

Riohacha Distrito Especial, Turístico y Cultural, veintitrés (23) de octubre de dos mil veinte (2020)

Medio de control	Acción de tutela
Radicado	<b>44-001-33-40-002-2020-00131-00</b>
Demandante	Judith del Rosario Feria Diaz
Demandado	Comisión Nacional de Servicio Civil –CNSC y Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA
Asunto	Sentencia de primera instancia

## I. OBJETO

Procede el Juzgado Segundo Administrativo Mixto del Circuito de Riohacha a proferir sentencia de primera instancia, dentro de la acción de tutela presentada por Judith del Rosario Feria Diaz, contra Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC y el Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA.

## II. ANTECEDENTES

### 1. De la Acción Interpuesta

#### 1.1 Pretensiones

La parte accionante solicita:

1. Que se restablezcan los derechos fundamentales a la garantía y efectividad de la protección de los derechos por parte del estado, igualdad, trabajo, debido proceso administrativo, acceso a cargos y funciones públicas vía merito, así como a los principios de confianza legítima, buena fe y seguridad jurídica y los que el despacho considere pertinentes, vulnerados u amenazados, de JUDITH DEL ROSARIO FERIA DIAZ, y se ordene de manera inmediata a la CNSC y al SENA seleccionar todos los empleos denominados INSTRUCTOR de la Planta Temporal del SENA por perfiles de los empleos, y núcleos básicos del conocimiento, en un término no superior a 48 horas.
2. Ordenar a la CNSC y al SENA, realizar una recomposición de listas del banco de listas de elegibles en estricto orden de mérito para proveer todos los empleos denominados INSTRUCTOR de la Planta Temporal del SENA, de acuerdo a su similitud funcional con los cargos temporales.
3. Ordenar a la CNSC y al SENA que, una vez se haya realizado la selección de los empleos por perfil y núcleos básicos del conocimiento, y se haya realizado la recomposición del banco de lista de elegibles, se debe realizar una audiencia pública (virtual) para proveer todos los empleos denominados INSTRUCTOR de la Planta Temporal del SENA, para que los nombramientos se realicen en estricto orden de Mérito. En un término No superior a 48 horas y en caso de que la tutelante se encuentre en posición meritatoria, se le debe realizar su nombramiento en un cargo temporal.

4. ORDENAR A LA CNSC Y AL SENA rendir un informe escrito a este Despacho, con los soportes respectivos, dentro de un término igual y siguiente al concedido para el cumplimiento del presente fallo.

## 1.2. Hechos

Las circunstancias fácticas que conforman la presente acción se pueden resumir así:

- La COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, en adelante “CNSC”, expidió el Acuerdo 20171000000116 del 26 de julio de 2017, por medio del cual se dio apertura al concurso de méritos para proveer los cargos vacantes existentes en el sistema general de carrera del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA, concurso que estuvo regulado por la Convocatoria No. 436 de 2017.
- Dentro del marco de la mencionada convocatoria, la CNSC expidió la Resolución No. CNSC-20182120188145 del 24 de diciembre de 2018, mediante la cual se conformó la lista de elegibles para proveer una (1) vacantes del empleo denominado Instructor, Código 3010 Grado 01, identificado con el código OPEC No. 59752. La accionante afirma que, en ese acto administrativo se determinó que había clasificado en segundo lugar, con un puntaje de 77.39.
- Posteriormente, el SENA creó 565 cargos temporales con la denominación “Instructor Código 3010 Grado 01”, los cuales debieron proveerse con la lista de elegibles vigente, conforme el precedente contenido en la sentencia C-288 de 2014 y de conformidad con el artículo 21 numeral 3 de la Ley 909 de 2004.
- En ese sentido, el accionante señala que, desde junio de 2019 algunos aspirantes de la lista de elegibles promovieron peticiones ante el SENA, con el fin de que se diera preferencia a las personas de la lista para proveer las vacantes temporales, sin embargo, entre abril y junio de 2019 la entidad resolvió proveer los cargos temporales con personas que no estaban en la lista de elegibles, conducta que ha sido reiterativa hasta la fecha.
- Al dar alcance a las peticiones de forma masiva, el SENA unificó su respuesta, y señaló que, mediante Decreto 553 de 2017 se crearon 800 empleos temporales, los cuales fueron distribuidos mediante la Resolución No. 715 de 2017, y para efectos de determinar las funciones y requisitos de dichos cargos, se expidió la Resolución 1694 del 28 de septiembre de 2017, mediante la cual se adoptó el manual específico de funciones y competencias laborales para los empleos temporales.
- Sobre el fondo de las peticiones, la entidad señaló que, solicitó a la CNSC que informara sobre la existencia de lista de elegibles vigente, y esa entidad respondió negativamente, por lo que se procedió a encargar a los funcionarios de carrera administrativa, y con los empleos restantes se procedió a realizar dos convocatorias públicas en el año 2017, con las cuales se constituyeron listas con orden de provisión, con vigencia de dos años, logrando proveerse 752 empleos, quedando 48 desiertos; explicó que se surtieron dos provisiones, debido las renunciaciones de quienes inicialmente fueron nombrados.
- Indicó la accionante, que en igual sentido algunos aspirantes de la lista también promovieron peticiones ante la CNSC desde julio de 2019, y en punto a la provisión de los cargos temporales,

la Comisión adujo que, en efecto, el SENA había solicitado el envío de las listas de elegibles para proveer 110 empleos de carácter temporal, creados mediante el Decreto 553 de 2017, y que dicha solicitud era anterior a la vigencia de las listas de elegibles que se conformaron en desarrollo de la Convocatoria 436 de 2017, pues los actos administrativos habían sido expedidos con posterioridad a octubre de 2018, y por ende, la respuesta remitida al SENA había sido negativa, al no existir listas de elegibles vigentes en ese momento.

- Adicionó que, frente a la falta del registro de elegibles vigente, el SENA debió dar aplicación a lo dispuesto en el art. 2.2.5.3.5 del Decreto 1083 de 2015, donde se contempla la figura del encargo, y en caso de no contar con empleados de carrera, debía proceder a realizar una convocatoria pública, y añadió, que la Comisión no tenía injerencia en los nombramientos que realizara el SENA, por lo que las solicitudes debían promoverse ante esa entidad.
- La parte actora advierte que el 7 de octubre de 2020 recibió un correo electrónico remitido por el SENA, mediante el cual le indicaban que, la vigencia de los 800 empleos temporales creados en 2017 se había prorrogado hasta el 31 de diciembre de 2021, por lo que, le informaban que se había solicitado a la CNSC la certificación de la existencia de la lista de elegibles para proveer dichos cargos temporales, conforme los precedentes constitucionales.
- En esa medida, el SENA le informó que se podía postular para una de las vacantes que se relacionaban en ese comunicado, y que para ello, debía iniciar el proceso de postulación a partir del 8 de octubre de 2020 y hasta el 12 de octubre de 2020, previa acreditación del cumplimiento de los requisitos legales para ocupar el cargo que seleccionara.
- Conforme a tales supuestos, la accionante manifiesta su inconformidad respecto de las actuaciones administrativas desplegadas por el SENA, aduciendo los siguientes cuestionamientos:
  - Que la entidad vulneró el debido proceso administrativo al omitir realizar una audiencia pública donde expusiera a los aspirantes todos los cargos temporales, invocando lo dispuesto en la sentencia C-288 de 2014.
  - Que someter a los aspirantes a elegir un cargo vacante entre muchos que se encuentran individuales, implica que aquellos que cuentan con puntajes más altos queden por fuera del proceso de provisión, mientras que se favorece a aquellos que tienen puntajes más bajos.
  - Que la audiencia pública omitida es necesaria para evitar posibles actos de corrupción en las contrataciones, pues el SENA tiene la autonomía para trasladar cargos, e incluso, cambiar la denominación de los mismos.
  - Que la omisión de las accionadas en cumplir con el procedimiento establecido en la Ley 909 de 2004, vulnera los principios de la función pública aplicables a los mecanismos de ingreso a la administración pública, incluidos los nombramientos en cargos temporales.

## 2. Trámite Procesal

La presente solicitud de tutela fue radicada el ocho (8) de octubre de dos mil veinte (2020), siendo admitida mediante auto del nueve (09) de octubre de dos mil veinte (2020), en el que se ordenó notificar en calidad de accionadas a la Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC – Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, a quienes se le corrió traslado por el término de dos (02) días para que se sirvieran a allegar informe sobre los hechos de la acción, siendo notificadas el día doce (12)

de octubre de dos mil veinte (2020). A su turno las entidades accionadas contestaron dentro del término legal.

### **3. Informes rendidos por las entidades accionadas**

#### **3.1 COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC**

El CNSC, a través de su apoderado, contesta la demanda y señala inicialmente que la señora JUDITH DEL ROSARIO FERIA DIAZ, presentó con anterioridad una acción de tutela en la que alegó los mismos hechos y pretensiones que expone como objeto de la presente acción, ello, ante el JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO PARA ADOLESCENTES CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE BOGOTA, bajo radicado No. 2019-00123; evidenciándose de temeridad de la actual solicitud de amparo constitucional.

Pide que se declara la improcedencia de la acción al contar la actora con otro medio de defensa judicial, uno a través del cual pueda controvertir un acto administrativo, tales como el de nulidad, y de nulidad y restablecimiento del derecho previstos en la Ley 1437 de 2011, además la accionante no demuestra la inminencia, urgencia, gravedad y el carácter impostergable del amparo que se reclama, sino que no existe perjuicio irremediable en relación con controvertir las normas que rigen el concurso de méritos, porque para ello bien puede acudir a los mecanismos previstos en la ley.

Teniendo en cuenta el objeto del empleo que opta la accionante, se tiene que se inscribió para el empleo denominado Instructor, Grado 1, identificado con código OPEC No. 59762 ocupando la posición No. 2 en la Lista de Elegibles, adoptada mediante Resolución No. 20182120188145 DEL 24-12-2018, para proveer una vacante del empleo referido, La mencionada lista de elegibles fue publicada el día 04/01/2019, la cual cobro firmeza el día 15 de enero de 2019, por lo que su vigencia es hasta el 14 de enero del 2021.

Explica, que se entiende que un cargo es equivalente a otro cuando tienen asignadas funciones iguales o similares, para su desempeño se exijan requisitos de estudio, experiencia y competencias laborales iguales y correspondan al mismo nivel jerárquico con un grado salarial igual; y se entiende que un cargo es equivalente a otro cuando tienen asignadas funciones iguales o similares, para su desempeño se exijan requisitos de estudio, experiencia y competencias laborales iguales o similares y tengan una asignación básica mensual igual o superior, sin que en ningún caso la diferencia salarial supere los dos grados siguientes de la respectiva escala cuando se trata de empleos que se rijan por la misma nomenclatura, o el 10% de la asignación básica cuando a los empleos se les aplique nomenclatura diferente.

Refiere, que el uso de la lista de elegibles es procedente en los siguientes casos:

- I) Una primera situación es que, una vez presentada la renuncia en período de prueba o derogatoria del nombramiento, el “USO DE LISTAS ES AUTOMÁTICA.
- II) La segunda situación ocurre cuando se presente la renuncia o se declare la vacancia definitiva, superado el período de prueba. En este evento, la entidad debe solicitar autorización para hacer “USO DE LA LISTA CON COBRO”.

Precisa, que en lo concerniente al uso de la lista de elegibles ante la creación de nuevos cargos por parte de la entidad o generación de nuevas vacantes, previo a realizar la solicitud de uso de listas

con cobro, la entidad nominadora deberá reportar las vacantes en el aplicativo SIMO de conformidad con el Criterio Unificado del 16 de enero de 2020 “uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019” el cual señala, que “(...) las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la oferta pública de empleos de carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los “mismos empleos.

Concluye manifestando, que el 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 la provisión de dieciocho vacantes de empleos temporales y que la CNSC procedió a realizar el estudio técnico, y remitió la totalidad de las listas de elegibles vigentes para la provisión de dichos empleos, entre ellas, la respectiva a la OPEC 59762, de la que hace parte la accionante; en consecuencia, 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.

Por otra parte, es pertinente aclarar que en cuanto a nombramientos y posesiones y, en general en la administración de plantas de personal, esta Comisión no tiene competencia, pues dicha facultad se otorgó por la Ley exclusivamente en los representantes legales o delegados de las respectivas entidades.

Respecto a la celebración de audiencia pública para la nominación en un empleo de carácter temporal, señala que 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, la celebración de audiencia de escogencia de empleo contenida en los artículos 12 a 16 del Acuerdo 562 de 2016 solo aplica para que los elegibles en posiciones meritorias puedan ser nombrados en periodo de prueba cuando en desarrollo de un concurso de méritos se ofertaron vacantes con diferentes ubicaciones geográficas, mas no cuando el ofrecimiento va encaminado a obtener un nombramiento en un empleo temporal, como resulta ser en el presente caso.

Así mismo, indica que no existen empleos declarados desiertos o insuficientes del área del conocimiento de gestión administrativa, por lo que no se hará agrupación de listas con las opec del área en mención. Es por esto por lo que la señora JUDITH DEL ROSARIO FERIA DÍAZ, se encuentra sujeta no solo a la vigencia si no al tránsito habitual de las listas de elegibles cuya movilidad pende de las situaciones administrativas que puedan ocasionar la generación de vacantes definitivas en la entidad.

Solicita declarar la improcedencia de la presente acción constitucional, toda vez que no existe vulneración alguna a los derechos fundamentales del accionante por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

### **3.2. SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA**

El SENA, a través de su apoderada, contesta la demanda y señala respecto a las pretensiones de la actora que la Acción de tutela incoada no cumple los requisitos de inmediatez, subsidiariedad, ni



perjuicio irremediable; que la provisión de empleos de la planta temporal NO se debe realizar mediante audiencia pública, y no hay violación de los derechos invocados, ya que el proceso de provisión de la planta temporal se realiza acorde con la ley.

Señala que, el SENA no es sujeto pasivo de la presente acción de tutela, por cuanto no le corresponde la elaboración o conformación de listas de elegibles.

Precisa que conforme a lo consignado la Ley 909 de 2004 hacen parte de la función pública los empleos públicos de carrera; de libre nombramiento y remoción; los de período fijo y los empleos temporales, y que estos últimos tienen unas características especiales para su creación y su naturaleza jurídica difiere a los empleos de carrera.

El SENA, hace una explicación el proceso de provisión de empleos en virtud de la Convocatoria 436 de 2017, estableciendo diferencias. También hace una relación de requisitos que deben tener los elegibles conforme a 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 seleccionarán una sede podrían no cumplir los requisitos para desempeñarlo, lo que exige realizar la fase de manifestación de interés y posterior verificación de requisitos.

Señala, que no se evidencia una actuación omisiva o activa por parte del SENA, que pueda afectar de forma irremediable los derechos fundamentales al acceso a cargos públicos y al trabajo, al debido proceso o a la igualdad o los demás mencionados que esgrime el accionante. Finalmente solicita que se niegue POR IMPROCEDENTE las pretensiones de la accionante, o en caso contrario DENEGAR LAS PRETENSIONES.

### III. CONSIDERACIONES

#### 1. Competencia

Este Despacho es competente para decidir el presente asunto, por disposición de los artículos 86 constitucional y 37 del Decreto 2591 de 1991 y respetando las reglas de reparto dispuestas por el Decreto 1983 de 2017 por el cual se modifican los artículos 2.2.3.1.2.1., 2.2.3.1.2.4 y 2.2.3.1.2.5 del Decreto 1069 de 2015.

#### 2. Legitimación en la causa

Quien reclama la protección, tiene capacidad para hacerlo, por ser el titular de los derechos invocados, siendo las partes demandadas autoridades públicas con capacidad para ser accionada a la luz del artículo 86 superior.

#### 3. Derechos cuya protección se demanda

Los derechos fundamentales cuya tutela se reclaman son a la garantía y efectividad de la protección de los derechos por parte del estado, igualdad, trabajo, debido proceso administrativo, acceso a cargos y funciones públicas vía merito, así como a los principios de confianza legítima, buena fe y seguridad jurídica.

#### **4. Acción u omisión que genera la solicitud de tutela**

De acuerdo con la demanda, la conducta generadora de la violación de los derechos fundamentales referidos es la omisión en la que ha incurrido el CNSC y SENA para la realización de la audiencia pública en la que se oferten todos los empleos temporales denominados “Instructor”, ello después de que sean seleccionados y haber realizado una recomposición de listas de elegibles en estricto merito para proveer los empleos denominados Instructor.

#### **5. Problema jurídico**

El problema jurídico en el presente asunto se contrae a determinar, una vez establecido si la presente acción de tutela es temeraria y si la misma es procedente, ¿Si las accionadas han vulnerados los derechos de la accionante, como consecuencia de la omisión de realizar la audiencia pública para escogencia de empleo, consagrada en los artículos 12 y siguientes del Acuerdo 562 de 2016, para proveer los empleos en la planta temporal del SENA, y específicamente respecto del cargo de INSTRUCTOR, CÓDIGO 3010, GRADO 01?

Finalmente, se estudiará si en el asunto es procedente ordenar la recomposición del registro de elegibles que se conformó dentro de la convocatoria 436 de 2017 del SENA, específicamente para el cargo de INSTRUCTOR, CÓDIGO 3010, GRADO 01, OPEC No. 59752, para efectos de la provisión del mencionado cargo en la planta temporal del SENA.

#### **6. Tesis del Despacho**

Se sostendrá como tesis que la presente solicitud de amparo es improcedente en relación a las pretensiones dirigidas a que se ordene de manera inmediata a la CNSC y al SENA a seleccionar todos los empleos denominados INSTRUCTOR de la Planta Temporal del SENA por perfiles de los empleos, y núcleos básicos del conocimiento, y realizar una recomposición de listas del banco de listas de elegibles en estricto orden de mérito para proveer todos los empleos denominados INSTRUCTOR de la Planta Temporal del SENA, de acuerdo con su similitud funcional con los cargos temporales, por no cumplir con los requisitos de subsidiariedad, inmediatez y por no demostrar la eventual ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Finalmente, se denegará la solicitud de amparo dirigida a la realización de la audiencia pública de escogencia de empleo, por cuanto no se encuentra acreditada la vulneración por parte de las accionadas de los derechos que se aducen.

#### **7. Argumentación normativa y jurisprudencial**

##### **7.1. Generalidades de la acción de tutela**

El artículo 86 de la Constitución Nacional, dispuso que toda persona puede ejercer la acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos fundamentales siempre que sean violados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, la tutela fue reglamentada por el Decreto 2591 de 1991, para hacer efectivo su ejercicio, estableciendo el procedimiento, las restricciones y limitaciones y también los derechos contra los cuales procedía.

La acción de tutela o también conocida como amparo es la institución que tiene su ámbito dentro de las normas del Derecho Político o Constitucional y que está encaminada a proteger la libertad individual o patrimonial de las personas cuando han sido desconocidas, vulneradas o atropelladas por una autoridad pública -- cualquiera sea su índole -- que actúa fuera de sus atribuciones legales o excediéndose en ellas, generalmente vulnerando las garantías establecidas en la Constitución o en los derechos que ella protege, es un mecanismo judicial extraordinario de defensa de los derechos fundamentales

### 7.3. Procedencia de la acción de tutela tratándose de concursos de méritos

La procedencia de la acción de tutela en asuntos como el presente ha sido reconocida por la Corte Constitucional en los siguientes términos:

*“5.1. La Corte Constitucional ha señalado de manera recurrente que la acción de tutela es un mecanismo protector de derechos fundamentales de naturaleza residual y subsidiaria, por lo cual solo puede operar para la protección inmediata de los mismos cuando no se cuenta con otro mecanismo judicial de protección, o cuando existiendo este, se debe acudir a la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.*

*Sin embargo, la doctrina constitucional ha reiterado que al estar en juego la protección de los derechos fundamentales al trabajo, la igualdad y el debido proceso de quienes participaron en un concurso de méritos y fueron debidamente seleccionados, la Corte Constitucional asume competencia plena y directa, aún existiendo otro mecanismo de defensa judicial, al considerar que la tutela puede **‘desplazar la respectiva instancia ordinaria para convertirse en la vía principal de trámite del asunto’**[4], en aquellos casos en que el mecanismo alterno no es lo suficientemente idóneo y eficaz para la protección de estos derechos[5].*

*5.2. Considera la Corte que en materia de concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera se ha comprobado que no se encuentra solución efectiva ni oportuna acudiendo a un proceso ordinario o contencioso, en la medida que su trámite llevaría a extender en el tiempo de manera injustificada la vulneración de derechos fundamentales que requieren de protección inmediata. Esta Corte ha expresado, que para excluir a la tutela en estos casos, el medio judicial debe ser eficaz y conducente, pues se trata nada menos que de la defensa y realización de derechos fundamentales, ya que no tendría objeto alguno enervar el mecanismo de tutela para sustituirlo por un instrumento previsto en el ordenamiento legal que no garantice la supremacía de la Constitución en el caso particular [6].”[7]”<sup>1</sup>*

Esa misma Corporación, ha decantado los elementos que deben concurrir para configurar el perjuicio irremediable:

*“En estos términos, la persona que solicita el amparo, deberá demostrar de forma suficiente la necesidad de la medida para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.[21] En este tema la jurisprudencia constitucional ha decantado los elementos que deben concurrir en el acaecimiento de un perjuicio irremediable:*

*“(i) que se esté ante un perjuicio **inminente** o próximo a suceder, lo que exige un grado suficiente de certeza respecto de los hechos y la causa del daño;*

---

<sup>1</sup> Sentencia T-156 de 2012



- (ii) el perjuicio debe ser **grave**, esto es, que conlleve la afectación de un bien susceptible de determinación jurídica, altamente significativo para la persona;
- (iii) se requieran de medidas **urgentes** para superar el daño, las cuales deben ser adecuadas frente a la inminencia del perjuicio y, a su vez, deben considerar las circunstancias particulares del caso; y
- (iv) las medidas de protección deben ser **impostergables**, lo que significa que deben responder a condiciones de oportunidad y eficacia, que eviten la consumación del daño irreparable.”**[22]**<sup>2</sup>

Ante la nueva regulación en materia de medidas cautelares contenidas en la Ley 1437 de 2011 la Corte se ha pronunciado respecto de la procedencia de la tutela contra actos dictados en el trámite de un concurso de méritos, señalando:

**“26. Al respecto, el Tribunal debía tener en cuenta que es obligación del juez de tutela -en cada caso concreto- evaluar la idoneidad y la eficacia de los diferentes medios ordinarios de defensa para valorar la posible vulneración de un derecho fundamental.[52] De esta manera, en el presente caso, el Tribunal Superior de Medellín omitió analizar que el actor contaba con un medio judicial ordinario al cual podía acudir: las medidas cautelares previstas en el CPACA. Y frente a estas, debió determinar si constituían un mecanismo adecuado para salvaguardar los derechos del accionante, para de esta manera establecer la procedencia de la acción de tutela.**

27. Pues bien, sobre la valoración de las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa, la jurisprudencia reciente de esta Corte[53] ha establecido que estas han sido reformadas con la finalidad de ofrecer una mayor eficacia a la protección de los derechos fundamentales en los procesos que se desarrollan ante los jueces administrativos. Con base en estas razones, en la sentencia SU-355 de 2015 este Tribunal explicó que la nueva regulación en dicho campo es relevante para el examen de subsidiaridad que deben hacer los jueces de tutela.

28. Lo anterior, sin desconocer que en todo caso el juez de tutela debe determinar en cada caso concreto, si la protección ofrecida por el mecanismo ordinario es o no eficaz, pues el mayor grado de eficacia de las nuevas medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativo no necesariamente impide la utilización de la acción de tutela siempre que se corroboren las condiciones para la procedencia excepcional de esta última: la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable, o la no idoneidad o eficacia del mecanismo ordinario.”<sup>3</sup>

Además, ha indicado que para la procedencia de la acción de tutela, es necesario que la actuación de la administración sea irrazonable y desproporcionada:

**“3.6 En conclusión, por regla general la acción de tutela es improcedente contra actos administrativos que se profieran en marco de un concurso de méritos, no obstante, excepcionalmente, procede el amparo cuando (i) se demuestre la existencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual el juez concederá la protección transitoria mientras la jurisdicción competente decide de manera definitiva sobre la legalidad del acto; o cuando (ii) a pesar de que existe un medio defensa judicial, no resulta idóneo o eficaz para conjurar la violación del derecho fundamental invocado. Finalmente, es necesario recordar, que (iii) el acto que se demande en relación con el concurso de méritos no puede ser un mero acto de trámite, pues debe corresponder a una actuación que defina una situación sustancial**

<sup>2</sup> Sentencia T-386 de 2016

<sup>3</sup> Ibidem

***para el afectado, y debe ser producto de una actuación irrazonable y desproporcionada por parte de la administración.***<sup>4</sup>

Por otra parte en relación a la procedencia en materia de modificación de lista de elegibles, se debe tener en cuenta en primera medida que la lista o registro de elegibles es un acto administrativo de carácter particular que tiene como propósito constituir el orden de como proveerse los cargos objeto de concurso, tienen como característica que ser obligatorio para la administración y concluyente para los nombramientos por vía del concurso público, dado que, a través de ella, la entidad pública organiza en estricto orden de mérito el nombre de las personas que deben ser escogidas en las plazas ofertadas.

Al respecto la Corte Constitucional en Sentencia T-112A/14, reseñó que la lista de elegibles no puede ser modificada en sede administrativa una vez quede en firme el acto administrativo contenido de la lista de elegibles:

*“Esta Corporación en numerosas oportunidades ha sentado jurisprudencia en el sentido de que “las listas de elegibles que se conforman a partir de los puntajes asignados con ocasión de haber superado con éxito las diferentes etapas del concurso, son inmodificables una vez han sido publicadas y se encuentran en firme”. Igualmente se ha establecido de manera pacífica que las bases del concurso se convierten en reglas particulares que obligan tanto a los participantes como a la entidad convocante razón por la cual deben ser respetadas y resultan inmodificables. De lo contrario, esto es, cambiar las reglas que han generado confianza legítima en quienes participan, conduciría a la ruptura del principio de la buena fe y atentaría contra la igualdad, la moralidad, la eficacia y la imparcialidad, todos ellos principios que ineludiblemente rigen la actividad administrativa.”*

Sobre la posibilidad de modificar lo establecido en las listas de elegibles conformadas, en sentencia T-049 de 2019 se indicó:

*“Esta Corporación ha señalado que las listas de elegibles generan derechos subjetivos que, por regla general, no pueden ser desconocidos por ninguna autoridad, a menos que sea necesario por motivos de utilidad pública e interés social y siempre que medie indemnización previa del afectado<sup>501</sup>; o en hipótesis en las cuales su producción o aplicación conlleve el desconocimiento de derechos fundamentales.*

(...)

*1.4.5.11. Para esta Sala, el requisito de subsidiariedad debe acreditarse teniendo en cuenta la situación existente al momento en que se interpuso la tutela.*

(...)

*1.4.5.14. Adicionalmente, la Corte Constitucional reconoce que la tutela procede pese a la existencia de lista de elegibles y que estas pueden ser modificadas en sede judicial **por fraude o incumplimiento de los requisitos de la convocatoria o cuando su aplicación conlleve el desconocimiento de derechos fundamentales.** (Subrayas del despacho)”*

En síntesis, la Corte ha señalado que, por regla general, la acción de tutela sigue siendo un mecanismo subsidiario para controvertir decisiones que se emitan dentro de un concurso de méritos, como es el caso de la lista de elegibles, pues no se puede desconocer que existen otros mecanismos

---

<sup>4</sup> Ibidem

judiciales y administrativos para tal fin, por lo que, la tutela solo procederá de forma excepcional, cuando se verifique que hubo fraude o violación de los requisitos de la convocatoria, o que se encuentre acreditada la vulneración de derechos fundamentales, previo análisis de las circunstancias que rodearon el momento de la interposición de la tutela.

#### **7.4. Mecanismos constitucionales de acceso y ascenso en cargos públicos**

Conforme el artículo 125 de la Constitución Nacional,<sup>5</sup> la provisión de los cargos públicos por regla general se armoniza con el principio del mérito, a partir de un procedimiento objetivo de selección donde las condiciones de ingreso, ascenso, permanencia y retiro corresponden a criterios relacionados con el mérito, y no a facultades discrecionales del nominador.

En relación con el sistema de provisión de empleos en la administración pública, es la carrera administrativa el mecanismo legalmente implementado para el ingreso, a partir de la necesidad de aprobar todas las etapas del concurso de méritos respectivo.

La regulación de la Convocatoria debe ser consonante con los parámetros de otras fuentes jurídicas de mayor jerarquía, como la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1083 de 2015<sup>6</sup>, vigentes para la fecha de inicio de la Convocatoria reglamenta algunos aspectos relevantes en torno a la provisión de vacantes temporales en los empleos de carrera, se tiene:

*“Decreto 1083 de 2015, ARTÍCULO 2.2.1.1.3 Provisión del empleo de carácter temporal. El nombramiento en un empleo de carácter temporal se efectuará 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. Para el análisis del perfil y de las competencias requeridas, la entidad deberá consultar las convocatorias que le suministre la Comisión Nacional del Servicio Civil.*

*Cuando, excepcionalmente, no existan listas de elegibles vigentes que permitan la provisión del empleo temporal, la entidad realizará un proceso de evaluación del perfil requerido para su desempeño a los aspirantes a ocupar dichos cargos, de acuerdo con el procedimiento que establezca cada entidad.*

*El ingreso a empleos de carácter temporal no genera el retiro de la lista de elegibles ni derechos de carrera.”*

En el mismo orden el artículo 21 de la Ley 909 de 2004, establece la calidad de los empleos de carácter temporal, así:

*“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:*

---

<sup>5</sup> **Artículo 125.** Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

<sup>6</sup> Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.

- 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. <Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> 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. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> <Numeral adicionado por el artículo 6 del Decreto Ley 894 de 2017. El nuevo texto es el siguiente:> 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 igual manera, el retiro del servicio de los empleados temporales se podrá efectuar por las causas consagradas en los literales d), h), i), j), k), m) y n) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004."*

La Corte Constitucional realizó un estudio del estado de cosas inconstitucionales respecto de la norma en cita, mediante en sentencia C-288 de 2014, en donde esa Corporación indicó que, dada su finalidad, el concurso público para el ingreso en carrera administrativa era un proceso complejo, por lo cual tiene una duración considerable, y por ello debía existir una herramienta alternativa para aquellos eventos en los que la administración pública requiera vincular trabajadores de manera temporal, con mayor celeridad o para circunstancias especiales.

En esa medida, la Corte se declaró inhibida para resolver sobre la constitucionalidad del citado artículo 21 de la Ley 909 de 2004, pues de un lado, consideró que la creación de un procedimiento especial para la provisión de los empleos de carácter temporal, era necesaria para garantizar el principio de la eficiencia de la función pública en circunstancias excepcionales, en las cuales no fuera posible realizar un concurso público, y además, acotó que no existía certeza de que la preceptiva infringiera el art. 125 de la C.N., pues los empleos temporales no son en carrera.

Entonces, debemos concluir que, la norma que contempla el procedimiento especial para la provisión de empleos temporales no ha sido invalidada, y que dicho proceso está compuesto de dos (2) fases que se consideran idóneas para garantizar las finalidades pretendidas:

(i) En primer lugar, la regla general para la provisión de los empleos temporales es la utilización de la lista de elegibles, la cual constituye un método que garantiza la agilidad del sistema, pero además permite salvaguardar el mérito.

(ii) En segundo lugar, la excepción es la realización de un proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos, procedimiento que garantiza la agilidad del sistema y que además está limitada por la necesidad de evaluar el mérito de los candidatos.

Finalmente, se verifica que, si bien, al igual que el resto de las modalidades de vinculación a los empleos públicos, la provisión de empleos temporales se sujeta a los principios de la función pública, no se debe desconocer que ésta última modalidad cuenta con un procedimiento especial regulado en una norma completamente distinta al resto de las modalidades, por lo que, se concluye que no es dable escudriñar en otros procedimientos para efectos de aplicar aquellas disposiciones no contenidas en el citado artículo 21 de la Ley 909 de 2004.

#### **7.5. Temeridad en la acción de tutela**

Como se dijo en precedencia la Constitución de 1991 indica que la acción de tutela es un medio judicial residual y subsidiario, que puede utilizarse frente a la vulneración o amenaza de derechos fundamentales por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, y en algunos casos de particulares. No obstante, existen reglas que no pueden ser desconocidas por quienes pretenden que se les reconozca el amparo a través de esta vía, una de ellas es no haber formulado con anterioridad una acción de tutela contra la misma parte, por los mismos hechos y con las mismas pretensiones.

Cuando una persona promueve la misma acción de tutela ante diferentes operadores judiciales, bien sea simultánea o sucesivamente, se puede configurar la temeridad, conducta que involucra un elemento volitivo negativo por parte del accionante.

La jurisprudencia ha establecido ciertas reglas con el fin de identificar una posible situación constitutiva de temeridad:

“La Sentencia T-045 de 2014 advirtió que la temeridad se configura cuando concurren los siguientes elementos: “(i) identidad de partes; (ii) identidad de hechos; (iii) identidad de pretensiones y (iv) la ausencia de justificación razonable en la presentación de la nueva demanda vinculada a un actuar doloso y de mala fe por parte del demandante. En la Sentencia T-727 de 2011 se definió los siguientes elementos “(...) (i) una identidad en el objeto, es decir, que “las demandas busquen la satisfacción de una misma pretensión tutelar o sobre todo el amparo de un mismo derecho fundamental”; (ii) una identidad de causa petendi, que hace referencia a que el ejercicio de las acciones se fundamente en unos mismos hechos que le sirvan de causa [28]; y, (iii) una identidad de partes, o sea que las acciones de tutela se hayan dirigido contra el mismo demandado y, del mismo modo, se hayan interpuesto por el mismo demandante, ya sea en su condición de persona natural o persona jurídica, de manera directa o por medio de apoderado”.

En caso de que se configuren los presupuestos mencionados anteriormente, el juez constitucional no solo debe rechazar o decidir desfavorablemente las pretensiones, sino que además deberá imponer las sanciones a que haya lugar.

Asimismo, la Corte incluyó un elemento adicional a los mencionados anteriormente y afirmó que la



improcedencia de la acción de tutela por temeridad debe estar fundada en el dolo y la mala fe de la parte actora. Concluyó dicha Corporación que la temeridad se configura cuando concurren los siguientes elementos: (i) identidad de partes; (ii) identidad de hechos; (iii) identidad de pretensiones; y (iv) la ausencia de justificación en la presentación de la nueva demanda, vinculada a un actuar doloso y de mala fe por parte del libelista.

Sin embargo, la Corte ha aclarado que la sola existencia de varias acciones de tutela no genera, per se, que la presentación de la segunda acción pueda ser considerada como temeraria, toda vez que dicha situación puede estar fundada en la ignorancia del actor o el asesoramiento errado de los profesionales del derecho; o en el sometimiento del actor a un estado de indefensión, propio de aquellas situaciones en que los individuos obran por miedo insuperable o por la necesidad extrema de defender un derecho:

“En conclusión, la institución de la temeridad pretende evitar la presentación sucesiva o múltiple de las acciones de tutela. Al mismo tiempo, es evidente que existen elementos materiales particulares para determinar si una actuación es temeraria o no. En ese sentido, la sola existencia de dos amparos de tutela aparentemente similares no hace que la tutela sea improcedente. A partir de esa complejidad, el juez constitucional es el encargado de establecer si ocurre su configuración en cada asunto sometido a su competencia”.

## **8. Argumentación fáctica – probatoria**

### **8.1. Pruebas traídas al proceso**

Por la parte actora:

- Copia del acuerdo No 562 de 2016, respecto a las audiencias públicas para escogencia de empleo. Copia del decreto 1227 de 2019, por medio del cual ampliaron la vigencia de los cargos temporales. Copia de la resolución 0715 de 2017, por medio de la cual se crearon los cargos temporales.
- Copia del ofrecimiento que me realizaron en los cargos temporales donde me solicitan escoger un solo empleo.
- Copia de su resolución de lista de elegibles.
- Copia de las respuestas dada por el SENA a las solicitudes de nombramiento en los cargos temporales realizadas por algunos elegibles.
- Copia de las respuestas dadas por la CNSC a las solicitudes de nombramiento en los cargos temporales realizadas por algunos elegibles

El CNSC, aporta como prueba:

- Tutela presentada por la actora, ante los juzgados de Bogotá
- Respuesta solicitud verificación de listas de elegibles para la provisión de empleos temporales, remitida por el CNSC al SENA, de fecha 10/08/2020, en el que adjuntan tres (3) archivos Excel contentivos de las listas de elegibles

El SENA, aporta las siguientes pruebas:

- Criterio Unificado provisión de empleos temporales, expedido por la CNSC.

- Oficio No. 1-2019-017358 del 26 de agosto de 2019, emitido por el CNSC, dirigido a la Secretaria General del SENA, por medio del cual solicita verificación de lista de elegibles para provisión de empleos temporales.
- Oficio 1-2019-021583 del 21 de octubre de 2019, emitido por el CNSC, dirigido a la Secretaria General del SENA, por medio del cual da respuesta no realización de nombramientos planta temporal.
- Oficio 01-1-2019-022184, proferido por el DAFP. emitido por la función pública, dirigido al Coordinador Grupo de Relaciones Laborales del SENA, por medio del cual señalan los requisitos para la vinculación en los empleos de la planta temporal.
- Oficio 1-2019-022170, proferido por la Procuraduría General de la Nación, y dirigido a Director General del SENA, con relación al uso de listas de elegibles para proveer una planta temporal en el SENA, en medio de su función preventiva.

## 8.2. Solución a la causa constitucional

De la mano de las anteriores probanzas, se procede a hacer el estudio del caso concreto, para lo cual se deberá resolver cada uno de los tópicos que fueron establecidos en el problema jurídico que viene planteado, así:

### -De la temeridad en la presente acción

La ciudadana Judith del Rosario Feria Diaz presentó acción de tutela contra Comisión Nacional de Servicio Civil –CNSC y Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la garantía y efectividad de la protección de los derechos por parte del estado, igualdad, trabajo, debido proceso administrativo, acceso a cargos y funciones públicas vía merito, así como a los principios de confianza legítima, buena fe y seguridad jurídica.

Ahora bien, la accionada Comisión Nacional de Servicio Civil –CNSC presentó informe dentro del presente trámite, mediante el cual manifiesta que la actora ha presentado otra acción de tutela con las mismas circunstancias que la presente, la cual correspondió en reparto al Juzgado Segundo Penal del Circuito para Adolescentes con Funciones de conocimiento de Bogotá lo que constituye temeridad. Por lo que se hace necesario verificar en esta instancia si lo afirmado por esa entidad es cierto, y en consecuencia el despacho procede a realizar la comparativa entre una y otra tutela a fin de determinar la veracidad de lo afirmado:

<b>AUTORIDAD JUDICIAL QUE CONOCE</b>	Juzgado Segundo Penal del Circuito para Adolescentes con Funciones de conocimiento de Bogotá	Juzgado Segundo Administrativo Mixto del Circuito de Riohacha
<b>PARTE ACCIONANTE</b>	Judith del Rosario Feria Diaz	Judith del Rosario Feria Diaz
<b>PARTE ACCIONADA</b>	Comisión Nacional de Servicio Civil –CNSC y Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA	Comisión Nacional de Servicio Civil –CNSC y Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA
<b>DERECHOS INVOCADOS</b>	Dignidad humana, garantía y efectividad de la protección de los derechos por parte del estado, igualdad, derecho de petición, trabajo, debido proceso administrativo, acceso a cargos y funciones públicas vía merito, así como a los principios de confianza legítima, buena fe y seguridad jurídica.	A la garantía y efectividad de la protección de los derechos por parte del estado, igualdad, trabajo, debido proceso administrativo, acceso a cargos y funciones públicas vía merito, así como a los principios de confianza legítima, buena fe y seguridad jurídica.
<b>HECHOS</b>	Se resumen así:	Se resumen así:



<ul style="list-style-type: none"> <li>• La COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, en adelante "CNSC", expidió el Acuerdo 20171000000116 del 26 de julio de 2017, por medio del cual se dio apertura al concurso de méritos para proveer los cargos vacantes existentes en el sistema general de carrera del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA, concurso que estuvo regulado por la Convocatoria No. 436 de 2017.</li> <li>• Las etapas señaladas por la CNSC, para adelantar la Convocatoria 436 de 2017, fueron las siguientes: Convocatoria y divulgación, Inscripción, Verificación de requisitos mínimos, Aplicación de pruebas, sobre competencias básicas y Funcionales, pruebas sobre competencias comportamentales, Valoración de Antecedentes, conformación de Listas de Elegibles, firmeza de la lista de elegibles y nombramiento en Periodo de prueba.</li> <li>• Producto de la convocatoria, la CNSC expide la resolución de lista de elegibles No 20182120188145 del 24 de 12 de 2018, con firmeza a partir del día 15- 01-19 para proveer una (01) vacante de la OPEC No 59762, con la denominación INSTRUCTOR, CÓDIGO 3010, GRADO 1, donde me encuentro ocupando el lugar número segundo de elegibilidad, con 77,39 puntos definitivos en la convocatoria.</li> <li>• Que el literal e del artículo 11 de la Ley 909 de 2004 hace referencia a la función de la CNSC de conformar, organizar, manejar el Banco Nacional de Lista de elegibles. Por su parte la CNSC expide 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, en que hace referencia a todo lo que tiene que ver con el Banco Nacional De lista de elegibles.</li> <li>• EL SENA reportó a la CNSC, unos cargos no ofertados para que se haga el USO de lista de elegibles, sin embargo, este proceso tampoco se ha adelantado ya que siguen existiendo solicitudes de exclusión sin resolver.</li> <li>• El 16 de enero de 2020 La CNSC expide EL CRITERO UNIFICADO "USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DE 27 DE JUNIO DE 2019" donde se deja la claridad y la obligatoriedad de hacer el uso de lista de elegibles con los cargos no ofertados posteriores a la entrada en vigencia de la mencionada LEY 1960 de junio de 2019.</li> <li>• Que, mi lista de elegibles se vence el 14 de enero de 2021, sin que se me haya dado la posibilidad de un USO de Lista de Elegibles, en el cargo con la Denominación INSTRUCTOR, CODIGO 3010, GRADO 1, lo que l da derecho a que se le nombré en un cargo similar al que me presenté.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• La COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, en adelante "CNSC", expidió el Acuerdo 20171000000116 del 26 de julio de 2017, por medio del cual se dio apertura al concurso de méritos para proveer los cargos vacantes existentes en el sistema general de carrera del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA, concurso que estuvo regulado por la Convocatoria No. 436 de 2017.</li> <li>• Dentro del marco de la mencionada convocatoria, la CNSC expidió la Resolución No. CNSC-20182120188145 del 24 de diciembre de 2018, mediante la cual se conformó la lista de elegibles para proveer una (1) vacantes del empleo denominado Instructor, Código 3010 Grado 01, identificado con el código OPEC No. 59752. La accionante afirma que, en ese acto administrativo se determinó que había clasificado en segundo lugar, con un puntaje de 77.39.</li> <li>• Posteriormente, el SENA creó 565 cargos temporales con la denominación "Instructor Código 3010 Grado 01", los cuales debieron proveerse con la lista de elegibles vigente, conforme el precedente contenido en la sentencia C-288 de 2014 y de conformidad con el artículo 21 numeral 3 de la Ley 909 de 2004.</li> <li>• En ese sentido, el accionante señala que, desde junio de 2019 algunos aspirantes de la lista de elegibles promovieron peticiones ante el SENA, con el fin de que se diera preferencia a las personas de la lista para proveer las vacantes temporales, sin embargo, entre abril y junio de 2019 la entidad resolvió proveer los cargos temporales con personas que no estaban en la lista de elegibles, conducta que ha sido reiterativa hasta la fecha.</li> <li>• Al dar alcance a las peticiones de forma masiva, el SENA unificó su respuesta, y señaló que, mediante Decreto 553 de 2017 se crearon 800 empleos temporales, los cuales fueron distribuidos mediante la Resolución No. 715 de 2017, y para efectos de determinar las funciones y requisitos de dichos cargos, se expidió la Resolución 1694 del 28 de septiembre de 2017, mediante la cual se adoptó el manual específico de funciones y competencias laborales para los empleos temporales.</li> <li>• Sobre el fondo de las peticiones, la entidad señaló que, solicitó a la CNSC que informara sobre la existencia de lista de elegibles vigente, y esa entidad respondió negativamente, por lo que se procedió a encargar a los funcionarios de carrera administrativa, y con los empleos restantes se procedió a realizar dos convocatorias públicas en el año 2017, con las cuales se constituyeron listas con orden de provisión, con vigencia de dos años, logrando proveerse 752 empleos, quedando 48 desierto; explicó que se surtieron dos provisiones, debido las renunciaciones de quienes inicialmente fueron nombrados.</li> <li>• Indicó la accionante, que en igual sentido algunos aspirantes de la lista también promovieron peticiones ante la CNSC desde julio de 2019, y en punto a la provisión de los cargos</li> </ul>
--	--



	<ul style="list-style-type: none"><li>• Que en ningún momento la CNSC y el SENA, le realizaron el ofrecimiento ni nombramiento en periodo de prueba con los cargos ofertados y con los no ofertados</li><li>• Adicionalmente manifiesta que presentó dos peticiones sin que a la fecha haya recibido respuesta congruente y de fondo con lo pedido.</li></ul>	<p>temporales, la Comisión adujo que, en efecto, el SENA había solicitado el envío de las listas de elegibles para proveer 110 empleos de carácter temporal, creados mediante el Decreto 553 de 2017, y que dicha solicitud era anterior a la vigencia de las listas de elegibles que se conformaron en desarrollo de la Convocatoria 436 de 2017, pues los actos administrativos habían sido expedidos con posterioridad a octubre de 2018, y por ende, la respuesta remitida al SENA había sido negativa, al no existir listas de elegibles vigentes en ese momento.</p> <ul style="list-style-type: none"><li>• Adicionó que, frente a la falta del registro de elegibles vigente, el SENA debió dar aplicación a lo dispuesto en el art. 2.2.5.3.5 del Decreto 1083 de 2015, donde se contempla la figura del encargo, y en caso de no contar con empleados de carrera, debía proceder a realizar una convocatoria pública, y añadió, que la Comisión no tenía injerencia en los nombramientos que realizara el SENA, por lo que las solicitudes debían promoverse ante esa entidad.</li><li>• La parte actora advierte que el 7 de octubre de 2020 recibió un correo electrónico remitido por el SENA, mediante el cual le indicaban que, la vigencia de los 800 empleos temporales creados en 2017 se había prorrogado hasta el 31 de diciembre de 2021, por lo que, le informaban que se había solicitado a la CNSC la certificación de la existencia de la lista de elegibles para proveer dichos cargos temporales, conforme los precedentes constitucionales.</li><li>• En esa medida, el SENA le informó que se podía postular para una de las vacantes que se relacionaban en ese comunicado, y que para ello, debía iniciar el proceso de postulación a partir del 8 de octubre de 2020 y hasta el 12 de octubre de 2020, previa acreditación del cumplimiento de los requisitos legales para ocupar el cargo que seleccionara.</li><li>• Conforme a tales supuestos, la accionante manifiesta su inconformidad respecto de las actuaciones administrativas desplegadas por el SENA, aduciendo los siguientes cuestionamientos:<ul style="list-style-type: none"><li>- Que la entidad vulneró el debido proceso administrativo al omitir realizar una audiencia pública donde expusiera a los aspirantes todos los cargos temporales, invocando lo dispuesto en la sentencia C-288 de 2014.</li><li>- Que someter a los aspirantes a elegir un cargo vacante entre muchos que se encuentran individuales, implica que aquellos que cuentan con puntajes más altos queden por fuera del proceso de provisión, mientras que se favorece a aquellos que tienen puntajes más bajos.</li><li>- Que la audiencia pública omitida es necesaria para evitar posibles actos de corrupción en las contrataciones, pues el SENA tiene la autonomía para trasladar cargos, e incluso, cambiar la denominación de los mismos.</li><li>- Que la omisión de las accionadas en cumplir con el procedimiento establecido en la Ley 909 de 2004, vulnera los principios de la función pública aplicables a los mecanismos de ingreso a la</li></ul></li></ul>
--	---	--

		administración pública, incluidos los nombramientos en cargos temporales.
<b>PRETENSIONES</b>	<p>1. Que, se restablezcan los derechos fundamentales dignidad humana, garantía y efectividad de la protección de los derechos por parte del estado, igualdad, derecho de petición, trabajo, debido proceso administrativo, acceso a cargos y funciones públicas vía merito, así como a los principios de confianza legítima, buena fe y seguridad jurídica y los que el despacho considere pertinentes, vulnerados u amenazados, de JUDITH DEL ROSARIO FERIA DIAZ, mayor de edad e identificada con cédula de ciudadanía No 30.567.831 y se ordene de manera inmediata a la CNSC y al SENA realizar el nombramiento en periodo de prueba y su posesión para un empleo bien sea que haya sido ofertado o no ofertado con la denominación INSTRUCTOR CODIGO 3010 GRADO 1, lo anterior En un término No superior a 48 horas, por haberse superado todas las pruebas, etapas del concurso, cumplir la totalidad de requisitos del empleo al cual se presentó y actualmente encontrarse como elegible, ya que era un deber legal por parte de la CNSC y el SENA hacer uso de lista de elegibles. Lo anterior sin tener en cuenta el Criterio unificado de enero de 2020 si no la similitud funcional.</p> <p>2. 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 No 58899 a la cual se presentó el accionante.</p> <p>3. Ordenar a La CNSC dar respuesta de fondo al derecho de petición radicado en agosto de 2020.</p> <p>4. ORDENAR A LA CNSC Y AL SENA rendir un informe escrito a este Despacho, con los soportes respectivos, dentro de un término igual y siguiente al concedido para el cumplimiento del presente fallo.</p>	<p>1. Que se restablezcan los derechos fundamentales a la garantía y efectividad de la protección de los derechos por parte del estado, igualdad, trabajo, debido proceso administrativo, acceso a cargos y funciones públicas vía merito, así como a los principios de confianza legítima, buena fe y seguridad jurídica y los que el despacho considere pertinentes, vulnerados u amenazados, de JUDITH DEL ROSARIO FERIA DIAZ, y se ordene de manera inmediata a la CNSC y al SENA seleccionar todos los empleos denominados INSTRUCTOR de la Planta Temporal del SENA por perfiles de los empleos, y núcleos básicos del conocimiento, en un término no superior a 48 horas.</p> <p>2. Ordenar a la CNSC y al SENA, realizar una recomposición de listas del banco de listas de elegibles en estricto orden de mérito para proveer todos los empleos denominados INSTRUCTOR de la Planta Temporal del SENA, de acuerdo a su similitud funcional con los cargos temporales.</p> <p>3. Ordenar a la CNSC y al SENA que, una vez se haya realizado la selección de los empleos por perfil y núcleos básicos del conocimiento, y se haya realizado la recomposición del banco de lista de elegibles, se debe realizar una audiencia pública (virtual) para proveer todos los empleos denominados INSTRUCTOR de la Planta Temporal del SENA, para que los nombramientos se realicen en estricto orden de Mérito. En un término No superior a 48 horas y en caso de que la tutelante se encuentre en posición meritatoria, se le debe realizar su nombramiento en un cargo temporal.</p> <p>4. ORDENAR A LA CNSC Y AL SENA rendir un informe escrito a este Despacho, con los soportes respectivos, dentro de un término igual y siguiente al concedido para el cumplimiento del presente fallo.</p>

De lo anterior se puede extraer como primera medida que el objeto sustancial de las dos tutelas es diferente pues la actual tutela va dirigida especialmente para que se realice la selección de los empleos denominado instructor, por perfil y núcleos básicos del conocimiento, se haga una recomposición del banco de lista de elegibles, y se realice una audiencia pública (virtual) para proveer todos los empleos denominados INSTRUCTOR de la Planta Temporal del SENA, y que los nombramientos se realicen en estricto orden de Mérito, mientras que la tutela presentada ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito para Adolescentes con Funciones de conocimiento de Bogotá, lo que se pretende es el nombramiento de la actora en un cargo que haya sido o no ofertado con la denominación INSTRUCTOR CODIGO 3010 GRADO 1.

De manera que se puede concluir que las tutelas presentadas, son diferentes en cuanto a sus pretensiones, aunque se enuncien algunos hechos y derechos similares, lo que no permite determinar que la actuación de la actora no es temeraria, pues para tal calificación no sólo se requiere que haya



identidad de partes sino también identidad de hechos, de pretensiones, y de acuerdo a lo planteado en el marco jurídico que antecede mala fe en el actuar del peticionario, lo que en el presente caso no se vislumbra.

#### **-De la procedencia de la acción de tutela**

A fin de estudiar la procedencia de la presente acción, se hace necesario realizar el estudio de las pretensiones incoadas, para lo cual ha de tenerse en cuenta que las primeras dos pretensiones tienen que ver con el orden, por perfiles, empleos, y núcleos básicos de los cargos que conforman la lista de elegibles emitida mediante Resolución No. CNSC-20182120188145 del 24 de diciembre de 2018, mediante la cual se busca la provisión de una (1) vacantes del empleo denominado Instructor, Código 3010 Grado 01, identificado con el código OPEC No. 59752, de la siguiente manera:

1. Que se ordene de manera inmediata a la CNSC y al SENA seleccionar todos los empleos denominados INSTRUCTOR de la Planta Temporal del SENA por perfiles de los empleos, y núcleos básicos del conocimiento, en un término no superior a 48 horas.
2. Que se ordene a la CNSC y al SENA, realizar una recomposición de listas del banco de listas de elegibles en estricto orden de mérito para proveer todos los empleos denominados INSTRUCTOR de la Planta Temporal del SENA, de acuerdo con su similitud funcional con los cargos temporales.

Al respecto ha de señalar el despacho, que de conformidad con la argumentación jurídica y jurisprudencial, que fue antes expuesta, se evidencia que para la provisión de cargos públicos temporales, la entidad nominadora debe hacer uso de las listas de elegibles vigentes, y que en el presente asunto se ha cumplido dicho presupuesto por parte del SENA pues se ha demostrado que dicha entidad, solicitó a la CNSC las listas vigentes para proveer las vacantes no ofertadas en la Convocatoria 436 de 2017, tal y como se demuestra mediante Oficio No. 1-2019-017358 del 26 de agosto de 2019, emitido por el CNSC, dirigido a la Secretaria General del SENA, por medio del cual solicita verificación de lista de elegibles para provisión de empleos temporales.

Ahora bien, en lo atinente a la lista de elegibles, de las pruebas arrimadas al plenario se evidencia que la CNSC profirió la Resolución No. CNSC-20182120188145 del 24 de diciembre de 2018, mediante la cual se conformó la lista de elegibles para proveer una (1) vacantes del empleo denominado Instructor, Código 3010 Grado 01, identificado con el código OPEC No. 59752, la cual se encuentra en firme, y que de acuerdo a los parámetros señalados por la Corte Constitucional en Sentencias T-112A/14 y T-049 de 2019, este tipo de actos administrativos solo pueden ser controvertidos en sede de tutela por fraude o incumplimiento de los requisitos de la convocatoria o cuando su aplicación conlleve el desconocimiento de derechos fundamentales, aspectos que no encuentra acreditados esta agencia judicial en esta oportunidad, toda vez que no se advierte prueba que acredite la ocurrencia de algunas de estas circunstancias o la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

De manera que no se cumple en el presente asunto con el requisito de subsidiariedad, toda vez que la actora contaba con las acciones por la vía ordinaria en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, para modificar o anular el acto administrativo. Así mismo, se debe aclarar que en el evento de que el medio de control se encuentra afectado de caducidad, tampoco se podría aceptar el ejercicio de la tutela para revivir términos, por lo que este despacho concluye que en relación a

esta pretensión la acción de tutela se torna improcedente, máxime si se tiene en cuenta que la citada Resolución fue expedida en diciembre del año 2018, por lo que tampoco cumpliría con el requisito de inmediatez.

3. Ordenar a la CNSC y al SENA que, una vez se haya realizado la selección de los empleos por perfil y núcleos básicos del conocimiento, y se haya realizado la recomposición del banco de lista de elegibles, se debe realizar una audiencia pública (virtual) para proveer todos los empleos denominados INSTRUCTOR de la Planta Temporal del SENA, para que los nombramientos se realicen en estricto orden de Mérito.

En relación con esta pretensión, se tiene que cumple con el requisito de subsidiariedad y de inmediatez, toda vez que la pretensión se encentra encaminada a perseguir el amparo de los derechos que se invocan, en el marco de la provisión de cargos de carácter temporal el cual se encuentra en curso y cuya vigencia se encuentra limitada en el tiempo, por lo que resulta imperativo la intervención del juez de tutela, en vista de que vía ordinaria no constituiría un medio idóneo de defensa judicial.

En esa línea, procede el despacho a realizar el estudio de fondo de esta pretensión, para lo cual se debe tener en cuenta lo normado en el artículo 21 de la Ley 909 de 2004 para la provisión de cargos temporales, precepto del que se extrae como imperativo la utilización de la lista de elegibles vigente para tal efecto, y de manera excepcional la realización de un proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos, una vez se constate la falta de registro de elegibles.

En el sub lite, se tiene que lo que pretende la accionante es que dentro del proceso de provisión de los empleos de la planta temporal del SENA, se realice una audiencia pública, mediante la cual, los aspirantes que se encuentran en el registro de elegibles puedan seleccionar libremente los cargos a los que deseen aspirar, argumentando de un lado, que dicha audiencia es necesaria para evitar posibles actos de corrupción en las contrataciones, pues el SENA tiene la autonomía para trasladar cargos, e incluso, cambiar la denominación de los mismos, o anterior de conformidad con lo reglado en el Acuerdo 562 de 2016.

No obstante, de un análisis de las normas citadas, se extrae que el proceso de selección de personal en cargos temporales se rige por lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 909 de 2004, cuerpo normativo que no contempla la realización de la audiencia pública, para la provisión de empleos transitorios.

Al respecto, es menester aclarar que dicha audiencia pública, se encuentra consignada en el artículo 14 del Acuerdo 562 de 2016, de la siguiente forma:

“ARTÍCULO 14. Procedibilidad para realizar la audiencia pública para escogencia de empleo. Cuando la CNSC conforme lista de elegibles para uno o varios empleos reportados por las entidades a la Oferta Pública de Empleos de Carrera, con vacantes en diferente ubicación geográfica, se procederá a realizar la audiencia de escogencia de empleo, de acuerdo al orden de mérito establecido en la lista de elegibles y de conformidad con el instructivo que para tal efecto publique la CNSC.”

En este punto, se hace necesario destacar que de conformidad con el artículo 1° del acuerdo en cita, el ámbito de aplicación de los lineamientos generales allí contenidos se refiere a los procesos

de selección para la provisión de empleos de carrera administrativa, cuya principal característica es la vocación de permanencia, lo que descarta que sea aplicable a empleos temporales.

En esa línea, no se vislumbra por parte de este despacho que las entidades accionadas infringieran los derechos fundamentales invocados por parte de la actora, pues la no aplicación del procedimiento consagrado en el artículo 14 del mencionado Acuerdo 562 de 2016 no obedeció a una irregularidad dentro del proceso de provisión de los empleos temporales que adelanta el SENA, por lo que se negará el amparo deprecado.

### 8.3. Conclusión.

En conclusión, se declarará improcedente la acción de tutela que nos ocupa frente a las pretensiones dirigidas a que se ordene de manera inmediata a la CNSC y al SENA a seleccionar todos los empleos denominados INSTRUCTOR de la Planta Temporal del SENA por perfiles de los empleos, y núcleos básicos del conocimiento, y realizar una recomposición de listas del banco de listas de elegibles en estricto orden de mérito para proveer todos los empleos denominados INSTRUCTOR de la Planta Temporal del SENA, de acuerdo con su similitud funcional con los cargos temporales, por no cumplir con los requisitos de subsidiariedad, inmediatez y por no demostrar la eventual ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Y en relación a la pretensión dirigida a la realización de la audiencia pública de escogencia de empleo, se dispondrá negarla -pese a ser procedente- por cuanto no se halló acreditada la vulneración por parte de las accionadas de los derechos que se aducen, toda vez que dichas entidades actuaron con sujeción a las normas que regulan el procedimiento en cuestión.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Administrativo Mixto del Circuito de Riohacha, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### FALLA

**Primero. DECLARAR IMPOCEDENTE** el amparo solicitado por la señora Judith del Rosario Feria Diaz, respecto a la solicitud de modificación de la Resolución No. CNSC-20182120188145 del 24 de diciembre de 2018, mediante la cual se conformó la lista de elegibles para proveer una (1) vacantes del empleo denominado Instructor, Código 3010 Grado 01, identificado con el código OPEC No. 59752, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

**Segundo. DENEGAR** el amparo solicitado por la señora Judith del Rosario Feria Diaz, respecto a la solicitud de realización de la audiencia pública para la escogencia de empleos, dentro del proceso de provisión del cargo de INSTRUCTOR de la planta de empleos temporales del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA, conforme las consideraciones expuestas.

**Tercero. NOTIFÍQUESE** este fallo al accionante y a las accionadas, en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1.991 y en el Decreto Legislativo 806 de 2020.

**Cuarto. ORDENAR** a la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC y al Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA que a partir de la fecha de notificación de la presente providencia, publiquen en sus portales web el fallo de la presente acción de tutela, además deberán enviar copia integral del mismo al correo electrónico de las personas que conforman la lista de elegibles y quienes se



encuentran ocupando de manera temporal el cargo de Instructor Código 3010 Grado 1 y remitir la prueba de dicha diligencia a ésta unidad judicial dentro de las cuarenta y ocho horas (48) siguientes al recibo de la notificación de esta providencia.

**Quinto.** Por Secretaría, de ser impugnado este fallo **repórtese** inmediatamente al Despacho. De no ser impugnado, **remítase** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro del día siguiente al vencimiento del plazo para dicha impugnación. De igual modo, se **verifíquese** que todas las actuaciones surtidas estén radicadas en Justicia Siglo XXI, TYBA WEB desde su inicio hasta su definitivo archivo al que deberá procederse en su oportunidad legal.

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**KELLY JOHANNA NIEVES CHAMORRO**  
Juez

Firmado Por:

**KELLY JOHANNA NIEVES CHAMORRO**  
**JUEZ CIRCUITO**  
**JUZGADO 002 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE RIOHACHA**

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:

**f746aa244f13d0c7d1be5b67404b623ab8b3a849ab4641081119c15c746a4593**

Documento generado en 23/10/2020 07:00:58 p.m.

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