Elegibles, **resultantes de los procesos de selección para proveer por concurso de méritos los empleos de carrera del Sistema General**, de las entidades a las que aplica la Ley 909 de 2004" (El resaltado y subrayado es propio).*

En tal sentido, recalca que la acción interpuesta nada tiene que ver con los empleos del sistema general de carrera, sino con los empleos de la planta temporal, en los cuales el acuerdo 562 de 2016 no tiene aplicación. Sobre el particular, la CNSC ha divulgado la cartilla de provisión de empleos temporales la cual se puede consultar en el siguiente link: <https://www.cnsc.gov.co/images/phocadownload/Cartillasplantastemporales.pdf>

Por ende, concluye que, en el caso bajo estudio, el debido proceso está constituido por el artículo 21 de la Ley 909 de 2004, el artículo 2.2.5.3.5 del Decreto 1083 de 2015, modificado por el Decreto 648 de 2017 y la Guía para provisión de empleos temporales, divulgada en el siguiente enlace:

https://agenciapublicadeempleo.sena.edu.co/Documents/APE%202020/DOCUMENTOS%20CONVOCATORIA%20TEMPORALES%20SENA%20JULIO%202020/GTH_G_019_V01_Gu%C3%ADa_para_proveer_empleos_temporales.pdf

En cuanto al derecho fundamental a la igualdad, sostiene que el trato que se ha dado a todos los ciudadanos incluidos en las listas de elegibles remitidas por la CNSC para provisión de la planta temporal, es homogéneo, respetando las normas y reglas expedidas para el efecto. De tal manera que, quienes consideren que cumplen los requisitos para acceder a uno de los cargos que le fueron ofrecidos, tienen el deber de manifestar interés en el mismo, previamente, para poder identificar así, si es el elegible con mejor derecho que cumple los requisitos establecidos en el respectivo manual de funciones de los empleos a proveer.

En definitiva, de acuerdo con lo manifestado, el SENA solicita que declare improcedente la acción de tutela o en su defecto, se nieguen las pretensiones por no existir vulneración alguna a los derechos fundamentales alegados.

INTERVENCIÓN DE TERCEROS INTERESADOS

CARLOS ENRIQUE PARRA

Mediante memorial suscrito desde Soacha – Bogotá y radicado el día 15 de octubre de 2020⁵, vía correo electrónico, el señor CARLOS ENRIQUE PARRA solicita intervenir como tercero interesado en la presente acción constitucional. Expone que hace parte de la lista de elegibles convocada para proveer (27) vacantes del empleo de carrera administrativa denominado INSTRUCTOR OPEC, Código 3010, grado 01, bajo el Código OPEC No 58984, la cual se adoptó mediante RESOLUCIÓN No CNSC 20192120011125 del 26/02/2019, ocupando la posición No 31 con un puntaje de 75,83⁶ . Agrega que dicha lista actualmente se encuentra vigente.

Además, expone que según la Resolución 0716 de 2017, Por la cual se adopta el Manual Específico de Funciones y de Competencias Laborales para los Empleos Temporales de la Planta de Personal del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA", existe una vacante para el mismo centro de formación (Centro de Servicios Financieros - Bogotá D. C.) al que concursó en su OPEC 58984 "Centro de Servicios Financieros -Bogotá D. C.", para la cual los requisitos son:

"Contaduría Pública, Administración, Economía, Ingeniería De sistemas Telemática Y Afines:, Educación Y Otras ingenierías y en donde la experiencia es: Título Profesional en la disciplina académica del Núcleo Básico de Conocimiento, de acuerdo con el contenido de la tabla que se encuentra al final de este programa, clasificada por Centro de Formación. Tarjeta profesional en los casos que la profesión está reglamentada. Experiencia: Cuarenta y Ocho (48) meses de experiencia relacionada, de los cuales veinticuatro (24) meses deben estar relacionados con la participación en grupos de investigación registrados en COLCIENCIAS y en la gestión de semilleros de investigación desarrollando proyectos en una de las líneas de investigación avaladas institucionalmente por el SENA y en labores de Formación Profesional. Adicional a la(s) certificación(es) que debe presentar para evidenciar el requisito del párrafo anterior, el aspirante debe acreditar una certificación en Producción Académica (Artículos académicos o científicos en Revista o Libro) con referencia ISBN, ISSN o DOI verificable. El cumplimiento con este punto se puede verificar tanto en la página del simo como en el de la agencia pública de empleo.

Afirma que según la hoja de vida cumple con los requisitos de esta vacante, y expresa que aplicó "también a la vacante de Bogotá D. C."

Como fundamento de lo anterior, trae a colación un fallo del Tribunal Administrativo de Antioquia, el cual identifica con el Radicado 05001 33 33 031 2020 00152 01 acumulado con el proceso 05001 33 33 031 2020 00054 01.

LISBETH PAOLA GARCIA PORTALA

⁵ 12IntervenciónTercero01

⁶ 15Anexo03

Mediante memorial radicado el día 19 de octubre de 2020⁷, vía correo electrónico, la señora **LISBETH PAOLA GARCIA PORTALA** solicita intervenir como tercera interesada en la presente acción constitucional. En tal sentido, solicita que se acceda las pretensiones y se ordene agrupar en una sola lista consolidada las vacantes, en los que puedan participar los elegibles cuyos requisitos de estudio cumplen similitud de acuerdo al NBC, o por especialidades completas y sus equivalentes. Así todos los del NBC de Administración participaran en mérito por 100 vacantes que haya en el cargo temporal de Instructor Sennova, escogiendo plaza y ciudad de acuerdo al mérito y no con la posibilidad limitada a solo 1.

Señala que la manifestación de interés enviada por la CNSC a los participantes, donde les indican los cargos temporales a lo que deben postularse, refiriendo distintas ciudades y centros de formación para cada elegible en particular, siendo todos de la misma especialidad, viola el debido proceso y es una limitante constitucional al mérito.

Por el contrario, afirma que se debería conformar una sola lista consolidada de acuerdo con los requisitos del NBC y/o por especialidades, para proveer las vacantes que contemplen dichos requisitos por orden estricto de mérito y, no limitarlos individualmente a participar si o sí, por una sola vacante. En palabras de la interviniente:

“Así por ejemplo es posible que alguien con un puntaje alto de 80 puntos, se quede sin vacante si siendo solo 1 se la ganó alguien que tiene 80.01, mientras que en otro sitio contando con suerte alguien como la suscrita con 76.08 si logre vacante, y así en el mejor de los casos estarán ingresando aspirante con puntajes de menos de 40 puntos. Como paso con la convocatoria 436”

FUNDAMENTOS Y CONSIDERACIONES

1. Competencia:

Este juzgado es competente para conocer de la presente acción de tutela en virtud de lo previsto en el artículo 86 de la Constitución Política, los artículos 1 y 37 del Decreto 2591 de 1991, y el numeral segundo del artículo 1 del Decreto 1983 de 2017.

2. De la acción de Tutela

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 86 de la Constitución Política toda persona tiene derecho a reclamar ante los Jueces por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección de sus derechos constitucionales fundamentales,

⁷ 29IntervenciónTercero02

cuando quiera que resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública.

La presente acción constitucional es de carácter subsidiario, esto es, para cuando el titular del derecho violado o amenazado no cuente con otro medio judicial de defensa, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, conforme lo previsto en el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991.

3. Problema Jurídico

En el presente caso, le corresponde al Despacho establecer si las entidades accionadas se encuentran vulnerando los derechos fundamentales a la igualdad, el trabajo, el debido proceso administrativo y el acceso a cargos y funciones públicas a través del mérito del señor **DAVID LONDOÑO GONZÁLEZ**, al prescindir de la realización de una audiencia pública por áreas temáticas, como mecanismo para la provisión de los empleos temporales vacantes de la entidad que guarden similitud funcional con el cargo de INSTRUCTOR, Código 3010, grado 1 de la OPEC, teniendo en cuenta para tal efecto el orden de mérito establecido en las respectivas listas de elegibles remitidas por la CNSC.

4. Antecedentes Jurisprudenciales y Normativos.

4.1 Naturaleza jurídica de los empleos temporales. Categoría autónoma de empleo público.

El artículo 125 constitucional establece que los empleos en los órganos y entidades del Estado, por regla general, deben ser de carrera administrativa, buscando con ello privilegiar el mérito como criterio de selección y permanencia del personal público⁸. No obstante, a su vez, exceptúa de dicha regla a los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Dentro de este marco, se expidió la Ley 909 de 2004 que tiene como objetivo regular el empleo público y establecer los principios básicos que deben regular el ejercicio de la gerencia pública. Así, en su artículo 1, establece como modalidades de empleo público las siguientes:

"De acuerdo con lo previsto en la Constitución Política y la ley, hacen parte de la función pública los siguientes empleos públicos:

a) Empleos públicos de carrera;

⁸ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C 288 de 2014. MP Jorge Ignacio Pretelt

b) Empleos públicos de libre nombramiento y remoción;

c) Empleos de período fijo;

d) Empleos temporales. (Énfasis propio)

A su vez, el artículo 21 de la Ley 909 de 2004, define la categoría de empleo temporal, establece y define sus finalidades y objetivos, así como la forma en que estos se deben proveer:

ARTÍCULO 21. Empleos de carácter temporal.

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

a) Cumplir funciones que no realiza el personal de planta por no formar parte de las actividades permanentes de la administración;

b) Desarrollar programas o proyectos de duración determinada;

c) Suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo, determinada por hechos excepcionales;

d) Desarrollar labores de consultoría y asesoría institucional de duración total, no superior a doce (12) meses y que guarde relación directa con el objeto y la naturaleza de la institución.

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

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

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

disponibilidades y apropiaciones para financiar el empleo de carácter temporal, como consecuencia de los ajustes a los montos aprobados para su financiación.

De acuerdo con lo anterior, se observa que el empleo temporal constituye una categoría autónoma y distinta de empleo público con particularidades propias, que no permiten subsumirlo dentro de la regla general de los empleos públicos de carrera, o dentro de las demás categorías de la función pública como la de libre nombramiento y remoción o la de empleos con periodo fijo. Es decir, los empleos temporales constituyen una categoría autónoma e independiente de empleo público.

Sin embargo, la Corte Constitucional, ha establecido que los empleos temporales por desarrollarse en el marco de la función pública, deben enmarcarse para su creación, provisión y ejercicio, bajo el respeto de los principios contemplados en el artículo 209 de la Constitución Política, como lo son la eficiencia, economía, igualdad, celeridad, imparcialidad y publicidad.⁹

4.2 Mecanismos de ingreso o acceso a los empleos temporales

Mediante Sentencia C 288 de 2014, la Corte Constitucional declaró EXEQUIBLE la expresión *"De no ser posible la utilización de las listas se realizará un proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos"* contemplada en el numeral 3º del artículo 21 de la Ley 909 de 2004, en el entendido que el mismo deberá garantizar el cumplimiento de los principios de la función pública de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

Como parte de su argumentación, advirtió que el mecanismo de ingreso a los empleos temporales es un desarrollo de la función pública, por lo cual en relación con el mismo no existe una completa discrecionalidad del nominador, sino que, por el contrario, se encuentra limitado por los principios de la función pública de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. En tal sentido, señaló que se considera plenamente justificado que exista un procedimiento distinto al concurso público para la provisión de los empleos temporales, pero la salvaguarda del principio de eficacia no justifica que el nominador pueda actuar de manera arbitraria y sin ningún límite en el establecimiento del procedimiento para la selección de los servidores públicos.

Por el contrario, señaló que el artículo 21 de la Ley 909 de 2004 no autoriza la discrecionalidad del nominador para la selección y nombramiento del empleado temporal, como sucedería con los empleos de libre nombramiento y remoción, pues lo limita directamente por el mérito al exigir la evaluación de las competencias y

⁹ *Ibíd*em

capacidades de los candidatos. Es decir, mientras lo que caracteriza a los empleos de libre nombramiento y remoción es la discrecionalidad del empleador en el ingreso y retiro del funcionario, pues son por regla general empleos de dirección y confianza¹⁰, el fundamento de los cargos temporales no es la discrecionalidad, sino la necesidad de consagrar un procedimiento ágil que permita solucionar transitoriamente necesidades de la función pública pero que a la vez salvaguarde el debido proceso administrativo, por lo cual, la primera opción deberá ser la utilización de la lista de elegibles y en su defecto se deberá realizar un proceso para la evaluación de las competencias y capacidades de los candidatos que, en todo caso respete los principios de la función pública.

En tal sentido, determina la Corte que la única interpretación compatible de dicha disposición normativa con la Constitución, implica reconocer que no existe una absoluta discrecionalidad del nominador, 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. Para tal efecto, precisa que se deberán tener en cuenta 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.

Dicha jurisprudencia fue recogida el artículo 2.2.5.3.5 del Decreto 1083 de 2015, modificado por el Decreto 648 de 2017 que señala:

"Artículo 2.2.5.3.5 Provisión de empleos temporales. Para la provisión de los empleos temporales de que trata la Ley 909 de 2004, los nominadores deberán solicitar las listas de elegibles a la Comisión Nacional del Servicio Civil teniendo en cuenta las listas que hagan parte del Banco Nacional de Listas de Elegibles y que

correspondan a un empleo de la misma denominación, código y asignación básica del empleo a proveer.

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

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

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

En definitiva, para proveer las vacantes de empleos temporales, se debe acudir en su orden, a las siguientes etapas, las cuales solo proceden una vez agotada o superada la fase anterior:

- i) Con las listas de elegibles que hagan parte del Banco Nacional de Listas de Elegibles enviadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC.
- ii) Encargo de empleados con derechos de carrera administrativa; y
- iii) Convocatoria pública.

De cara a desarrollar la primera de las fases, la Comisión Nacional del Servicio Civil ha adoptado lineamientos al respecto, a través de la Circular No. 005 del 18 de septiembre de 2014, el Criterio Unificado de Provisión de Empleos de Plantas Temporales del 11 de febrero de 2016, y la Circular No. 20181000000107 del 28 de diciembre de 2018, estableciendo y definiendo el trámite a seguir frente a las solicitudes elevadas por las entidades nominadora ante la CNSC para el uso de las listas de elegibles para la provisión de empleos temporales.

En conclusión, la provisión de los empleos temporales es diferente a la de los empleos de carrera administrativa, no obstante, durante aquella deben respetarse los principios de la función pública y, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional y demás disposiciones normativas que regulan la materia, se debe acudir, en primer lugar, a la utilización de las listas de elegibles vigentes que hagan parte del Banco

Nacional de Listas de Elegibles, las cuales deberán ser enviadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, previa verificación de la denominación, el código y la asignación salarial de los cargos a proveer

4.3 Principio de subsidiariedad de la acción de tutela.

El inciso 3 del artículo 86 de la Constitución Política, establece que la acción de tutela **“solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.”** En similar sentido, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”, dispone:

“La acción de tutela no procederá:

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.”

Al respecto, la Corte Constitucional ha sostenido que la acción de tutela, por regla general, solo procede de manera subsidiaria y, por lo tanto, no constituye un medio alternativo o facultativo que permita complementar los mecanismos judiciales ordinarios establecidos por la ley. Adicionalmente, la Corte ha señalado que no se puede abusar del amparo constitucional ni vaciar de competencia a la jurisdicción ordinaria, con el propósito de obtener un pronunciamiento más ágil y expedito, toda vez que éste no ha sido consagrado para reemplazar los medios judiciales dispuestos por el Legislador para tales fines¹¹.

Posteriormente, en las sentencias T-373 de 2015 y T-630 de 2015, establecieron que, si existen otros mecanismos de defensa judicial que resulten idóneos y eficaces para solicitar la protección de los derechos que se consideran amenazados o vulnerados, el afectado debe agotarlos de forma principal y no utilizar directamente la acción de tutela. En consecuencia, una persona que acude a la administración de justicia con el fin de que le sean protegidos sus derechos, no puede desconocer las acciones judiciales contempladas en el ordenamiento jurídico, ni pretender que el juez de tutela adopte decisiones paralelas a las del funcionario que debe conocer del asunto dentro del marco estructural de la administración de justicia¹².

¹¹ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T 471 de 2017. M.P Gloria Stella Ortíz Delgado

¹²Ibíd.

No obstante, la regla de la subsidiariedad encuentra dos excepciones, establecidas en el mismo artículo 86 constitucional y en el artículo 6, numeral 1, del Decreto 2591 de 1991

En virtud de la primera, la acción de tutela será procedente aún cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, si la misma se utiliza "como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable", caso en el cual la decisión de amparo constitucional se mantendrá vigente solo durante el término que utilice la autoridad judicial competente para decidir de fondo sobre la acción ordinaria instaurada por el afectado. La segunda, en virtud de la cual, será procedente la tutela así existan otros medios de defensa judicial, cuando se acredite que los mismos no son idóneos ni eficaces para enfrentar la amenaza o la vulneración de los derechos fundamentales invocados, caso en el cual la decisión tiene un carácter definitivo¹³.

En **sentencia T-808 de 2010**, reiterada en la **T-956 de 2014**, la Corte estableció que se debe tener en cuenta la presencia de varios elementos para determinar el carácter irremediable del perjuicio:

En primer lugar, estableció que el daño debe ser ***inminente***, es decir que está por suceder en un tiempo cercano, a diferencia de la mera expectativa ante un posible menoscabo. Este presupuesto exige la acreditación probatoria de la ocurrencia de la lesión en un corto plazo que justifique la intervención del juez constitucional. Es importante resaltar que la inminencia no implica necesariamente que el detrimento en los derechos este consumado. Asimismo, indicó que las medidas que se debían tomar para conjurar el perjuicio irremediable deben ser ***urgentes y precisas*** ante la posibilidad de un daño ***grave*** evaluado por la intensidad del menoscabo material a los derechos fundamentales de una persona. En esa oportunidad, la Corte señaló que la gravedad del daño depende de la importancia que el orden jurídico le concede a determinados bienes bajo su protección.

Finalmente estableció que la acción de tutela debe ser ***impostergable*** para que la actuación de las autoridades y de los particulares sea eficaz y pueda asegurar la debida protección de los derechos comprometidos.

En conclusión, a la luz del principio de subsidiariedad, la acción de tutela no puede ser ejercida como un medio de defensa judicial alternativo o supletorio de los mecanismos ordinarios previstos por el legislador para el amparo de los derechos, salvo que se pruebe la ineficacia de estos o, se acredite la inminencia de la ocurrencia de un perjuicio irremediable, en caso de que el juez de tutela no intervenga de manera urgente.

¹³Colombia, Corte Constitucional, sentencia T 241 de 2017. M.P (E). José Antonio Cepeda Amarís

Ahora bien, debe tenerse en cuenta, además, que la acción de tutela no constituye el medio apto para impugnar un acto administrativo de carácter general, impersonal y abstracto, pues tal circunstancia configura una causal expresa de improcedencia de la acción de tutela, de conformidad con lo establecido en el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991:

"Artículo 6. Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá:

5. Cuando se dirija contra actos de carácter general, impersonal y abstracto."

En ese sentido, la Corte Constitucional ha señalado que, por regla general, la acción de tutela no procederá contra actos de contenido general, impersonal y abstracto, y que sólo procederá excepcionalmente y como mecanismo transitorio de protección de los derechos fundamentales, siempre y cuando se trate de conjurar la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable, cuando se establezca que el contenido del acto de carácter general, impersonal y abstracto afecta clara y directamente un derecho fundamental. Es así que sólo ante la existencia de un perjuicio irremediable el juez puede hacer uso de la facultad excepcional consistente en ordenar la inaplicación del acto para el caso concreto, con un carácter eminentemente transitorio mientras se produce la decisión de fondo por parte del juez competente.

Finalmente, en lo que se refiere a las decisiones que se adoptan dentro de un concurso de méritos, la Corte Constitucional ha sostenido que si bien los afectados pueden acudir a las acciones señaladas en el Estatuto Procesal Administrativo para controvertirlas, en algunos casos las vías ordinarias no resultan idóneas y eficaces para restaurar los derechos fundamentales conculcados, ya que no suponen un remedio pronto e integral para los aspirantes y la mayoría de veces debido a la congestión del aparato jurisdiccional, el agotamiento de las mismas implica la prolongación de la vulneración en el tiempo.

Por tal motivo, la jurisprudencia constitucional ha entendido que la acción de tutela es un mecanismo excepcional de defensa de los derechos fundamentales de las personas que participan en un proceso de selección de personal público y son víctimas de un presunto desconocimiento de cualquiera de sus derechos fundamentales¹⁴.

5. CASO CONCRETO:

En el presente asunto, se encuentra acreditado que el accionante participó en el marco de la Convocatoria 436 de 2017 adelantada por la COMISIÓN NACIONAL

¹⁴ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T 180 de 2015. M.P Jorge Iván Palacio Palacio

DEL SVICIO CIVIL para proveer por concurso abierto de méritos de manera definitiva los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA, optando específicamente para ocupar una (01) vacante de la OPEC 60479, para el cargo de INSTRUCTOR, Código 3010, grado 1. A su vez, se encuentra acreditado que, una vez superadas las diferentes etapas de selección, el actor fue incluido mediante la Resolución No 20182120195175 del 24 de diciembre de 2018 en la lista elegibles para proveer **una (01) vacante de la OPEC 60479, para el cargo de INSTRUCTOR, Código 3010, grado 1**, dentro de la cual ocupa el puesto número tres (3) de elegibilidad con un puntaje definitivo de 76.82¹⁵ Además, de acuerdo con lo manifestado por la CNSC dicha lista de elegibles se encuentra vigente hasta el 14 de enero de 2021.

Por otra parte, se encuentra acreditado que mediante el Decreto 553 de 2017 el Gobierno Nacional dispuso la creación de ochocientos (800) empleos temporales en la Planta de Personal del SENA en los niveles Profesional e Instructor para atender los programas de AGROSENA, SENNOVA y BILINGÜISMO con una vigencia inicial hasta el 31 de diciembre de 2017, la cual se ha venido prorrogando en el tiempo a través de los Decretos 2147 de 2017, 1217 de 2019 y el 2357 de 2019, por medio del cual se extendió su vigencia hasta el 31 de diciembre de 2021¹⁶.

Además, se acreditó que mediante comunicación electrónica del 02 de octubre de 2020¹⁷, el SENA requirió al accionante con la finalidad de que manifestara su voluntad de interés o rechazo de optar a alguna de las vacantes de la planta de empleos temporales de la entidad, en aplicación de las listas de elegibles remitidas por la CNSC para la provisión de los mismos. En dicha comunicación se indica que:

En cumplimiento de lo señalado en el numeral 3º del artículo 21 de la Ley 909 de 2004, el artículo 2.2.5.3.5 del Decreto 1083 de 2015 y la sentencia de la Corte Constitucional C-288 del 2014, el SENA a través de los oficios Rad. 20196000649582, Rad. 20196000697772 y Rad. 20196000753102 de 2019, y comunicación Rad. 20206000740012 de 2020, solicitó ante la Comisión Nacional del Servicio Civil –CNSC – los elegibles para proveer los empleos de la planta temporal del SENA que se encuentran vacantes.

Como respuesta, la CNSC a través de las comunicaciones radicadas con los números 1-2019-017358 el 26 de agosto de 2019, 1-2019-021583 del 21 de octubre de 2019 y 20201020588311 de 2020 (recibido 13 de agosto de 2020), remitió los listados de elegibles para proveer las vacantes reportadas, que según lo señalado en el artículo

¹⁵ 03AnexosDemanda, p,p 23-25

¹⁶ <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%202357%20%20DEL%2026%20DICIEMBRE%20DE%202019.pdf>

¹⁷ 03AnexosDemanda, p,p 18-22

2.2.5.3.5 del Decreto 1083 de 2015, se elaboraron a partir de un análisis de la denominación, código y asignación básica de las vacantes de la planta temporal, sin determinar el cumplimiento de todos los requisitos exigidos en el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales de los empleos de la planta temporal.

Atendiendo los lineamientos emitidos por la CNSC, el SENA expidió la Guía para proveer los empleos temporales Código: GTH G 019, de julio de 2020, (ver: <https://bit.ly/35e8Xz9>), en la que definió el procedimiento para hacer uso de las bases de datos enviadas por la CNSC y determinar si los elegibles cumplen con los requisitos para desempeñar los empleos objeto de provisión.

De conformidad con lo anterior, el Grupo de Relaciones Laborales ordenó el listado de elegibles remitido por la CNSC en estricto orden descendente conforme al puntaje señalado en la lista correspondiente. Por consiguiente, a continuación, se relaciona(n) la(s) vacante(s) de la planta temporal a la que se puede postular, aclarando que en este proceso se puede postular únicamente a una (1) de las vacantes que se relacionan a continuación.

En este listado encontrará: i) el Programa de la planta temporal, ii) la Regional en la que se encuentra el cargo, iii) el Centro de Formación del empleo, iv) la denominación del cargo, v) Cantidad de cargos ofertados, vi) la posición en el listado elaborado por el Grupo de Relaciones Laborales y vii) el puntaje definido en la lista de elegibles.

Para su postulación, usted debe verificar previamente que cumpla con los requisitos de experiencia laboral y formación académica exigidos para el ejercicio de estos cargos se encuentran en los anexos de la Resolución No. 1694 del 18 de septiembre de 2017 "Por la cual se adopta el Manual Específico de Funciones y de Competencias Laborales para los empleos de la Planta de Personal del Servicio Nacional de Aprendizaje- SENA".

Sin embargo, la parte actora alega que las entidades accionadas desconocen sus derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, al debido proceso administrativo y al acceso a cargos y funciones públicas a través del mérito, así como los principios de buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica, entre otros, al exigirle postularse únicamente a una (1) de las vacantes previamente seleccionadas por la entidad, desconociendo el derecho a que se realice audiencia pública por áreas temáticas para la selección del empleo entre todas las vacantes temporales, de acuerdo al orden de mérito establecido en la respectiva lista de elegibles, tal cual como lo prevé el Acuerdo 562 de 2016 "Por el cual se reglamenta la conformación, organización y uso de las Listas de Elegibles y del Banco Nacional de Listas de Elegibles para las entidades del Sistema General de Carrera Administrativa, a las que aplica la Ley 909 de 2004"

Frente a esta pretensión coadyuva la señora LISBETH PAOLA GARCIA PORTALA, quien interviene en calidad de tercera interesada, al hacer parte de una de las listas

de elegibles derivadas de la Convocatoria 436 de 2017, identificada bajo el No de OPEC 59916. En ese sentido, manifiesta que se debería conformar una sola lista consolidada de acuerdo con los requisitos del NBC y/o por especialidades, para proveer las vacantes que contemplen dichos requisitos por orden estricto de mérito y, no limitarlos individualmente a participar sí o si, por una sola vacante. En palabras de la interviniente:

“Así por ejemplo es posible que alguien con un puntaje alto de 80 puntos, se quede sin vacante si siendo solo 1 se la ganó alguien que tiene 80.01, mientras que en otro sitio contando con suerte alguien como la suscrita con 76.08 si logre vacante, y así en el mejor de los casos estarán ingresando aspirante con puntajes de menos de 40 puntos. Como paso con la convocatoria 436”

Por su parte, las entidades accionadas coinciden en sostener que la celebración de audiencia pública para la provisión de un empleo de carácter temporal no ha sido establecida por la Ley ni por la jurisprudencia constitucional. Por el contrario, sostienen que la provisión de los empleos temporales tiene un debido proceso especial y diferente a la provisión de los empleos de carrera administrativa, el cual se encuentra básicamente regulado por el artículo 21 de la Ley 909 de 2004 declarado exequible condicionalmente por medio de la Sentencia C 288 de 2014, y el artículo 2.2.5.3.5 del Decreto 1083 de 2015, modificado por el Decreto 648 de 2017, así como por la Circular No. 005 del 18 de septiembre de 2014, el Criterio Unificado de Provisión de Empleos de Plantas Temporales del 11 de febrero de 2016 y la Circular No. 20181000000107 del 28 de diciembre de 2018 expedidas por la CNSC y ente caso concreto, la Guía para provisión de empleos temporales elaborada por el SENA¹⁸

De acuerdo con lo desarrollado en precedencia en el marco jurídico de esta decisión, el Despacho considera que les asiste la razón a las entidades demandadas. En efecto, los los empleos temporales constituyen una categoría autónoma e independiente de empleo público, diferente a los empleos de carrera administrativa.

Así mismo, su provisión obedece a unas reglas y procedimientos propios y especiales distintos al concurso público, de cara a garantizar el principio de eficacia que se requiere en esos casos. Sin embargo, también ha precisado la Corte constitucional que su provisión por ser un desarrollo de la función pública, no se encuentra sujeta a la total discrecionalidad del nominador, sino que, por el contrario, encuentra una serie de límites en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

¹⁸https://agenciapublicadeempleo.sena.edu.co/Documents/APE%202020/DOCUMENTOS%20CONVOCATORIA%20TEMPORALES%20SENA%20JULIO%202020/GTH_G_019_V01_Gu%C3%ADa_para_proveer_empleos_temporales.pdf

Dentro de ese marco, se ha precisado que, para proveer las vacantes de empleos temporales, se debe acudir en su orden, a las siguientes etapas, la cuales solo proceden una vez agotada o superada la fase anterior:

- i) Listas de elegibles que hagan parte del Banco Nacional de Listas de Elegibles enviadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC.
- ii) Encargo de empleados con derechos de carrera administrativa; y
- iii) Convocatoria pública.

Ahora, si bien para la provisión de empleos temporales, en primer lugar, debe acudirse a las listas de elegibles derivadas de los concursos de méritos realizados para acceder a los cargos de carrera administrativa de la planta permanente de las entidades públicas, debe precisarse que, como su naturaleza lo indica, los empleos temporales a proveer tienen una duración determinada y su aceptación, en ningún caso, otorgan derechos de carrera administrativa.

Una vez realizadas las anteriores precisiones, el Despacho observa que las entidades accionadas, en el caso concreto han procedido en el marco de sus competencias, de conformidad como lo ordena la ley y la jurisprudencia constitucional para la provisión de los empleos temporales. En efecto, se advierte que el SENA a través de los oficios Rad. 20196000649582, Rad. 20196000697772 y Rad. 20196000753102 de 2019, y comunicación Rad. 20206000740012 de 2020, solicitó ante la Comisión Nacional del Servicio Civil –CNSC – remitir las listas de elegibles que se encontraran vigentes con la finalidad de proveer los empleos temporales que actualmente se encuentran vacantes.

Como respuesta, la CNSC a través de las comunicaciones radicadas con los números 1-2019-017358 el 26 de agosto de 2019, 1-2019-021583 del 21 de octubre de 2019 y 20201020588311 de 2020 remitió los listados de elegibles para proveer las vacantes reportadas, las cuales de acuerdo con lo señalado en el artículo 2.2.5.3.5 del Decreto 1083 de 2015, se elaboraron a partir de un análisis de la denominación, código y asignación básica de las vacantes de la planta temporal, sin determinar el cumplimiento de todos los requisitos exigidos en el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales de los empleos de la planta temporal.

En ese sentido, precisó la CNSC que es competencia del Servicio Nacional de Aprendizaje contactar por el medio más expedito posible a los elegibles y solicitar manifestar su interés de aceptación o rechazo frente a la posibilidad de ser nombrado en el empleo objeto de provisión, así como efectuar la verificación del cumplimiento de requisitos mínimos de los designados, en concordancia con lo

dispuesto en los artículos 2.2.5.7.4 y 2.2.5.7.6 del Decreto 1083 de 2015, y en los artículos 4º y 5º de la Ley 190 de 1995.

De igual forma, señaló la CNSC que el SENA deberá informar al elegible durante el proceso de ofrecimiento, que el empleo a proveer hace parte de la planta temporal de la entidad, así como el tiempo de duración de la misma y que con la aceptación no serán retirados del Banco Nacional de Listas de Elegibles, y finalmente que dicho nombramiento no otorga derechos de carrera, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.2.6.22 del Decreto 1083 del 2015.

De acuerdo con lo anterior, procedió el SENA mediante la comunicación electrónica del 02 de agosto de 2020, quien pone a disposición del accionante un listado de los empleos temporales vacantes, indicándole con total claridad la siguiente información: i) el Programa de la planta temporal, ii) la Regional en la que se encuentra el cargo, iii) el Centro de Formación del empleo, iv) la denominación del cargo, v) Cantidad de cargos ofertados, vi) la posición en el listado elaborado por el Grupo de Relaciones Laborales y vii) el puntaje definido en la lista de elegibles. Esto, con la finalidad de que el accionante en su condición de elegible pueda optar por una de las vacantes, quedando su nombramiento supeditado a que cumpla con los requisitos previstos para el respectivo empleo temporal en la Resolución 1694 del 28 de septiembre 2017 "por la cual se adopta el manual específico de Funciones y de Competencias Laborales para los Empleos Temporales de la planta de personal del Servicio Nacional de Aprendizaje- SENA" y, que efectivamente entre todos los demás postulante, se encuentre en la posición más meritoria, es decir, que tenga el puntaje más alto.

El Juzgado como ya lo había anunciado, encuentra que este procedimiento se ajusta plenamente a las garantías constitucionales previstas para la provisión de empleos temporales y, además, es respetuosa de sus derechos fundamentales.

No le asiste la razón entonces al accionante y a los terceros intervinientes que lo coadyuvan al pretender que para la provisión de los empleos temporales que se encuentran vacantes, las entidades accionadas deban convocar a la audiencia pública regulada en los artículos 12 y siguientes del Acuerdo 562 de 2016, expedido por la Comisión Nacional del Servicio Civil, *"Por el cual se reglamenta la conformación, organización y uso de las Listas de Elegibles y del Banco Nacional de Listas de Elegibles para las entidades del Sistema General de Carrera Administrativa, a las que aplica la Ley 909 de 2004"*

Como expresamente lo señala la misma entidad creadora del Acuerdo, dicha audiencia solo se encuentra prevista para la provisión de los empleos de carrera administrativa, más no para la provisión de los empleos temporales.

En tal sentido, manifestó el SENA que, para la provisión de los empleos temporales vacantes, no se invitó por cada uno de los 111 cargos disponibles a los elegibles de una sola OPEC, sino a todos los elegibles de todas las OPEC señaladas por la CNSC en la remisión de listados, la cual asciende a 5028 elegibles. Además, resalta que las condiciones que deben tener los elegibles son estrictas y acordes con las necesidades del servicio establecidas al momento de crear la planta temporal, precisadas en el respectivo manual de funciones, lo cual implica que no todos los elegibles pueden cumplir requisitos para acceder a los mismos, circunstancia que exige realizar necesariamente la fase de manifestación de interés y posterior verificación de requisitos.

En ese orden de ideas, considera el Despacho que las entidades accionadas no han vulnerado los derechos fundamentales del accionado, por el contrario, se ha dado pleno cumplimiento al procedimiento especial establecido para la provisión de empleos temporales en el artículo 21 de la Ley 909 de 2004 de acuerdo con los parámetros fijados por la Corte Constitucional en la Sentencia C 288 de 2014, los cuales fueron recogidos por el artículo 2.2.5.3.5 del Decreto 1083 de 2015, modificado por el Decreto 648 de 2017. Asimismo, se ha dado cumplimiento a las directrices generales establecidas en el marco de sus competencias, por la Comisión Nacional del servicio Civil en el Criterio Unificado de Provisión de Empleos de Plantas Temporales del 11 de febrero de 2016 y la Circular No. 20181000000107 del 28 de diciembre de 2018 expedidas por la CNSC, así como el procedimiento establecido para el caso concreto, por el SENA, mediante la Guía para provisión de empleos temporales.

Ahora bien, si el reproche de la parte accionante se dirige directamente en contra de la legalidad o constitucionalidad del procedimiento general establecido para la provisión de los empleos temporales, ha debido acudir a los respectivos medios de control establecidos por el ordenamiento jurídico para tal efecto.

Como se señaló desde un principio, la acción de tutela no es el mecanismo procedente para atacar la legalidad o constitucionalidad de actos generales, impersonales y abstractos. Por el contrario, sólo procederá excepcionalmente y como mecanismo transitorio, siempre y cuando se trate de conjurar la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable, cuando se establezca que el contenido del acto de carácter general, impersonal y abstracto afecta clara y directamente un derecho fundamental. Es así que sólo ante la existencia de un perjuicio irremediable el juez puede hacer uso de la facultad excepcional consistente en ordenar la inaplicación del acto para el caso concreto, con un carácter eminentemente transitorio mientras se produce la decisión de fondo por parte del juez competente.

En el caso concreto, el Despacho encuentra que no se presenta ningún perjuicio irremediable para el accionante, quien por el contrario, dentro del procedimiento descrito, podrá manifestar su interés, al igual que los demás miembros de las listas de elegibles vigentes, para optar al cargo para el cual considera que cumple con todos los requisitos de estudio y de experiencia establecidos en el respectivo manual de funcionales y, para el cual podría tener una posición más meritoria, de acuerdo a la información remitida por el SENA, mediante comunicación electrónica del 02 de octubre de 2020.

Por tal motivo, de conformidad con lo señalado, se negará la presente acción constitucional por existir otro medio de defensa judicial efectivo y, ante la ausencia de configuración un perjuicio irremediable o vulneración alguna a los derechos fundamentales del actor.

Además, se dispondrá levantar la SUSPENSIÓN del cronograma de postulación ordenada como medida provisional, mediante auto del 08 de octubre de 2020. En su lugar, se ordenará al SENA realizar una reprogramación de dicho cronograma, mediante el cual se garantice un lapso de tiempo igual al establecido inicialmente, con la finalidad de que las personas que hagan parte de las listas de elegibles remitidas por la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, puedan manifestar su voluntad de interés o rechazo para optar a la provisión de los empleos de la planta temporal del SENA que se encuentran actualmente vacantes.

En mérito de lo anteriormente expuesto, **EL JUZGADO VEINTE ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre del pueblo y por autoridad de la Constitución,

F A L L A:

PRIMERO: NEGAR presente acción de tutela instaurada por **DAVID LONDOÑO GONZÁLEZ en contra de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (CNSC) y del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE (SENA)**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: LEVANTAR la SUSPENSIÓN del cronograma de postulación ordenada como medida provisional, mediante auto del 08 de octubre de 2020.

En su lugar, se **ORDENA** al **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE (SENA)**, dentro de las (48) cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de esta providencia, proceder a reprogramar el cronograma de postulación, con la finalidad de que las personas que hagan parte de las listas de elegibles remitidas por la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, puedan manifestar su voluntad de

interés o rechazo para optar a la provisión de los empleos de la planta temporal de la entidad que actualmente se encuentran vacantes.

Para tal efecto, se garantizará un lapso de tiempo igual al establecido inicialmente y se cumplirá con las mismas condiciones de publicidad.

TERCERO: NOTIFICAR este fallo a las partes y demás intervinientes en forma personal, advirtiéndoles que contarán con el término de tres (3) días siguientes a la notificación de la providencia para efectos de la impugnación, conforme lo previsto en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: Remitir esta acción de tutela para su eventual revisión a la Honorable Corte Constitucional, en caso de no ser impugnado el presente fallo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JORGE HUMBERTO CALLE LÓPEZ
JUEZ

Firmado Por:

JORGE HUMBERTO CALLE LOPEZ
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 020 SIN SECCIONES ADMINISTRATIVO DE MEDELLÍN

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

d76aaaebcc2ca4e274d9c5ea2d5e29fcfb5c939ae1f29414c1da174496e92a4c

Documento generado en 23/10/2020 12:31:04 a.m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>