

**REPUBLICA DE COLOMBIA**



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO DOCE CIVIL DEL CIRCUITO**

Bogotá D. C., tres (3) de noviembre de dos mil veinte (2020)

Ref.: **ACCIÓN DE TUTELA** de **MIGUEL CAMILO ERNESTO FISGATIVA AVENDAÑO** contra **COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-**

**EXPEDIENTE: 2020-00387**

Procede el despacho a proferir el **FALLO** que en derecho corresponda para finiquitar el trámite de la **TUTELA** de la referencia.

**I.- ACCIONANTE:**

Se trata de **MIGUEL CAMILO ERNESTO FISGATIVA AVENDAÑO**, mayor de edad, quien actúa en nombre propio.

**II.- ACCIONADA:**

Se dirige la presente **ACCIÓN DE TUTELA** contra **COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-**.

**III.- DERECHOS FUNDAMENTALES PRESUNTAMENTE VULNERADOS**

Se trata de los derechos a la **DIGNIDAD HUMANA, IGUALDAD, PETICIÓN, TRABAJO, DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO, ACCESO A CARGOS Y FUNCIONES PÚBLICAS VIA MERITO, CONFIANZA LEGITIMA, BUENA FE Y SEGURIDAD JURIDICA.**

**IV.- OMISIÓN ENDILGADA A LAS ACCIONADAS:**

El accionante refiere que se presentó a la convocatoria 436 de 2017 de la Comisión Nacional del Servicio Civil para proveer definitivamente los empleos vacantes del sistema de carrera administrativa del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, producto de la cual se expidió la Resolución de Lista de Elegibles No.20182120195115 del 24 de diciembre de 2018, con firmeza a partir del 08/04/2019, donde se ofertaron entre muchos otros, dos (2) vacantes de la OPEC No. 60389 con la denominación INSTRUCTOR, CÓDIGO 3010, GRADO 1, en la que él se encuentra ocupando el quinto lugar, con 76.40 puntos.

Aduce que es deber de la CNSC de acuerdo con la Ley 909 de 2004, art. 11, literal 2 "Conformar, organizar y manejar el Banco Nacional de Listas de Elegibles..." de cada convocatoria para proveer los cargos declarados desiertos y los cargos temporales que tengan vacancias definitivas o que se creen posterior a la firmeza de las listas de elegible vigentes, en virtud de lo cual expidió el Acuerdo 562 de 2016.

Sostiene que la Ley 1960 del 27 de junio de 2019 modificó entre otros, el art. 4 de la Ley 909 de 2004 en el que dispuso "4. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad.", lo que permite el uso de lista de elegibles con cargos no ofertados.

Señala que el SENA reportó a la CNSC unos cargos no ofertados para que se haga uso de la lista de elegibles, sin embargo, este proceso tampoco se ha adelantado ya que siguen existiendo solicitudes de exclusión sin resolver.

Destaca que la CNSC el 16 de enero de 2020 expidió un criterio unificado donde deja claridad y obligatoriedad de hacer uso de la lista de elegibles con los cargos no ofertados posteriores a la entrada en vigor de la Ley 1960 de 2019.

Menciona que su lista de elegibles se vence el 07 de abril de 2021, sin que le hayan dado la posibilidad de su uso, con lo que estima vulnerados los derechos invocados, si se tiene en cuenta que varios de los cargos ofertados y no ofertados en las convocatorias de 2008 no fueron provistas por las accionadas, tratándose de un deber legal, por lo que estima tener derecho a que se le nombre en un cargo similar al que se presentó (INSTRUCTOR, CODIGO 3010, GRADO 1).

Relata que las accionadas no le realizaron ofrecimiento ni nombramiento en período de prueba haciendo uso de la lista de elegibles con cargos no ofertados y para los cargos con similitud funcional con el que se presentó, por lo que elevó derecho de petición en agosto de 2020 que le fue respondido de manera unificada a varios concursantes, como obra en el anexo.

Afirma que el 22 de octubre de 2020 la CNSC cambió el criterio unificado en el que aprobó el uso de la lista de elegibles con empleos equivalentes, pero que en su caso las accionadas pretenden aplicarle solamente el mismo empleo, yendo en contravía del debido proceso administrativo, ya que este criterio no fue tenido en cuenta para las respuestas a los derechos de petición.

Pretende con esta acción en amparo de los derechos fundamentales invocados se ordene a las accionadas: **a)** de manera inmediata realizar nombramiento en periodo de prueba en un empleo ofertado o no con la denominación INSTRUCTOR CODIGO 3010, GRADO 1, por haber superado las pruebas y etapas del concurso y encontrarse como elegible, por ser un deber legal de las accionadas hacer uso de la lista de elegibles, sin tener en cuenta el criterio unificado de enero de 2020 sino la similitud funcional, **b)** ordenar a

la CNSC verificar una a una toda la planta de personal del SENA, para identificar todos los cargos con la denominación INSTRUCTOR CODIGO 3010 GRADO 1 con los núcleos básicos de conocimiento contemplados en la OPEC 60389 a la que se presentó el accionante y, c) ordenar a la CNSC dar respuesta de fondo al derecho de petición radicado el 12 de agosto de 2020.

#### **V.- TRAMITE PROCESAL:**

Admitida la solicitud, se ordenó notificar a las entidades accionadas para que rindieran informe respecto de los hechos de la demanda y se les requirió para que notificaran la existencia de esta tanto a los servidores que actualmente ocupan en PROVISIONALIDAD o en ENCARGO el cargo de INSTRUCTOR, CÓDIGO 3010, GRADO 1, que se encuentran VACANTES o LIBRES como a los integrantes de la Lista de Elegibles conformada según resolución No. CNSC-20182120195115 del 24 de diciembre de 2018.

Las accionadas se pronunciaron, así:

**SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-** señaló que el accionante alega la violación de los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos, como consecuencia de que el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA- y la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC- no hayan efectuado todos los trámites necesarios para su nombramiento en aplicación de la Ley 1960 de 2019 (que modificó la Ley 909 de 2004), en uno de los cargos que se crearon con posterioridad a la Convocatoria 436 de 2017 del SENA.

Indica que esta acción es improcedente por no reunir los requisitos de trascendencia iusfundamental, así como de subsidiariedad y perjuicio irremediable.

Lo anterior por cuanto la lista de elegibles adquirió firmeza hace dos años, la cual se conformó para proveer dos vacantes en la que el accionante ocupó la posición número 5 y que el actor no ataca dicha lista sino actuaciones que surgieron con posterioridad, específicamente el que no se le haya efectuado nombramiento en aplicación del art. 6 de la Ley 1960 de 2019; también ataca la aplicación de un acto de carácter general proferido por la CNSC denominado "Criterio Unificado sobre el uso de listas de elegibles a la luz de la Ley 1960 de 2019 del 16 de enero de 2020, el cual se encuentra en firme y se presume su legalidad.

También indica que no ha vulnerado derecho alguno al accionante, pues ahora al estar usando las listas de elegibles de la convocatoria 436 de 2017 en los casos autorizados por la CNSC encontró que el accionante exige nombramiento en un cargo para el que no guarda equivalencia con el cargo al que aspiró en el marco de la convocatoria, toda vez que no cumple los requisitos establecidos en el Criterio Unificado, específicamente el perfil, por lo que desconocer esta condición puede afectar los derechos de las personas que conforman listas de elegibles que sí acreditan los requisitos establecidos por la CNSC.

**COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL** solicitó ser desvinculada de esta acción, pues, aunque llevó a cabo el proceso de concurso

para proveer los empleos vacantes definitivos en la planta de personal del SENA, su competencia va hasta la expedición de la lista de elegibles, ya que el uso de esas listas y los asuntos de nombramientos, son competencia exclusiva del nominador del SENA.

Se presentaron como coadyuvantes en esta acción los señores CRISTHIAN FELIPE SALINAS CRUZ y JOSE FERNEY MONTES MORENO.

## **VI.- CONSIDERACIONES:**

**1.- La ACCION DE TUTELA** constituye un logro alcanzado por la colectividad con ocasión de la expedición de la Constitución Política de 1991, para frenar los desafueros de las autoridades cuando quiera que con hechos u omisiones comprometan los derechos fundamentales de los ciudadanos.

La finalidad de esa acción es lograr que a falta de vía judicial ordinaria, mediante un trámite preferente y sumario, el juez ante quien se acuda dé una orden de actuar o abstenerse de hacerlo, tendiente a hacer cesar la vulneración o amenaza de violación denunciada.

El art. 86 de nuestra Carta Magna así lo consagra; sin embargo, ese mismo precepto, en sus incisos tercero y quinto, señala los casos en que deviene improcedente la acción de tutela; al respecto expresa:

**"Art.86. (...).**

**Esta acción 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.**

**(.....).**

**La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión."**

La tutela no procede, cuando existen otros recursos o medios de defensa judicial, así lo establece el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, al disponer que solo es viable cuando se ejercita como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, entendiéndose como tal, sólo el que pueda ser reparado en su integridad mediante una indemnización.

Al respecto, de acuerdo con la configuración constitucional, existen dos modalidades de procedencia de la acción de tutela como medio de protección de derechos constitucionales fundamentales: de una parte, como mecanismo principal, si el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial idóneo y eficaz al cual pueda acudir en busca del amparo requerido y, de otra parte, cuando exista otro medio de defensa judicial, la tutela actuará como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

**2.- Procedencia de la acción de tutela. La existencia de otro medio de defensa judicial.** La tutela como mecanismo transitorio ante la existencia de un perjuicio irremediable.

De acuerdo con la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, sobre el tópic Sentencia T-177/11:

**“...La acción de tutela es un mecanismo judicial, para la protección inmediata de los derechos fundamentales, de carácter subsidiario. Ésta procede siempre que en el ordenamiento jurídico no exista otra acción idónea y eficaz para la tutela judicial de estos derechos.**

**Esta Corporación ha reiterado que no siempre el juez de tutela es el primer llamado a proteger los derechos constitucionales, toda vez que su competencia es subsidiaria y residual, es decir procede siempre que no exista otro medio de defensa judicial de comprobada eficacia, para que cese inmediatamente la vulneración...”**

En la sentencia T-753 de 2006 esta Corte precisó:

**“...Frente a la necesidad de preservar el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, se ha sostenido que aquella es improcedente si quien ha tenido a su disposición las vías judiciales ordinarias de defensa, no las utiliza ni oportuna ni adecuadamente, acudiendo en su lugar a la acción constitucional. Ello por cuanto que, a la luz de la jurisprudencia pertinente, los recursos judiciales ordinarios son verdaderas herramientas de protección de los derechos fundamentales, por lo que deben usarse oportunamente para garantizar su vigencia, so pena de convertir en improcedente el mecanismo subsidiario que ofrece el artículo 86 superior...”**

**3. PROBLEMA JURIDICO:** En el presente asunto, el problema jurídico se concreta a determinar si las accionadas le han vulnerado al accionante los derechos fundamentales que invoca, al no efectuarle el nombramiento para el cargo que concursó pese a encontrarse en el quinto lugar de la lista de elegibles de la Convocatoria No. 436 de 2017, y aunque los dos cargos ofertados en esta se suplieron el SENA cuenta con nuevos cargos posteriores a esa convocatoria.

**4. CASO CONCRETO.** La presente acción de tutela deviene improcedente, por lo siguiente:

El accionante cuenta con acción judicial ordinaria, ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en la que puede demandar la nulidad del(os) acto(s) administrativo(s) objeto de su inconformidad mediante la acción de nulidad simple, consagrada en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, para la protección del(os) derecho(s) presuntamente vulnerado(s) o amenazado(s) que motiva(n) su inconformidad y **no con la acción de tutela dado el carácter residual y subsidiario de ésta.**

Al respecto la Corte Constitucional en sentencia T-1110/03 dijo:

**“Por el contrario, el cuestionamiento sobre la conformación de la lista de elegibles, el desarrollo de una determinada prueba o su elaboración, o el posible primer puesto que puede llegar a tener un aspirante dentro del registro, son problemas en principio ajenos al ámbito constitucional y deben ventilarse ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, escenario idóneo para debatir asuntos de esta naturaleza, así**

**como cualquier otro que surja en el trámite y desarrollo del proceso de selección, clasificación o integración de la lista de elegibles.**" (Subraya el despacho).

Obsérvese que reiteradamente lo ha señalado la Corte Constitucional la tutela no es mecanismo alternativo, ni paralelo, ni supletivo de los medios judiciales ordinarios, ni tampoco vehículo para revivir o prorrogar términos fenecidos.

En ese sentido, cualquier discusión relacionada con las decisiones y directrices adoptadas por las accionadas al interior de la Convocatoria No. 436 de 2017 debe ser planteada ante el Juez natural.

Si bien es cierto, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la acción de tutela resulta procedente excepcionalmente contra actos administrativos expedidos en el marco de un concurso de méritos, como lo expuso en la sentencia SU 553/15 citando la sentencia SU-133 de 1998 "(...) **esta Corporación ha considerado que la vulneración de los derechos a la igualdad, al trabajo y debido proceso, de la cual son víctimas las personas acreedoras a un nombramiento en un cargo de carrera cuando no son designadas pese al hecho de haber obtenido el primer lugar en el correspondiente concurso, no encuentran solución efectiva ni oportuna en un proceso ordinario que supone unos trámites más dispendiosos y demorados que los de la acción de tutela y por lo mismo dilatan y mantienen en el tiempo la violación de un derecho fundamental que requiere protección inmediata.**" (Subraya ajena), también lo es que en este caso el accionante no obtuvo la primera posición en la lista de elegibles, pues las partes están de acuerdo en que el mismo ocupó el quinto lugar para una convocatoria en la que se ofertaron dos vacantes las cuales fueron suplidas por las dos personas que le antecedieron.

El accionante plantea que por la creación de nuevos cargos al interior del SENA y el encontrarse en la lista de elegibles debe ser nombrado en período de prueba a fin de proveer de manera definitiva los cargos nuevos, libres, desiertos, vacantes y en encargo que se generaron luego de la convocatoria, vinculación que ha esperado durante los últimos dos años, pues esa lista tiene vigencia hasta el mes de abril de 2021, por lo que invoca una afectación directa a la posibilidad de acceso a la Carrera Administrativa por encontrarse en esa Lista de Elegibles de la Convocatoria 436 de 2017, aspectos que sin lugar a dudas deben ser definidos al interior de un proceso de nulidad, como ya se indicó ante el Juez Contencioso Administrativo, previo un amplio debate probatorio.

Además, teniendo en cuenta que el acto administrativo que motiva la inconformidad del accionante data del mes de diciembre del año 2018 (Resolución No. CNSC-20182120195115) es aspecto que riñe con el principio de inmediatez de esta acción constitucional.

Aunado a lo anterior, también se presenta temeridad, la cual a voces del artículo 38 del Decreto 2591 de 1991 se produce cuando una misma acción de tutela es presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, sin motivo expresamente justificado.

Sobre el particular ha estimado la Corte Constitucional: "...**el evento de temeridad señalado debe ser complementado con las disposiciones de los artículos 73 y 74 del Código de Procedimiento Civil, en los cuales se consagran**

**causales adicionales de temeridad o mala fe tales como la carencia de fundamento legal para demandar, la alegación a sabiendas de hechos contrarios a la realidad, la utilización del proceso para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos, la obstrucción a la práctica de pruebas y el entorpecimiento reiterado del desarrollo normal del proceso por cualquier otro motivo...".<sup>1</sup>**

Conforme a la normatividad indicada, se ha estimado que la actuación temeraria es aquella que vulnera el principio constitucional de la buena fe, suponiendo una actitud ilegal, que delata un propósito desleal o abuso del derecho. Bajo la anterior perspectiva, y en la medida en que la buena fe se presume de toda actuación tanto de los particulares como de las autoridades, la temeridad debe ser cuidadosamente valorada con el fin de no incurrir en situaciones ajenas a la realidad. Por tal razón, la Corte Constitucional ha estimado que dicha conducta **"requiere un examen cuidadoso de la pretensión de amparo, de los hechos en que ésta se funda y del acervo probatorio que obre dentro del proceso, que lleve al juzgador a la fundada convicción de que la conducta procesal de la respectiva parte carece en absoluto de justificación."**<sup>2</sup>

Luego de un análisis de las piezas procesales que componen este asunto, **no queda duda que el accionante quebrantó la prohibición legal contenida en el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991**, que impide la presentación de dos o más acciones de tutela por la misma persona, por los mismos hechos y sin justa motivación.

En efecto, obra prueba en el plenario que al Juzgado 39 Administrativo del Circuito de Bogotá, Sección Cuarta, correspondió la acción de tutela del acá accionante contra las mismas accionadas, asunto con radicado 2020-00261, la cual cuenta con decisión de fondo.

Al ser cotejada la copia de la demanda remitida por las accionadas con la que en este momento nos ocupa, en efecto, se pudo establecer que corresponde al mismo accionante, se dirige contra las mismas accionadas, se pretende derivar efectos de idéntica convocatoria (436 de 2017 de la Comisión Nacional del Servicio Civil) para proveer cargos en el sistema de carrera administrativa del Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-, es decir, que se refiere a los mismos hechos y derechos que acá se invocan.

El que el accionante haya interpuesto una nueva acción de tutela por los mismos hechos y derechos **desgasta innecesariamente la administración de justicia en perjuicio de quien en verdad lo necesita**, sin que se observe motivo que justifique la presentación de esta nueva acción, máxime que en el escrito de la tutela que aquí se resuelve afirmó, contrario a la realidad, que no había interpuesto otra acción constitucional con fundamento en los mismos hechos ni ante otra autoridad judicial.

Bajo estas precisas circunstancias, el Juez de tutela no puede obrar con indiferencia, pues se denota que la actuación es **temeraria**, y por tanto se debe dar aplicación al artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, es decir, despachar desfavorablemente la presente acción constitucional.

---

<sup>1</sup> Sent. T-655 de 1998.

<sup>2</sup> Sent. T-300 de 1996.

Obsérvese que dicho normativo consagra taxativamente esa consecuencia ante la presentación de la misma acción por la misma persona:

**"ARTICULO 38. ACTUACION TEMERARIA. Cuando, sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes.  
(...)"**

En consecuencia, el amparo solicitado no está llamado a prosperar, razón por la cual habrá de **NEGARSE** la tutela impetrada.

Finalmente, sobre la coadyuvancia se ha pronunciado la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-304/96 para señalar **"No desconoce la Sala que, conforme a las reglas del procedimiento civil (art. 52 C. de P. C.), el coadyuvante es un tercero que tiene con una de las partes una relación sustancial que, indirectamente, puede verse afectada si la parte a la que coadyuva obtiene un fallo desfavorable."**

Por tanto, los señores CRISTHIAN FELIPE SALINAS CRUZ y JOSE FERNEY MONTES MORENO deberán estarse a lo antes expuesto frente a la coadyuvancia presentada.

## **VII. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DOCE CIVIL DEL CIRCUITO**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **RESUELVE:**

**PRIMERO: RECHAZAR** la acción de tutela presentada por **MIGUEL CAMILO ERNESTO FISGATIVA AVENDAÑO** contra **COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL e SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-**.

**SEGUNDO: DISPONER**, por secretaría, la notificación de esta sentencia por el medio más expedito y eficaz, indicando a las partes que pueden impugnarla en los 3 días siguientes.

**TERCERO: ORDENAR** que, si esta sentencia no es impugnada, se remita el expediente a la Corte Constitucional, para la eventual revisión del fallo, en el término previsto en el Decreto 2591 de 1991. OFICIESE.

COPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

**WILSON PALOMO ENCISO  
JUEZ**

NA

Firmado Por:

**WILSON PALOMO ENCISO  
JUEZ CIRCUITO  
JUZGADO 012 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**

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: **218013961a204abfd009b5178bdfb0f8a9fe17db21ccd86178acad66d142eca0**  
Documento generado en 03/11/2020 07:11:44 p.m.

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