



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL HUILA

SALA SEXTA DE DECISIÓN

M. P. Dr. JOSÉ MILLER LUGO BARRERO

Neiva, quince (15) de abril de dos mil veinte (2020)

MEDIO DE CONTROL : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE : ISAIAS FARFÁN COLLAZOS
DEMANDADO : SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA
DECISIÓN : SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA No. 051
RADICACION : 41001 33 33 001-2016-00122-01

Aprobada en Sala Virtual según Acta No.018 de la fecha.

ASUNTO

Agotadas las etapas procesales correspondientes a la segunda instancia y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, se resuelve el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia del 19 de diciembre de 2018, proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Neiva, mediante la cual **negó** las pretensiones de la demanda y condenó en costas.

1. LA DEMANDA (fls. 4 al 27 C.1)

ISAIAS FARFÁN VARGAS, mediante apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicita que se declare la nulidad de la Resolución No. 2050 del 13 de octubre de 2015 “*Por la cual se ordena una novedad de personal*”, adoptada por el Decreto No. 250 de 2004, en el sentido de incluir a la señora Ana Mercedes Peña Atahualpa en la planta de personal en el cargo de Subdirector de Centro Grado 02 del Centro de Gestión y Desarrollo

Sostenible Surcolombiano de la Regional Huila con sede en Pitalito.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicita que se le designe en el cargo citado anteriormente, condenando al reconocimiento y pago de los salarios y demás prestaciones sociales dejadas de devengar desde el 13 de octubre de 2015 a la ejecutoria del fallo.

De igual manera, que se condene al pago de los intereses comerciales moratorios y las sumas dinerarias sean actualizadas, con condena en costas conforme al art. 188 del C.P.A.C.A., y que se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos establecidos en el art. 192 del C.P.A.C.A., con los ajustes contemplados en el art. 187 del C.P.A.C.A.

1.1. Refiere los siguientes **HECHOS**:

- Que ingresó al Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA y que con el Departamento Administrativo de la Función Pública DAFP, se suscribió el Convenio Interadministrativo No. 28 de 2013, con el objeto que el DAFP apoye el proceso de méritos para la provisión de cargos en el Sena.
- Que el director general del SENA, mediante Resolución No. 00883 del 19 de mayo de 2015, declaró abierto el proceso de selección meritocrático público y abierto, según convocatoria No. 004 de 2015, para conformar terna de candidatos para cada uno de los centros de formación profesional integral, entre los cuales se incluyó el cargo de Subdirector de Centro grado 02 del Centro de Gestión y Desarrollo Sostenible Surcolombiano de la Regional -Huila, con sede en Pitalito; en la que se estableció el perfil, características y la experiencia que se requería para el cargo.
- Mediante Resolución No. 1246 del 1 de julio de 2015, el director general (E) del SENA, modificó parcialmente el cronograma del proceso de creación de ternas establecidos en la Convocatoria No. 004 de 2015.
- Dentro del cronograma del proceso de selección, se incluía como actividad una serie de pruebas así:

- a) Prueba de conocimientos, con carácter eliminatorio y con un porcentaje dentro del proceso del 30%;
 - b) Prueba de habilidades gerenciales, con carácter clasificatorio y un porcentaje dentro del proceso del 30%;
 - c) Prueba de entrevista, aplicada por el DAFP y el SENA, con un porcentaje dentro del proceso del 30%;
 - d) Prueba de análisis de antecedentes, aplicada por el DAFP con carácter clasificatorio y un porcentaje dentro del proceso del 10%.
- Practicada la totalidad de las anteriores pruebas, se publicaron los respectivos resultados, sobre los cuales no hubo reclamación alguna dentro del término establecido.
 - Los resultados que obtuvo en cada una de las pruebas realizadas fueron los siguientes:
 - Prueba de conocimientos: 69 puntos sobre 100, que con relación al porcentaje del 30% corresponde al 20,70%.
 - Prueba de habilidades gerenciales: 83 puntos sobre 100, que con relación al porcentaje del 30% corresponde al 24,90%.
 - Prueba de entrevista: 92 puntos sobre 100, que con relación al porcentaje del 30% corresponde al 27,60%.
 - Prueba de antecedentes: 85 puntos sobre 100, que con relación al porcentaje del 10% corresponde al 8,5%.
 - Que una vez realizada la sumatoria de los resultados ponderados anteriores, obtuvo como calificación final el 81,70%, siendo el mayor entre todos los resultados, de los (13) candidatos que superaron la prueba eliminatoria de conocimientos.
 - El día jueves 20 de agosto de 2015 recibió correo electrónico de la Dra. Ivonne Domínguez Martínez, profesional G 08 del Grupo de relaciones laborales de la Secretaria General de la Dirección General del SENA, igualmente una llamada telefónica, solicitándole diligenciar el formato único de hoja de vida con el fin de publicarla en la página web de la entidad como en la del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, para el conocimiento de la ciudadanía y la formulación de observaciones, en armonía de lo establecido en el Decreto 4567 de 2011, teniendo

en cuenta que había sido escogido para ocupar el cargo por haber obtenido el primer puesto. Dicha solicitud que fue atendida mediante correo electrónico a la Dra. Ivonne Domínguez Martínez, el viernes 21 de agosto, siendo este complementado en horas de la tarde.

- Que el martes 8 de septiembre de 2015 procedió a remitir un correo electrónico con destino al Dr. Carlos Hernán Vargas Hernández, Coordinador del Grupo de Relaciones Laborales -Secretaría General de la Dirección General del SENA, donde manifiesta su preocupación del porqué no se había publicado su hoja de vida en la página web del Departamento Administrativo de la Presidencia y del SENA, cuando ya la misma había sido enviada desde el 21 de agosto del 2015, sin que hasta el momento le hubieren dado respuesta. Lo anterior, dado que en la región se empezó a afirmar que no iba a ser nombrado por cuanto esa cuota política le correspondía al Senador Hernán Andrade Serrano y este ya había decidido apoyar a la señora Ana Mercedes Peña Atahualpa.
- Sin embargo, con extrañeza y preocupación advirtió que el día 24 de septiembre de 2015 se publicó en la página web del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y del SENA el 25 de septiembre, la hoja de vida de la señora Ana Mercedes Peña Atahualpa, quien obtuvo los siguientes resultados:
 - Prueba de conocimientos: 64 puntos sobre 100, que con relación al porcentaje del 30% corresponde al 19,20%.
 - Prueba de habilidades gerenciales: 88 puntos sobre 100, que con relación al porcentaje del 30% corresponde al 26,40%
 - Prueba de entrevista: 90 puntos sobre 100, que con relación al porcentaje del 30% corresponde al 27,00%
 - Prueba de antecedentes: 80 puntos sobre 100, que con relación al porcentaje del 10% corresponde al 8,0%.
- Una vez realizada la sumatoria de los resultados ponderados anteriores, esta obtuvo como calificación final el 80,60%, siendo inferior a la del actor; es decir, que ocupó el segundo lugar.
- Enterado de la anterior situación, procedió el día 26 de septiembre,

dentro del término establecido en el artículo 3 del Decreto 4567 de 2011, a realizar la respectiva observación, manifestando entre otras razones vulneración de sus derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso, ya que había obtenido el primer puesto con la calificación más alta dentro de las pruebas que fueron realizadas según la convocatoria; observaciones de las cuales solo obtuvo respuesta vía correo electrónico por parte Doctor Carlos Hernán Vargas Hernández, Coordinador del Grupo de Relaciones Laborales - Secretaria General de la Dirección General del SENA, el 21 de octubre de 2015, días después de haberse realizado el nombramiento.

- El Director General del Sena, mediante Resolución No. 2050 del 13 de octubre de 2015, ordena la novedad en la planta de personal de la institución, nombrando a la señora Ana Mercedes Peña Atahualpa en el cargo de Subdirectora de Centro Grado 02 del Centro de Gestión y Desarrollo Sostenible Surcolombiano - Pitalito de la Regional Huila; desconociendo el resultado del proceso de selección meritocrático adelantado mediante concurso.
- La señora Ana Mercedes Peña Atahualpa tomó posesión del cargo el 13 de octubre de 2015, según Acta de Posesión No. 157.
- Posteriormente el actor presentó acción de tutela por los hechos anteriormente expuestos, la cual le correspondió por reparto a Juzgado Cuarto de Familia de Neiva, quien en primera instancia, mediante fallo de tutela de fecha 17 de Noviembre de 2015, resolvió negar los derechos invocados por el actor.
- Dicha decisión fue impugnada y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva Sala Primera de Decisión Civil, Familia, Laboral, en sentencia de tutela de segunda instancia resolvió confirmar la sentencia emitida considerando que *“(...) la queja tutelar encalla (sic) en la causal de improcedencia estipulada en el inciso 3 del artículo 86 de la Carta Política en armonía con la regla 6 del Decreto 2591 de 1991, porque la resolución aludida en suma debe atacarse a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, de conformidad con lo establecido en el precepto 137 de la Ley 1437 de 2011 (...)”*.

1.2. Normas violadas y Concepto de violación

Invoca como causales de nulidad las siguientes:

- **La Meritocracia**

Aduce que es un proceso mediante el cual, el legislador quiso proteger el debido proceso, la participación igualitaria y el derecho a ser elegido en cargos de cualquier índole y jerarquía en igualdad de condiciones, siempre y cuando el elegido, reuniera todos los requisitos exigidos en la Ley y en la convocatoria ocupara el primer lugar en la lista de elegibles que se conformaría después del proceso meritocrático.

De esta manera, opera para los procesos de selección para proveer cargos de cualquier índole, es decir, tanto para los de carrera administrativa como los de libre nombramiento y remoción, sin que ello implique la modificación de la naturaleza del cargo.

El SENA adelantó proceso de selección mediante concurso de méritos público y abierto para seleccionar las personas que se desempeñaran en los cargos de Subdirector de Centro de diversas regionales, el cual estaba amparado en las reglas del concurso o convocatoria, cuyas etapas debieron surtirse en armonía con el procedimiento administrativo orientado a garantizar los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad en el proceso de elección.

Con fundamento en los resultados de las pruebas del concurso público de méritos, el Director General del Sena tendría que elegir como Subdirector de Centro al aspirante que obtuviera el mejor puntaje, dentro de los concursantes que se presentaron para la correspondiente regional; sin embargo, haciendo uso de la supuesta facultad discrecional que le asiste al nominador, nombró en el cargo de Subdirector de Centro Regional Pitalito, a una persona que hace parte de la terna, pero que no ocupó el primer lugar de los resultados de cada una de las pruebas determinadas en la convocatoria.

Arguye que, analizando los términos y condiciones de la convocatoria, no existe claridad en lo relacionado con la conformación de la terna y sobre las facultades legales o estatutarias o discrecionalidad que

tiene el Director General del Sena, no para nombrar o nominar, sino para escoger a cualquier integrante de la terna generando confusión.

Que en el Anexo 1 de la Convocatoria No. 004 de 2015, frente a la conformación de la terna se establece:

"Conformación de la terna: Con los mayores puntajes obtenidos para cada cargo, al final del proceso se conformará un listado de tres aspirantes para cada empleo en convocatoria.

La terna quedará a disposición del Gobernador en orden alfabético para la selección de manera discrecional y en igualdad de condiciones para el empleo de Director Regional"

De lo anterior observa que en ningún momento se afirma o establece los parámetros de la convocatoria, menos que el Director General del SENA, tenga la discrecionalidad para escoger a alguien de la terna, por lo tanto, debe nombrarse al primero o a quien obtenga el primer lugar dentro del concurso en armonía con los principios que rigen los concursos de méritos para la provisión de cargos públicos.

Considera que la convocatoria pareciera estar diseñada para la selección de la terna de Director Regional y no para Subdirectores de Centro; y en ninguna parte de la misma se establece facultad o atribución alguna de orden legal o estatutaria al Director General del SENA, para ejercer la "discrecionalidad para escoger a los Subdirectores de Centro".

Como se advierte del texto mismo de la convocatoria, la discrecionalidad para escoger dentro de una terna, está dada es para los Gobernadores de los Departamentos, en los procesos de escogencia de los Directores Regionales, de acuerdo a lo consagrado como atribuciones o funciones de los Gobernadores en la Constitución Política, numeral 13 del artículo 305, que es una excepción de carácter constitucional que ha reconocido la Corte Constitucional.

Ahora bien, la dirección general del SENA, en ningún momento profirió un acto administrativo conformando la terna con los mejores puntajes, siempre lo que publico fue la lista de los aspirantes con el resultado consolidado de los resultados obtenidos en orden descendente de mayor a menor, es decir, la lista de elegibles, conforme lo establece las normas y reglas jurisprudenciales del concurso de méritos, para proceder así el nominador a nombrar a quien obtuvo el mayor puntaje, mas no la de

escoger entre los tres mejores puntajes.

La facultad discrecional del Director General para nombrar a los Subdirectores de Centro, está dada entre otras por el artículo 26 del Decreto 249 de 2004.

En relación con la vigencia de la lista de elegibles la Corte Constitucional ha manifestado: “(...) *La lista de elegibles es un instrumento que garantiza la transparencia del proceso de selección, provee información sobre quienes tienen derecho a ser nombrados en los cargos para los cuales se hizo la convocatoria y sobre quienes tendrán en el futuro un derecho preferencial a ser nombrados en vacantes que surjan durante los dos años de la vigencia de la lista*”; así las cosas, es claro que la vigencia de una lista de elegibles se extiende hasta su último día, es decir, hasta el último día en que se cumplan los dos años de los que habla la Ley 909 de 2004.

La finalidad del concurso de méritos es que los empleos sean provistos con quienes demuestren las calidades académicas, la experiencia y las competencias requeridas para el desempeño de los empleos, por tanto, toda actuación administrativa que se adelante debe estar encaminada a cumplir con dichos cometidos, pues no es dado a la administración conculcar los principios sobre los cuales se debe surtir su actuación por el incumplimiento de formalidades que conllevarían al sacrificio de derechos fundamentales.

En tal sentido, debe advertirse que el ofrecimiento a efectuarse a los elegibles está encaminado únicamente a definir en estricto orden de méritos los elegibles que deberán ser nombrados en los empleos objeto de provisión. Así las cosas, a fin de que la entidad realice el ofrecimiento previo a los elegibles, en el cual se advierte que las vacantes a ser provistas se asignarán en estricto orden de méritos.

- **Desconocimiento del mérito para el acceso a los cargos públicos**

Estima violado el artículo 125 de la Constitución Política, como quiera que con el nombramiento de la señora Ana Mercedes Peña Atahualpa, el SENA desconoce el mérito para el ingreso a los cargos públicos y el ascenso en los mismos.

Indicó que pese a que el Acuerdo de convocatoria indica expresamente que dicha convocatoria se ceñirá estrictamente a las condiciones y términos establecidos, no quiere ello significar que el SENA pueda actuar en contravía de los presupuestos y principios que rigen el acceso a los cargos públicos, toda vez que los concursos de méritos han sido creados para buscar la eficiencia y eficacia en el servicio público, para proteger la igualdad de oportunidades, y para brindar la protección de los derechos subjetivos derivados de los artículos 53 y 125 de la C. P.

El acceso a los cargos públicos se constituye en una garantía con la que cuenta el ciudadano para presentarse a concursar cuando haya cumplido los requisitos que la respectiva convocatoria prevé; derecho que goza del carácter de fundamental, tal como la Corte Constitucional lo ha considerado.

Que la Sala Plena de la Corte Constitucional, en sentencia SU-133 de 1998, unificó la doctrina referida a los concursos en los siguientes términos:

“(...) El concurso es el mecanismo considerado idóneo para que el Estado, dentro de criterios de imparcialidad y objetividad, mida el mérito, las capacidades, la preparación y las aptitudes generales y específicas de los distintos aspirantes a un cargo, con el fin de escoger entre ellos al que mejor pueda desempeñarlo, apartándose en esa función de consideraciones subjetivas, de preferencias o animadversiones y de toda influencia política, económica o de otra índole.

La finalidad del concurso estriba en últimas en que la vacante existente se llene con la mejor opción, es decir, con aquel de los concursantes que haya obtenido el más alto puntaje. A través de él se evalúa y califica el mérito del aspirante para ser elegido o nombrado”

El Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, al nombrar al segundo en la lista del concurso para proveer el cargo de Subdirector de Centro Grado 02 del Centro de Gestión y Desarrollo Sostenible Surcolombiano de la Regional del Huila con sede en Pitalito, viola el artículo 26 del Decreto 249 de 2004, pues dicha normatividad establece que el nombramiento debe obedecer a un proceso de selección por méritos, bajo criterios objetivos en el que se evalúa a cada candidato que demuestre capacidades y conocimientos para el desempeño del cargo al cual aspira.

Es de resaltar que no tendría ningún objeto el proceso de selección de los candidatos, que se hace a través de la valoración de las condiciones

académicas, de trabajo y de conocimiento, si aquellos no van a ser tenidos en cuenta al momento de la elección del cargo al que se aspira, pues la elección de la señora Ana Mercedes Peña Atahualpa en el cargo de Subdirector de Centro Grado 02 del Centro de Gestión y Desarrollo Sostenible Surcolombiano de la Regional del Huila con sede en Pitalito, quien ocupó el segundo lugar en la puntuación del concurso de méritos, se basó en un examen de su hoja de vida, parámetro de evaluación que no fue mencionado en la convocatoria inicial, hecho que vulnera el debido proceso que debe contar todo proceso de selección, pues si se hubieren tenido en cuenta los resultados finales del concurso meritocrático, se hubiera nombrado en el cargo al demandante, quien ocupó el primer lugar en todas y cada una de las pruebas que fueron aplicadas en desarrollo de la convocatoria.

Del mismo modo, no es validado que el SENA argumente que no es cierto que la convocatoria obliga al nominador a seleccionar al mejor de los concursantes, alegando que el objeto de la convocatoria era el de conformar una terna de la cual el Director General del SENA escogería a los Subdirectores Regionales, por lo que considera que no hay obligación alguna a nombrar al primero de la terna; pues si bien la entidad demandada cuenta con discrecionalidad al tratarse de un cargo de libre nombramiento y remoción, al someter dicha designación a las reglas del concurso de méritos, debió respetar los resultados del mismo, nombrando a quien ocupó el primer lugar de las pruebas, que es precisamente la finalidad del sistema de mérito para la provisión de cargos públicos, por ende las reglas que imperan el concurso de méritos de los empleados de libre nombramiento y remoción se rigen por los mismos pilares y principios de los que rigen la carrera administrativa.

- **Concurso de méritos y elaboración de ternas para la elección**

Afirma que la elección de los gerentes de las Empresas Sociales del Estado, tienen procedimiento similar al establecido para el nombramiento de los subdirectores del SENA, por ende trajo a colación algunos apartes jurisprudenciales en donde la Corte Constitucional ha establecido que el no nombrar al individuo que tuvo el mejor puntaje desconoce las normas generales establecidas en los concursos de méritos.

Afirma que en el presente caso, si bien el cargo al cual se postuló el demandante, es de libre nombramiento y remoción, al sujetar el legislador

la elección de quien lo ejerce al sistema de concurso de méritos, el nominador, en este caso, el director general de Sena, debió respetar los resultados del mismo, nombrando a quien ocupó el primer lugar que en este caso al actor Isaías Farfán Collazos, pues fue el quien ocupó en todas las pruebas los mayores resultados, ya que lo contrario riñe con la finalidad del sistema de mérito para la provisión de cargos públicos.

Indicó que la naturaleza y forma de proveer el cargo de subdirector del centro de formación profesional del SENA, se encuentra establecida en el artículo 26 del Decreto 249 del 28 de enero de 2004 “Por el cual se modifica la estructura del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA”, el cual reza:

“Artículo 26. Los Subdirectores de los Centros de Formación Profesional Integral del SENA son funcionarios de libre remoción por parte del Director General del SENA. En todo caso, su nombramiento deberá realizarse mediante un proceso de selección meritocrático, sujeto a veeduría ciudadana. Para tal fin deberá realizarse una selección de por lo menos tres (3) candidatos por cada Centro”.

En cumplimiento de dicha norma, el SENA suscribió convenio interadministrativo con el Departamento Administrativo de la Función Pública DAFP, con el objeto de que el DAFP apoye los procesos de méritos para la provisión de cargos de Gerencia Publica en el SENA.

Afirma que existe precedente judicial de un caso con similares características proferido mediante sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca, de fecha 27 de septiembre de 2011, Magistrado Ponente Carlos H. Jaramillo Delgado, en donde se confirma la sentencia del 6 de agosto de 2010 proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Popayán, expediente 2004-02215-01, Actor César Alveiro Trujillo Solarte, quien en ejercicio de la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho demanda un acto administrativo proferido por el SENA, en donde se nombra como Subdirector del Centro Industrial de la Regional Cauca a una persona que ocupó el segundo lugar de los resultados de las pruebas consignadas en la convocatoria a concurso de méritos.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA¹

La apoderada de la entidad se opone a que se declare la nulidad de la Resolución No. 2050 del 13 de octubre de 2015, ya que la misma fue expedida por el funcionario competente, en ejercicio de las facultades legales y de conformidad con las normas constitucionales y legales vigentes que regulan la materia, por lo cual el acto administrativo es legal y no recae sobre él, causal alguna para declarar su nulidad, manteniendo incólume su presunción de legalidad.

En cuanto a los hechos manifestó que el primero, segundo, tercero, cuarto, quinto, sexto, décimo primero, décimo quinto, décimo sexto, décimo séptimo y décimo noveno son ciertos; el séptimo, undécimo, décimo tercero y décimo octavo son parcialmente ciertos; el octavo, noveno y décimo no son ciertos y el décimo cuarto no es un hecho.

Seguidamente, luego de hacer referencia a la naturaleza jurídica de la entidad, afirma que la provisión de los empleos se rige por las normas generales de empleo público -Ley 909 de 2004 art. 47 y 49-, pero también tiene dentro de los estatutos adoptados por Decreto, normas relativas al concurso, selección y nombramiento de Subdirectores de Centro, que son empleos de nivel directivo en la entidad, y el art. 26 del Decreto 249 de 2004 dispone como debe hacerse su nombramiento.

De conformidad con dicha norma, la finalidad del proceso de selección no es nombrar a quien tenga el mayor puntaje, sino seleccionar por lo menos 3 candidatos para ocupar el cargo en el respectivo dentro de formación.

Por lo anterior, considera que el concurso meritocrático y nombramiento de los subdirectores del Centro del Sena no puede ser analizado ni decidido bajo las normas y argumentos expuestos para analizar los concursos de provisión de cargos de carrera administrativa, sino por las normas aplicables a los concursos de la entidad que se encuentran vigentes y gozan de presunción de legalidad.

Adujo que en la convocatoria objeto de la presente demanda se

¹ Fl. 119 a 135 C. Ppal

consignó expresamente que el objeto de la misma era conformar la lista de candidatos con arreglo a los principios de mérito, pero en el nombramiento no se excluiría la facultad discrecional otorgada por la Ley para el nominador, por tratarse de cargos de libre nombramiento y remoción.

Que en el art. 2 de la Resolución No. 0883 de 2015, estableció una regla y condición expresa y conocida por el demandante, en el que el objeto del proceso no era la selección del primero para ocupar el cargo de subdirector, sino la conformación de la lista de elegibles de mínimo 3 candidatos, de los cuales se escogería discrecionalmente la persona que ocuparía el empleo.

Arguye que las reglas se dieron a conocer a los aspirantes, incluido el actor, y las reglas para la conformación de la lista de elegibles fue aceptada por el demandante con la suscripción del formulario de inscripción. Que, de igual manera, en las condiciones de la convocatoria se estableció la conformación de la terna, condición que fue aceptada por el señor Farfán, así como la exclusión de derechos de carrera administrativa.

Afirma que la facultad del director general para nombrar a quienes ocupen el cargo de subdirectores de Centros de Formación Profesional de la lista de candidatos elegibles se deriva del art. 47 de la Ley 909 de 2004. La discrecionalidad aludida la soporta legal y reglamentariamente en la Ley 909 de 2004, Decreto 249 de 2004 y el art. 3 del Decreto 1972 de 2002.

Adujo que es claro que el proceso meritocrático se adelantó con el fin de determinar la terna de elegibles dentro del mismo, entre quienes el director ejerce la facultad de nominación, situación que tiene respaldo legal como ya se mencionó. En ese sentido el concurso aludido se realizó conforme a los principios de la administración de personal y con base en la normativa expuesta en los arts. 47 y 49 de la Ley 909 de 2004, especialmente art. 26 del Decreto 249 de 2004.

Menciona que no hay manera de desvirtuar el postulado que alude al mérito, la capacidad y la experiencia no se haya cumplido dentro del proceso que el actor considera que transgrede sus derechos, por cuanto en él se desarrollaron las pruebas necesarias para determinar las condiciones para el desempeño de un cargo de gerencia pública, como es el de

Subdirector del Centro de Gestión y Desarrollo Sostenible Colombiano de la Regional Huila, y que consistieron en una prueba escrita, entrevista y valoración de antecedentes de estudio y experiencia.

Resaltó que todos los aspirantes que ingresan a la lista de elegibles según se reglamentó en la Resolución No. 0883 de 2015, tienen igualdad de condiciones de elegibilidad, tal como expresó el anexo 1.

Propuso las excepciones denominadas *presunción de legalidad, buena fe e ineptitud sustantiva de la demanda*.

3. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA²

El Juzgado Primero Administrativo de Neiva, mediante sentencia del 19 de diciembre de 2018, negó las pretensiones y condenó en costas a la parte actora, fijando como agencias en derecho la suma de un S.M.L.M.V.

El *a quo* luego de realizar un resumen del material probatorio obrante en el expediente consideró que en el sub lite se surtió un proceso meritocrático mediante la Convocatoria No. 004 de 2015 para surtir el cargo de Subdirector de Centro G 02 del Sena, el cual es de libre nombramiento y remoción de conformidad con el art. 26 del Decreto 249 de 2004; proceso en el que participó el accionante alcanzando el mayor puntaje definitivo en la prueba de conocimiento, entrevista, prueba de habilidades gerenciales y antecedentes.

Teniendo en cuenta que la reprocha del demandante consiste en que habiendo obtenido el mayor puntaje definitivo, por ende, el primer lugar dentro de la terna, no haya sido escogido y nombrado en el cargo, precisó que los cargos de libre nombramiento y remoción, contrario a los de carrera son designado con base en las capacidades, pero también con la confianza del ejercicio de las funciones que se van a desempeñar y por la cual se ha otorgado cierta libertad a la administración para seleccionar y retirar a estos empleados públicos.

² Fl. 228 a 236 C. Ppal. 2

Que el cargo de subdirector corresponde a los de libre nombramiento y remoción, por cuanto cumple con las características de pertenecer al nivel directivo y ser de aquellos que implican confianza, pues las funciones asignadas son de aquellas del nivel jerárquico cuyo ejercicio involucra cierta confianza y manejo, en consideración a la administración, coordinación y asesoría; en tal virtud, el director podía disponer libremente del empleo mediante el nombramiento de su titular.

Pero para su nombramiento, pese a su naturaleza de empleo de libre nombramiento y remoción, se ha dispuesto un proceso meritocrático para su provisión, sin que ello implique las mismas reglas de juego de los concursos de méritos previstos para los cargos de carrera.

Así, mediante el Decreto 249 del 28 de enero de 2004, se modificó la estructura del Sena, y en art. 26 estableció la forma de hacerse su nombramiento; en tanto, superado el proceso de selección meritocrático que la Ley contempla para estos casos, el nominador está en la libertad de disponer libremente su provisión o retiro, incluso, sin que sea necesario expresar los motivos que lo llevan adoptar una u otra decisión, siendo que tanto su designación como desvinculación se realiza en ejercicio de la potestad discrecional del nominador de la entidad, en la cual se encuentra el empleo referido.

Como sustento jurisprudencial trajo a colación sentencia del Consejo de Estado del 9 y 16 de febrero de 2012, de la Corte Constitucional la sentencia T-755 de 2013, así como el concepto No. 24442 de 2018 del Departamento Administrativo de la Función Pública.

De esta manera, en virtud al correcto uso de la potestad discrecional, no se configura la desviación de poder alegada, pues el acto acusado fue proferido en uso de sus atribuciones legales.

Afirmó que no se observa vulnerado el debido proceso, como tampoco una expedición irregular del acto acusado, pues el trámite se cumplió en debida forma, con el respeto de las garantías legales para los participantes, tanto así, que el actor sacó el mejor puntaje; aunado a ello, la competencia para proferir el acto esta dada en la norma art. 26 del Decreto 249 de 2004, que faculta al Director General del Sena para ejercer la potestad discrecional de escoger al nominado de entre las personas que conforman la terna, los que se encuentran en igualdad de condiciones una

vez ternados.

Afirmó que aunque el accionante adujo que vía telefónica le anunciaron su nombramiento, de ello no existe prueba, y los correos enviados a la entidad con la hoja de vida no tienen contundencia suficiente para derivar ese hecho, a obligación para la entidad de nombrarlo en el cargo.

De igual manera sucede con la afirmación que paso solo a una mera afirmación sin sustento probatorio, referente a que no lo nombraron en el cargo debido a influencia de un político de la región que necesitaba el cargo para su recomendada, quien, a juicio del actor, fue la persona a quien finalmente el director de la entidad designó en el cargo.

4. RECURSO DE APELACIÓN. (fls. 240 a 263 C. 2).

El apoderado de la parte demandante inconforme con la decisión, centra su disenso en que el *a quo* no le concedió valor alguno a las pruebas documentales aportadas, pues no hizo alusión alguna a la sentencia del 27 de septiembre de 2011 del Tribunal Administrativo del Cauca que falló un caso de idénticas características y resolvió que debió respetarse los resultados nombrando a quien ocupó el primer lugar, ya que lo contrario riñe con la finalidad del sistema de mérito para la provisión de cargos públicos, considerando que esta es un precedente y de acuerdo a lo manifestado por la Corte Constitucional, debe ser considerada en casos posteriores y con circunstancias similares, estando de esta manera obligados los operadores judiciales a mantener la misma línea jurisprudencial, en aras de garantizar el derecho a la igualdad y los principios de seguridad jurídica y confianza legítima de los administrados.

Trajo aparte de las providencias C-181/10, C-123/13, C-046/18, para argumentar que cuando la administración decide someter a concurso la provisión de un cargo de libre nombramiento y remoción, debe sujetarse a las reglas propias del concurso fijadas por la Ley y jurisprudencia; por tal razón, una vez culminado el proceso meritocrático, se organizan los aspirantes en estricto orden de elegibilidad, se conforma una lista de elegibles en los términos señalados por la Ley y jurisprudencia.

En cuanto a la lista de elegibles menciona lo expresado por la Corte Constitucional en la sentencia SU-446/11, según la cual ha hecho énfasis en que el mérito es el criterio que como regla general debe presidir el nombramiento o designación de quienes van a desempeñar la función pública y en concordancia con el art. 125 de la C.P., ha estimado que el concurso es el mecanismo adecuado para evaluar tanto los factores objetivos como los subjetivos, de modo que el resultado final determina la designación en estricto orden de elegibilidad.

En este caso, pese a que el acuerdo de convocatoria indica expresamente que la misma se ceñirá estrictamente a las condiciones y términos establecidos, no significa que la entidad pueda actuar en contravía de los presupuestos y principios que rigen el acceso a los cargos públicos, toda vez que los concursos de méritos han sido creados para buscar la eficiencia y eficacia en el servicio público, para proteger la igualdad de oportunidades y brindar la protección de los derechos subjetivos derivados de los artículos 53 y 125 de la C.P.

Considera que no es válido el argumento de que la convocatoria no obliga al nominador en la selección de los concursantes, alegando que el objeto de la convocatoria era el de conformar una terna de la cual el director general del Sena escogería a los subdirectores regionales, por lo que afirma que no hay obligación alguna de nombrar al primero de la terna, pues si bien la entidad cuenta con discrecionalidad al tratarse de un cargo de libre nombramiento y remoción, al someterse dicha designación a las reglas del concurso de méritos debió respetar los resultados del mismo nombrando a quien ocupó el primer lugar de la pruebas, siendo esta la finalidad del sistema de mérito para la provisión de cargos públicos, por ende, las reglas que imperan el concurso de méritos de los empleados de libre nombramiento y remoción se rigen por los mismos pilares y principios de los que rigen la carrera administrativa.

A su parecer, el deber ser radica en que la terna deberá ser conformada por los 3 concursantes que hayan obtenido las mejores calificaciones y el nominador deberá designar en el cargo a quien haya obtenido el más alto puntaje, el resto de la terna operará como una lista de elegibles, de modo que cuando no sea posible designar al candidato que obtuvo la mejor calificación, el nominador nombrará al segundo o en su defecto el tercero.

Adujo que el a quo omitió considerar que en la Resolución No. 2050 de 2015 no se sustentan las razones concretas y objetivas por las que se escogió a la señora Ana Mercedes Peña Atahualpa, quién ocupó el segundo lugar de la terna y no al hoy demandante, vulnerando el derecho al debido proceso y legalidad del acto administrativo, como lo indica la Corte Constitucional.

De ahí que, tratándose de cargos de libre nombramiento y remoción, si el legislador determina que la forma de proveerlos, es el concurso de méritos, el nominador debe sujetarse a las reglas del mismo, las cuales no pueden ir en contra del ordenamiento jurídico, al escoger una persona con fundamento en la discrecionalidad del nominador que no ocupó el primer puesto en los resultados de los exámenes.

Solicita revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar acceder a la totalidad de las pretensiones de la demanda.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN ESTA INSTANCIA.

5.1. DEMANDANTE³

Ratifica los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

5.2. SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA⁴:

La apoderada de la entidad se ratifica en los argumentos de hecho y derecho presentados en la contestación de la demanda, reiterando la legalidad de la actuación administrativa que originó el acto demandado, solicitando absolver de todas y cada una de las peticiones incoadas a la entidad, denegando las pretensiones del señor Isaías Farfán Collazos.

5.3 MINISTERIO PÚBLICO (fls. 33 C. 2ª inst.).

Guardó silencio durante el término del traslado.

³ Fl. 16 a 27 C. 2ª instancia

⁴ Fl. 29 a 32 C. de 2ª Instancia

CONSIDERACIONES DE LA SALA.

1. PROBLEMA JURÍDICO:

Teniendo en cuenta que el *a quo* denegó las pretensiones y que la parte demandante recurrió tal decisión, la Sala deberá determinar si *¿procede la nulidad de la Resolución No. 2050 del 13 de octubre de 2015, “Por la cual se ordena una novedad de personal”, y si como consecuencia, el demandante ISAIAS FARFAN COLLAZOS tiene derecho a ser nombrado en el cargo de subdirector de centro grado 02 del SENA y el reconocimiento y pago de todos los salarios y demás prestaciones sociales dejadas de percibir desde el 13 de octubre de 2015 hasta la fecha, al haber obtenido el primer lugar en dicho concurso de méritos?*

2. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL APLICABLES

El Servicio Nacional de Aprendizaje “SENA” es un establecimiento público del orden nacional, con personería jurídica, patrimonio propio e independiente y autonomía administrativa, adscrito al Ministerio del Trabajo y Seguridad Social (hoy Ministerio de la Protección Social) de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 119 de 1994, cuya misión, según el artículo 2 ibidem, consiste en *“cumplir la función que le corresponde al Estado de intervenir en el desarrollo social y técnico de los trabajadores colombianos; ofreciendo y ejecutando la formación profesional integral, para la incorporación y el desarrollo de las personas en actividades productivas que contribuyan al desarrollo social, económico y tecnológico del país”*.

Por su parte, el artículo 125 de la Constitución Política previó que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera administrativa, sin embargo, exceptuó de dicha regla aquellos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los que la Ley determine.

Por medio del Decreto 249 del 28 de enero de 2004 el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades que le confiere el numeral 16 del artículo 189 de la Constitución Política y con sujeción a los principios contenidos en el artículo 54 de la Ley 489 de 1998, modificó la estructura del Servicio Nacional de Aprendizaje “SENA”.

Dicha norma en mención, estableció en su artículo 26 que los *“Subdirectores de los Centros de Formación Profesional Integral del SENA son funcionarios de libre remoción por parte del Director General del SENA. En todo caso, su nombramiento deberá realizarse mediante un proceso de selección meritocrático, sujeto a veeduría ciudadana. Para tal fin deberá realizarse una selección de por lo menos tres (3) candidatos por cada Centro”*

El Decreto 1426 del 24 de julio de 1998, modificado por el Decreto 248 de 2004, que establece *“el sistema de nomenclatura, clasificación y remuneración de los empleos públicos del SENA”*, en sus artículos 2 y 3 establece que el cargo de Subdirector hace parte del rango del nivel Directivo, por corresponderle la dirección, la formulación de políticas y la adopción de planes, programas y proyectos para su ejecución.

Respecto a la naturaleza y provisión de cargos de gerencia pública, los artículos 47 y 49 de la Ley 909 de 2004 establece:

“ARTÍCULO 47. EMPLEOS DE NATURALEZA GERENCIAL.

1. Los cargos que conlleven ejercicio de responsabilidad directiva en la administración pública de la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial tendrán, a efectos de la presente Ley, el carácter de empleos de gerencia pública.

2. Los cargos de gerencia pública son de libre nombramiento y remoción. No obstante, en la provisión de tales empleos, sin perjuicio de las facultades discrecionales inherentes a su naturaleza, los nominadores deberán sujetarse a las previsiones establecidas en el presente título.

3. La gerencia pública comprende todos los empleos del nivel directivo de las entidades y organismos a los cuales se les aplica la presente Ley, diferentes de: (...).”

“ARTÍCULO 49. PROCEDIMIENTO DE INGRESO A LOS EMPLEOS DE NATURALEZA GERENCIAL.

1. Sin perjuicio de los márgenes de discrecionalidad que caracteriza a estos empleos, la competencia profesional es el criterio que prevalecerá en el nombramiento de los gerentes públicos. (Negrilla fuera de texto)

2. Para la designación del empleado se tendrán en cuenta los criterios de mérito, capacidad y experiencia para el desempeño del empleo, y se podrá utilizar la aplicación de una o varias pruebas dirigidas a evaluar los conocimientos o aptitudes requeridos para el desempeño del empleo, la práctica de una entrevista y una valoración de antecedentes de estudio y experiencia.

3. La evaluación del candidato o de los candidatos propuestos por el nominador, podrá ser realizada por un órgano técnico de la entidad conformado por directivos y consultores externos, o, en su caso, podrá ser encomendado a una universidad pública o privada, o a una empresa consultora externa especializada en selección de directivos.

4. El Departamento Administrativo de la Función Pública apoyará técnicamente a las diferentes entidades públicas en el desarrollo de estos procesos.

5. El Departamento Administrativo de la Función Pública, formulará políticas específicas para la capacitación de directivos, con la finalidad de formar candidatos potenciales a gerentes de las entidades públicas.

PARÁGRAFO. *En todo caso, la decisión sobre el nombramiento del empleado corresponderá a la autoridad nominadora.” (Negrilla fuera de texto)*

3. LO PROBADO

Sea lo primero advertir que la Sala valorará las pruebas aportadas oportunamente al proceso y que reúnan los requisitos de autenticidad establecidos en los artículos 244 y s.s. del C.G.P.

En cuanto a los documentos que reposan en *copia simple*, serán valorados en aplicación de lo dispuesto en el artículo 246 del C.G.P.⁵, y lo señalado en la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado⁶, en la cual se indicó que deben ser valorados los documentos aportados por las partes en copia simple que obren a lo largo de la actuación sin ser tachados de falsos ni controvertidos por las partes.

⁵ Artículo 16: *Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, salvo cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una determinada copia.*

Sin perjuicio de la presunción de autenticidad, la parte contra quien se aduzca copia de un documento podrá solicitar su cotejo con el original, o a falta de este con una copia expedida con anterioridad a aquella. El cotejo se efectuará mediante exhibición dentro de la audiencia correspondiente.”

⁶ Consejo de Estado – Sala Plena de la Sección Tercera. Sentencia del 28 de agosto de 2013. C.P. Enrique Gil Botero. Número Interno 25.022. Esta tesis se acoge recientemente por la Sección Tercera Subsección A, en **sentencia del 24 de mayo de 2018**. C.P.: María Adriana Marín. Radicación número: 76001-23-31-000-2004-01129-01(41293)

- El Servicio Nacional de Aprendizaje Sena y el Departamento Administrativo de la Función Pública, suscribieron Convenio Interadministrativo de Cooperación No. 00028 del 24 de mayo de 2013, con el objeto de aunar esfuerzos para el diseño y ejecución del proceso de selección por mérito para la conformación de las listas de candidatos que integrarían las ternas con base en las cuales se escogería los Direcores Regionales, Distritales y los de Subdirectores de Centro del Sena, cuando se produzcan las vacantes definitivas de los cargos. (fl. 30 a 34 C. 1)
- Mediante Resolución No. 00883 del 19 de mayo de 2015 *“Por la cual se ordena la apertura de un proceso de creación de ternas para proveer empleos de la Gerencia Pública, Convocatoria No. 004 de 2015”*, se declaró abierto el proceso de selección meritocrático público y abierto. (fl. 36-37 C. 1)
- A través de la Resolución No. 1246 del 1 de julio de 2015, se modificó parcialmente el cronograma del proceso de creación de ternas para proveer empleos de gerencia pública, Convocatoria 002 y 004 de 2015, dispuestos en el anexo No. 1 y adenda No. 2 respectivamente. (fl. 38 a 45 C.1)
- El anexo 3 establece el manual específico de funciones, requisitos mínimos y competencias laborales. (fl. 46-47 C. 1)
- Resultados de las diferentes etapas surtidas en el proceso de selección, prueba de conocimiento, prueba de entrevista, pruebas de habilidades gerenciales y prueba de antecedentes. (fl. 50 a 54 C. 1)
- Correos electrónicos remitidos y recibidos por parte del señor Isaías Farfán a la entidad demandada, de los cuales hace mención en los hechos de la demanda. (fl. 55 a 64 C. 1)
- Resolución No. 2050 del 13 de octubre de 2015 *“Por la cual se ordena una novedad de personal”*, designando a la señora Ana Mercedes Peña Atahualpa como Subdirector de Centro Grado 2 del Centro de Gestión y Desarrollo Sostenible Surcolombiano – Pitalito. (fl. 65 C. 1)
- El actor presentó acción de tutela, solicitando el amparo a los

derechos fundamentales igualdad, trabajo, debido proceso y acceso a los cargos públicos, la cual fue conocida en primera instancia por el Juzgado Cuarto de Familia de Neiva y mediante sentencia del 17 de noviembre de 2015 no tuteló los derechos invocados, dicha decisión fue impugnada, y el Tribunal Superior de Neiva Sala Primera de Decisión Civil Familia Laboral en providencia del 18 de enero de 2016 confirmó la decisión inicial. (fl. 67 a 76 C. 1)

- Sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca el 27 de septiembre de 2011, en la que resolvió el recurso de apelación interpuesto por el Sena, en contra de la decisión del Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Popayán que ordenó la nulidad parcial del acto por medio del cual se nombró a la segunda persona que ocupó el concurso de méritos de dicha entidad al cargo de subdirector grado 2. (fl. 78 a 90 C. 1)
- Decreto No. 2485 del 2 de diciembre de 2014 “*Por medio del cual se fijan los estándares mínimos para el concurso público y abierto de méritos para elección de personeros municipales*” (fl. 91 a 94 C. 1)
- Formulario de inscripción a la Convocatoria No. 04 de 2015 para el cargo de subdirector de Centro G02 del demandante. (fl. 143 a 145 C. 1)
- Hoja de vida del señor Isaías Farfán Collazos. (C. pruebas 1 al 6)

4. EL CASO CONCRETO

Isaías Farfán Collazos pretende que se declare la nulidad de la Resolución No. 2050 del 13 de octubre de 2015 “*Por la cual se ordena una novedad de personal*”, suscrita por el Director General del Sena, considerando que se violaron sus derechos al haber participado y culminado todas las etapas del concurso de méritos para la conformación de la ternas a candidatos para proveer los cargos de gerencia pública ofertados mediante la Convocatoria No. 004 de 2015; sin embargo, siendo quien ocupó el primer lugar no fue nombrado, contrario sensu, se designó a la persona que ocupó el segundo lugar luego de surtido el proceso de selección.

El *a quo* decidió negar tales pretensiones considerando que al ser

un cargo de libre nombramiento y remoción, pese a existir un proceso meritocrático para su provisión, ello no implica las mismas reglas de juego de los concursos de méritos previstos para los cargos de carrera. Aunado a ello, la misma Ley contempla que el nominador está en libertad de disponer libremente su provisión sin que sea necesario expresar los motivos para adoptar uno u otra decisión, con fundamento en la facultad discrecional.

A tal decisión se opone la actora aduciendo que, aún tratándose de un cargo de libre nombramiento y remoción, al haber sido sometido a concurso de méritos, debe sujetarse a las reglas propias del mismo, por tanto, debe nombrarse en estricto orden de elegibilidad, de acuerdo con el puntaje obtenido por cada concursante. Afirma que la entidad no puede valerse de la facultad discrecional para desconocer que el actor obtuvo el primer puesto, puesto que iría en contravía del art. 125 de la C.P., y en estos casos, la terna operaría como una lista de elegibles.

La Sala, de acuerdo con lo anterior se permite hacer las siguientes precisiones del caso:

La Constitución Política consagra en su artículo 40 numeral 7 establece el derecho de acceso a cargos públicos, entendido como la garantía que le asiste a todo ciudadano de participar en un determinado proceso de selección para aspirar a un empleo público, una vez cumplidos los requisitos previstos para tal fin.

De igual manera, en aras de la protección de tal derecho, quien ha sido nombrado y posesionado en un cargo garantiza no ser removido arbitrariamente de éste, así como las condiciones necesarias para el normal desempeño de sus funciones.

Ahora bien, la forma de acceso al empleo público dependerá de la tipología dentro de la cual pueda enmarcarse el cargo respectivo. Los criterios de clasificación del personal al servicio de la administración pública se encuentran contenidos esencialmente en los artículos 123 y 125 superiores.

Para el presente caso, el artículo 125 constitucional consagra como empleo público los de (i) de carrera; (ii) de libre nombramiento y remoción; (iii) de elección popular; (iv) de trabajador oficial y (v) los

demás que determinen la Constitución y la Ley.

Cada uno de este tipo de empleos es provisto de diferente forma según la tipología a la que respondan. De esta manera, el sistema de provisión de los cargos de carrera está dado por el concurso público⁷, el cual constituye la regla general pues ha de aplicar a los empleos de dicha naturaleza y a cualquier otro, cuando la Constitución o la Ley no hayan determinado uno distinto.

De otro lado, la característica esencial de los cargos de libre nombramiento y remoción⁸, tal como se ha reiterando, es la discrecionalidad de que goza el nominador a efectos de vincular y retirar al servidor público de la administración. Su nombramiento es de naturaleza ordinaria⁹ en la medida en que basta el acto que así lo disponga y la aceptación por parte del funcionario designado, quien deberá acreditar el lleno de los requisitos exigidos para desempeñar el empleo.

De esta manera, aunque en principio la naturaleza del cargo público define su forma de provisión en los términos anotados, es posible que, en algunos empleos que no son de carrera, las vacantes sean provistas a través de la realización de un concurso público de mérito, a pesar de que éste sea el proceso de selección obligatorio para los empleos de carrera, no es exclusivo, ya que es viable que la Constitución o la Ley dispongan su aplicación para cargos de otra índole.

Según la regla jurisprudencial sentada por la Corte Constitucional¹⁰

⁷ El artículo 21 inciso 1 de la Ley 909 de 2004 prevé que «[...] Los empleos de carrera administrativa se proveerán en período de prueba o en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, según lo establecido en el Título V de esta Ley [...]».

⁸ Además de aquellos que expresamente la Constitución ha identificado como tales (189-1; 189-2; 189-13; 266; 305-5), son de libre nombramiento y remoción los empleos que así defina el legislador atendiendo a criterios como (i) la confianza cualificada que requiere el desempeño de las funciones asignadas; (ii) un contenido funcional del empleo que se traduzca en responsabilidades de dirección, conducción y orientación institucional y (iii) la ubicación del cargo en el nivel jerárquico de la respectiva entidad. Art. 5 la Ley 909 de 2004.

⁹ El artículo 21 inciso 2 de la Ley 909 de 2004 señala que «[...] Los empleos de libre nombramiento y remoción serán provistos por nombramiento ordinario, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del empleo y el procedimiento establecido en esta Ley [...]».

¹⁰ Al respecto, la sentencia C-105 de 2013 (expediente D-9237 y D-9238) señaló que «[...] la obligatoriedad de este sistema en los cargos de carrera no excluye su utilización en aquellos que no tienen este carácter. Por el contrario, como según el texto constitucional el concurso es la regla general, las excepciones que se establezcan en el derecho constitucional el concurso es la regla general, las excepciones que se establezcan en el derecho positivo deben estar respaldadas y justificadas en los principios y fines del propio ordenamiento constitucional. En segundo lugar, la Carta Política no solo avala este tipo de procedimiento para la elección de funcionarios de libre nombramiento y remoción y de los que se encuentran sometidos a un período fijo (como los personeros), sino que, además, sus finalidades justifican su aplicación [...]»

en la materia, para el caso de los empleos públicos sometidos a un periodo fijo y de los de libre nombramiento y remoción, el concurso público aparece como un proceso de selección admisible, aunque no obligatorio.

De otro lado, advirtiendo el proceso de selección adoptado para la conformación de la terna para proveer empleos de gerencia pública, corresponde a una convocatoria pública, es importante hallar la distinción existente entre concurso público de méritos y convocatoria pública, teniendo en cuenta que a pesar de que ambos constituyen procesos de selección, cada uno tiene características propias y responde a dinámicas especiales.

En el ámbito de la función pública, el *concurso de méritos* puede definirse como un proceso de selección para el desempeño del empleo público, llevado a cabo con plena garantía de los principios de transparencia, objetividad e igualdad, en el que la escogencia del aspirante que habrá de ocuparlo se realiza exclusivamente¹¹ con base en el mérito, haciéndose un reconocimiento a las capacidades, competencias y aptitudes que ha demostrado tener para el desempeño del contenido funcional del cargo de que se trate.

Cuando la provisión del empleo es a través del concurso público, el mérito es el único criterio por el que debe regir escogencia del empleado público, de esta manera, queda totalmente descartado cualquier mecanismo que represente facultades discrecionales de selección de los aspirantes por parte del empleador, pues aun cuando estas últimas no implicarían per se arbitrariedad, sí afectarían la exigencia de aplicación exclusiva de tal criterio.

En estos casos, los resultados objetivos de las pruebas determinan el orden en que debe elaborarse el listado de las personas que habrán de ser designadas en las plazas vacantes, conforme lo establece el artículo 31 numeral 4 de la Ley 909 de 2004, a su vez prevé que en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes, lo que reiteradamente lo ha indicado la Corte Constitucional.

Puede verse en la sentencia T-610 de 2017¹², que señaló:

¹¹ Así lo establece el artículo 27 de la Ley 909 de 2004 cuando regula el concurso público de méritos como mecanismo de provisión de los empleos públicos de carrera.

¹² Corte constitucional, sentencia T-610-2017, expediente T-6177660.

“(...) las etapas y pruebas de una convocatoria deben dirigirse a identificar las destrezas, aptitudes, experiencia, idoneidad, suficiencia, entre otras cualidades, calidades, competencias y capacidades de los candidatos. Una vez estas habilidades han sido calificadas de manera objetiva, sólo aquél con mayor mérito debe ser designado en el respectivo cargo, con exclusión de los demás concursantes (...)”

Por su parte, la convocatoria pública es un proceso de selección que involucra un componente meritocrático, pues dispone la aplicación de pruebas como una de sus etapas, no obstante, también contempla uno de orden discrecional, pues, a diferencia de lo que sucede en el concurso público, los resultados obtenidos no son concluyentes de la elección. Esta última lista de elegibles o su orden no condicionan la decisión.

Lo anterior evidencia que, aunque este procedimiento prevé una primera fase clasificatoria en la que se aplican herramientas que responden exclusivamente al principio de mérito, como lo son las pruebas que permiten la conformación de aquel listado, en la elección final hay un importante margen de libertad para el nominador que le da la posibilidad de valorar y escoger entre los candidatos.

Algo que se debe resaltar es que tanto la convocatoria pública como el concurso público de méritos son procesos de selección del empleo público que deben basarse en el respeto de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, imparcialidad, celeridad, publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y mérito.

Conforme a lo anteriormente expuesto y al material probatorio aportados por la parte actora, el proceso de selección llevado a cabo para conformar la terna para proveer los cargos de gerencia pública fue la convocatoria pública, pues se denominó Convocatoria No. 004 de 2015 Proceso meritocrático para gerentes públicos.

Dicha afirmación se puede extraer desde el Convenio Interadministrativo de Cooperación No. 00028 de 2014 celebrado entre el Sena y el DAFP, y demás documentos del proceso de selección; de igual manera en el convenio interadministrativo art. 2, se puede establecer las acciones a seguir así:

SEGUNDA: OBJETIVO ESPECIFICOS. *El objeto del presente convenio*

se desarrollará a través de las siguientes acciones.

- 1) Realizar el diseño y ejecución de los procesos de selección pública abierta para escoger directores regionales, distritales y subdirectores de Centro del SENA.*
- 2) Determinar los perfiles de los cargos a proveer*
- 3) Elaborar los cronogramas para la ejecución de los proceso de selección pública y abierta.*
- 4) Elaborar y publicar las respectivas convocatorias*
- 5) Conformar las listas y ternas de candidatos.*

De esta manera, es claro que tal como quedó debidamente establecido desde que se declaró abierto el proceso de selección meritocrático público y abierto mediante la Resolución No. 00883 de 2015 “*Por la cual se ordena la apertura de un proceso de creación de ternas para proveer empleos de Gerencia Pública, Convocatorio No. 004 de 2015*”, se advirtió lo siguiente:

*“...Que en mérito de lo expuesto este Despacho procede a declarar la apertura del correspondiente proceso para la conformación de las ternas de candidatos, **entre quienes en igualdad de condiciones de elegibilidad, el Director General del SENA discrecionalmente nombrará a las personas que desempeñarán los cargos de Subdirector de Centro, anteriormente señalados...**”*

Así las cosas, conforme al análisis realizado entre el concurso de méritos y la convocadora pública, es claro que la discrecionalidad media en este último proceso de selección, por lo que no es posible considerar que debía respetarse el orden de elegibilidad de los concursantes de acuerdo al puntaje obtenido en las diferentes etapas del proceso, aunado a que tal como se mencionó anteriormente, estos llegarían en igualdad de condiciones para ser nombrados por el Director General del Sena.

Conforme a lo anterior, es claro que la sentencia de primera instancia debe confirmarse.

4.1. COSTAS

En cuanto a las costas¹³, la Sala acoge lo expuesto por el Consejo de

¹³ Estas erogaciones económicas son aquellos gastos en que incurre una parte a lo largo del proceso en aras de sacar adelante la posición que detenta, tales como gastos ordinarios, cauciones, honorarios a

Estado, en la medida que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo entrega al juez la *facultad de disponer sobre su condena*, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, como lo es que aparezcan causados y comprobados los gastos en que pudo incurrir la parte vencedora del litigio, en consonancia con el artículo 365 del C.G.P. para los efectos de la liquidación; descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas y se acerque más a un criterio objetivo-valorativo.

En recientes decisiones, el Consejo de Estado precisó que tal condena solo procede en cuanto aparezcan probados los gastos en que incurre la parte vencedora del proceso.¹⁴

En el caso examinado, la parte actora no discutió la condena en costas en primera instancia y en esta, la Sala observa que no hay pruebas que permitan afirmar que la parte actora incurrió en gastos y expensas judiciales que deban ser reconocidos, atendiendo los criterios antes citados, por lo que no hay condena por este concepto.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Huila, Sala Sexta de Decisión Escritural, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 19 de diciembre de 2018,

auxiliares de la justicia, publicaciones, viáticos, entre otros; que encuadran en lo que se denomina como expensas. Así mismo, se comprenden los honorarios del abogado, que en el argot jurídico son las agencias en derecho. (Artículos 361 y ss. CGP).

¹⁴ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. **Sentencia del 8 de febrero de 2018**. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad.: 25000-23-42-000-2012-00742-01(3695-16) y Sección Cuarta. **Sentencia del 28 de febrero de 2019**. C.P.: Jorge Octavio Ramírez Ramírez. Rad.: 20001-23-33-000-2014-00022-01(22160). Igualmente, en reciente decisión la Sección Segunda. Subsección A., al resolver una acción de tutela, amparó el derecho de acceso a la administración de justicia y dejó sin efectos esa condena en costas. **Sentencia del 23 de enero de 2020**. C.P. Gabriel Valbuena Hernández. Rad.: 11001-03-15-000-2019-04677-00(AC)

proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Neiva.

SEGUNDO: SIN condena en costas en esta instancia

TERCERO: En firme la presente sentencia, una vez realizadas las correspondientes anotaciones en el software de gestión judicial, remítase el expediente al despacho de origen.

NOTIFÍQUESE



JOSÉ MILLER LUGO BARRERO
Magistrado Ponente



GERARDO IVAN MUÑOZ HERMIDA
Magistrado



BEATRIZ TERESA GALVIS BUSTOS
Magistrada