El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso.

El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia – 2ª instancia – 15 de septiembre de 2017

Proceso:     Acción de Tutela – Confirma improcedencia de la acción

Radicación Nro. : 66001-31-10-001-2017-00449-01

Accionante: BLANCA INÉS MARTÍNEZ LÓPEZ

Accionado: SENA

Magistrado Ponente:  EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS

**Temas: INCLUSIÓN EN LISTA DE ELEGIBLES / EXISTE OTRO MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL / CARÁCTER SUBSIDIARIO DE LA ACCIÓN DE TUTELA / IMPROCEDENCIA.** [E]n relación con la inconformidad de la accionante, basta decir que el amparo solicitado resulta improcedente, pues como reiteradamente lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en principio las controversias en torno de la legalidad de las decisiones de la administración, deben discutirse ante la jurisdicción correspondiente, sin que sea viable pretender sustituirlos por este mecanismo extraordinario habida cuenta de su carácter subsidiario, este no es el escenario para debatirlas. (…) Ahora bien, aceptando que en determinados casos, aun cuando exista ese medio de defensa judicial, se pueda causar al afectado un perjuicio irremediable, y teniendo presente que la demanda de tutela la promovió como mecanismo transitorio, se debe no solo indicar, sino acreditar en qué consiste el mismo para que pueda ser valorado. En criterio de la Sala, en este caso no se demostró cómo la supuesta vulneración de los derechos fundamentales invocados por la actora, por no aceptarse que cumple con los requisitos exigidos para el cargo al cual optó, resulta inminente y grave, por lo tanto, dicha decisión ningún perjuicio irremediable le ocasiona, que amerite su protección de manera inmediata.

**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

**Sala de Decisión Civil Familia**

Magistrado Ponente:

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

Pereira, quince (15) de septiembre de dos mil diecisiete (2017)

Acta N° 480 de 15-09-2017

Referencia: 66001-31-10-001-**2017-00449**-01

**I. ASUNTO**

Se decide la impugnación formulada por la señora BLANCA INÉS MARTÍNEZ LÓPEZ, contra la sentencia proferida el 4 de agosto de 2017, mediante la cual el Juzgado Primero de Familia de Pereira resolvió la acción de tutela promovida por la opugnante contra la entidad SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA, a la que se vinculó a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, la Gerencia Regional Risaralda del SENA, y el señor JOHAN DAVID ÑAÑEZ ZULETA.

**II. ANTECEDENTES**

1. La señora BLANCA INÉS MARTÍNEZ LÓPEZ, interpuso el presente amparo constitucional contra la entidad SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA, por considerar que dicha entidad vulnera sus derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso y al trabajo.

2. En síntesis, señaló como sustento de su reclamo, lo siguiente:

2.1. El 1º de junio de 2017, el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA, creó una convocatoria dirigida a todas las personas interesadas en ocupar un cargo de su planta temporal, a postularse por medio de la Agencia Pública de Empleo del SENA, con la finalidad de proveer hasta 785 empleos de carácter temporal que están distribuidos en los Centros de Formación Profesional para la atención y ejecución de los programas Agrosena, Sennova y Bilingüismo.

2.2. Relacionó el cronograma diseñado para el evento, el perfil del cargo para el cual optó, Instructor Grado 01-20 SENNOVA Risaralda del Centro de Diseño e Innovación Tecnológica Industrial, y las dos alternativas ofrecidas para cumplir con los requisitos de formación académica y experiencia para el mismo.

2.3. Teniendo en cuenta que cumplía con los requisitos exigidos en la alternativa 2 contenida en el Manual Específico de Funciones y Competencias, decidió postularse al cargo de Instructor Grado 01-20 SENNOVA del Centro de Diseño e Innovación Tecnológica Industrial, de la Regional Risaralda, solicitud 2285888; presentó la prueba de conocimientos y posteriormente se publicaron los resultados definitivos, donde se consignó que no cumple con los requisitos exigidos para el cargo.

2.4. Ante la inconformidad con el resultado, presentó reclamación en la fecha establecida en el cronograma, pero no obtuvo una respuesta favorable, indicándole que no cumple con el requisito de tener título de maestría.

2.5. Afirma que para el cargo de Instructor Grado 01-20 SENNOVA cumple con los requisitos de formación académica y experiencia planteados en la alternativa 2, que no exigía maestría, sino, título profesional, además de 48 meses de experiencia relacionada, de los cuales 24, “*deben estar relacionados con la participación en grupos de investigación registrados en COLCIENCIAS y en la gestión de semilleros de investigación desarrollando proyectos en una de las líneas de investigación avaladas institucionalmente por el SENA y en las labores de formación profesional*”, además, “*acreditar una certificación en producción académica (artículos académicos o científicos en revista o libro) con referencia ISBN, ISSN o DOI verificable*”, todo lo cual cumple, pues es ingeniera de sistemas y participa en el “grupLAC”, que es un grupo de investigación de COLCIENCIAS, del cual es integrante desde abril de 2015, también certificó que en la revista CDIT TEINNOVA participó como autora en la creación de un artículo.

2.6. Considera inadmisible que en la respuesta a su reclamación, se diga que no cumple con el requisito de tener título de maestría, cuando en el reclamo manifestó que participó optando por los requisitos de la segunda alternativa que no exige posgrado.

3. Pide, conforme a lo relatado, tutelar los derechos fundamentales invocados y ordenar al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA que la incluya dentro del listado de personas que cumplieron con los requisitos exigidos en la convocatoria pública planta temporal del SENA 2017 – FASE III, cargo Instructor Grado 01-20 SENNOVA Risaralda, del Centro de Diseño e Innovación Tecnológica Industrial.

4. Correspondió el conocimiento del amparo constitucional al Juzgado Primero de Familia de la ciudad, quien impartió el trámite legal (fl. 36 C. Ppal.). Fueron vinculados la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y la Gerencia Regional Risaralda del SENA. Posteriormente se vinculó al señor JOHAN DAVID ÑAÑEZ ZULETA (fls. 46-57 Ib.).

4.1. Se pronunció la Secretaría General (E) del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA, quien explicó el proceso de publicación, selección y escogencia de las listas de elegibles para la provisión de empleos temporales de esa entidad, así como el cronograma diseñado para el evento. Indicó que conforme a los parámetros establecidos en la convocatoria, no era posible que la demandante se remitiera al Manual de Funciones para validar su perfil, dado que en la misma invitación se estableció expresamente los perfiles de los cargos a proveer. Además, que la normatividad general que regula los concursos del sector público, establece la posibilidad legítima de que el nominador delimite o escoja dentro de las profesiones o núcleos básicos de conocimiento que señala el Manual, las que se tendrán en cuenta para un respectivo concurso.

Aclaró que la accionante no fue escogida para conformar la lista de elegibles del cargo de Profesional Instructor Grado 1-20 Programa SENNOVA del Centro de Diseño e Innovación Tecnológica Industrial, de la Regional Risaralda, porque de acuerdo con las reglas de la convocatoria, publicadas y aplicadas en igualdad de condiciones para todos los aspirantes que participaron, no era suficiente con haber obtenido uno de los tres (3) mejores puntajes en la prueba de conocimientos, sino que además era indispensable que se cumpliera con el perfil específico del cargo publicado. Solicita no tutelar los derechos invocados, porque estos no han sido vulnerados por esa entidad

**III. LA SENTENCIA IMPUGNADA**

1. La profirió el Juzgado Primero de Familia de Pereira el 4 de agosto de 2017, autoridad judicial que declaró improcedente el amparo solicitado. Para decidir así, con fundamento en jurisprudencia de la Corte constitucional que consideró aplicable al caso, estimó que no se cumple con el requisito general de subsidiaridad, ya que la accionante no acreditó la inminente ocurrencia de un perjuicio irremediable que habilite la acción de tutela como mecanismo transitorio de protección de sus derechos fundamentales, aunado a que la vía idónea para hacerlo y cuestionar la actuación, es la contencioso administrativa, donde puede solicitar como medida cautelar, la suspensión del acto administrativo que resulta nocivo para sus derechos. (fls. 58-64 Ib.).

**IV. LA IMPUGNACIÓN**

La sentencia fue impugnada por la accionante, exponiendo que la acción de tutela es el mecanismo idóneo y eficaz para evitar un perjuicio irremediable, como sería la pérdida de la oportunidad de acceder a un empleo para el cual se cumplen todos los requisitos necesarios, vulnerando los derechos al trabajo, debido proceso y la igualdad, ya que las acciones contencioso administrativas, no son eficaces, toda vez que los procedimientos son tan extensos que no darían una respuesta a tiempo para ser incluida en la lista de elegibles, además, ya en otro caso, el cual referenció, la Corte Constitucional ha aceptado la promoción de una acción de esta naturaleza, en un asunto que dijo ser igual al suyo. (fls. 70-72 ib.).

**V. CONSIDERACIONES**

1. Esta Corporación es competente para resolver la impugnación, toda vez que es el superior funcional de la autoridad judicial que profirió la sentencia de primera instancia (art. 86 C.P., Decreto 2591 de 1991 y Decreto 1382 de 2000).

2. La controversia consiste en dilucidar si el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE –SENA- vulneró los derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso y al trabajo, de la señora BLANCA INÉS MARTÍNEZ LÓPEZ, dentro del proceso de la convocatoria llevada a cabo por dicha entidad, para acceder al cargo denominado Instructor Grado 01-20 SENNOVA del Centro de Diseño e Innovación Tecnológica Industrial, de la Regional Risaralda, que amerite la injerencia del juez Constitucional, por haberse declarado que no cumple con los requisitos exigidos para el mismo.

3. Es suficientemente conocido que la acción de tutela es un instrumento procesal de trámite preferente y sumario, establecido por el artículo 86 de la Carta Política de 1991, con el objeto de que las personas, por sí mismas o a través de apoderado o agente oficioso, puedan reclamar ante los jueces la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados de violación por la acción u omisión de cualquiera autoridad pública, o de los particulares, en los casos previstos por el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

4. Este mecanismo de protección es de carácter residual y subsidiario porque solo procede cuando el afectado no disponga de otro medio judicial de salvaguarda, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

5. Es obligación del juez que estudia la procedencia de la acción de tutela, tener en cuenta que es un mecanismo sumario y preferente creado para la protección de los derechos fundamentales, que se caracteriza por tener un carácter residual o supletorio, obedeciendo a la necesidad de preservar las competencias atribuidas por el legislador a las diferentes autoridades judiciales a partir de los procedimientos ordinarios o especiales, en los que también se protegen derechos de naturaleza constitucional. Por lo anterior, el recurso de amparo no puede convertirse en un mecanismo alternativo, sustitutivo, paralelo o complementario de los diversos procedimientos judiciales, salvo que dichas vías sean ineficaces, inexistentes o se configure un perjuicio irremediable. En relación con este último, se configura cuando existe el riesgo de que un bien de alta significación objetiva protegido por el orden jurídico o un derecho constitucional fundamental sufra un menoscabo. En ese sentido, el riesgo de daño debe ser inminente, grave y debe requerir medidas urgentes e impostergables. De tal manera que la gravedad de los hechos exige la inmediatez de la medida de protección.

6. En este sentido, la Corte ha expuesto que conforme al carácter residual de la tutela, no es, en principio, este mecanismo el medio adecuado para controvertir las actuaciones administrativas, puesto que para ello están previstas las acciones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Al respecto el Alto Tribunal “*…concluye (i) que por regla general, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, como quiera que existen otros mecanismos tanto administrativos como judiciales para su defensa; (ii) que procede la acción de tutela como mecanismo transitorio contra las actuaciones administrativas cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable; y (iii) que solamente en estos casos el juez de tutela podrá suspender la aplicación del acto administrativo (artículo 7 del Decreto 2591 de 1991) u ordenar que el mismo no se aplique (artículo 8 del Decreto 2591 de 1991) mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo*.”[[1]](#footnote-1)

**VI. CASO CONCRETO**

1. Se tiene que, el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE –SENA-, llevo a cabo convocatoria para proveer hasta 800 empleos de carácter temporal que están distribuidos en los Centros de Formación Profesional para la atención y ejecución de los programas Agrosena, Sennova y Bilingüismo, en la que se inscribió la señora BLANCA INÉS MARTÍNEZ LÓPEZ, para acceder al cargo denominado Instructor Grado 01-20 SENNOVA del Centro de Diseño e Innovación Tecnológica Industrial, de la Regional Risaralda, pero publicados los resultados definitivos, se consignó que no cumple con los requisitos exigidos para el mismo, lo que considera vulnera sus derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso y al trabajo, pues afirma que sí los satisface.

Solicita la accionante, se la incluya dentro del listado de personas que cumplieron con los requisitos exigidos en la convocatoria pública planta temporal del SENA 2017 – FASE III, para el cargo de Instructor Grado 01-20 SENNOVA del Centro de Diseño e Innovación Tecnológica Industrial, de la Regional Risaralda.

2. Así las cosas, en relación con la inconformidad de la accionante, basta decir que el amparo solicitado resulta improcedente, pues como reiteradamente lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en principio las controversias en torno de la legalidad de las decisiones de la administración, deben discutirse ante la jurisdicción correspondiente, sin que sea viable pretender sustituirlos por este mecanismo extraordinario habida cuenta de su carácter subsidiario, este no es el escenario para debatirlas. En un asunto similar al presente, revocó la decisión adoptada por esta Sala que había accedido al amparo deprecado; allí precisó:

*“El accionante aduce que la Comisión Nacional de Servicio Civil afectó sus prerrogativas constitucionales invocadas al excluirlo del concurso de méritos en el que se inscribió con el propósito de ocupar el cargo de Auxiliar Administrativo Código 407 – Grado 10 de la Gobernación de Risaralda, por no aportar en oportunidad el diploma de bachiller, no obstante haber adjuntado el acta de grado de su carrera profesional, con la cual demuestra que el bachillerato se superó. Pide ser reintegrado al proceso de selección con el fin de poder ocupar el empleo al cual se inscribió, puesto que no tiene trabajo y debe mantener a su familia.*

*En relación con la inconformidad del peticionario, basta decir que el amparo solicitado resulta improcedente, pues como reiteradamente lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Corporación, en principio las controversias en torno de la legalidad de las decisiones de la administración, deben discutirse ante la jurisdicción correspondiente, sin que sea viable pretender sustituirlos por este mecanismo extraordinario habida cuenta de su carácter subsidiario, pues si la pretensión del actor es la de invalidar las determinaciones que la entidad cuestionada emitió y en las que argumentó que la norma es taxativa al indicar que el requisito es el diploma de bachiller y no puede ser suplido por el de pregrado, este no es el escenario para debatirlas, motivo por el cual se revocará el fallo de primer grado.” [[2]](#footnote-2)*

3. En el mismo sentido, la Corte Constitucional en cuanto a la acción de tutela en materia de concurso de méritos, ha precisado que:

*“…es improcedente, como mecanismo principal y definitivo, para proteger derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, ya que para controvertir la legalidad de ellos el ordenamiento jurídico prevé las acciones contencioso-administrativas, en las cuales se puede solicitar desde la demanda como medida cautelar la suspensión del acto. Dicha improcedencia responde a los factores característicos de residualidad y subsidiariedad que rigen esta acción de origen constitucional. No obstante, la jurisprudencia constitucional ha trazado dos subreglas excepcionales en las cuales el carácter subsidiario de la acción de tutela no impide su utilización a pesar de existir mecanismos alternos de defensa judicial al alcance del interesado. Esas subreglas se sintetizan en que procede excepcionalmente la tutela contra actos administrativos que regulan o ejecutan un proceso de concurso de méritos (i) cuando el accionante la ejerce como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual debe cumplir con los requisitos de ser inminente, de requerir medidas urgentes, de ser grave y de ser impostergable; y, (ii) cuando el medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca y que en caso de no ser garantizado, se traduce en un claro perjuicio para el actor. La Corte ha aplicado ésta última subregla cuando los accionantes han ocupado el primer lugar en la lista de elegibles y no fueron nombrados en el cargo público para el cual concursaron, circunstancia ésta en la que ha concluido que el medio idóneo carece de la eficacia necesaria para proveer un remedio pronto e integral y, por ende, ha concedido la protección definitiva por vía tutelar. En este último caso, corresponde al juez de tutela evaluar si el medio alternativo presenta la eficacia necesaria para la defensa del derecho fundamental presuntamente conculcado.”*[[3]](#footnote-3)

4. Ahora bien, aceptando que en determinados casos, aun cuando exista ese medio de defensa judicial, se pueda causar al afectado un perjuicio irremediable, y teniendo presente que la demanda de tutela la promovió como mecanismo transitorio, se debe no solo indicar, sino acreditar en qué consiste el mismo para que pueda ser valorado.

En criterio de la Sala, en este caso no se demostró cómo la supuesta vulneración de los derechos fundamentales invocados por la actora, por no aceptarse que cumple con los requisitos exigidos para el cargo al cual optó, resulta inminente y grave, por lo tanto, dicha decisión ningún perjuicio irremediable le ocasiona, que amerite su protección de manera inmediata.

Tampoco se ve de qué manera se vulnera el derecho a la igualdad alegado, pues, no se demostró que la parte accionada sí tuvo en cuenta a personas que bajo su misma condición, hayan sido aceptadas para conformar lista de elegibles.

En este punto es pertinente aclarar que, no se tornaba obligatoria la vinculación de otros potenciales interesados, que podría pensarse daría lugar a la nulidad de lo actuado, por cuanto sí se hizo con quien obtuvo el puntaje más alto para el cargo reseñado; además, cinco de los seis aspirantes, incluido él y la accionante, no cumplen con los requisitos y el restante no presentó la prueba, como puede establecerse del archivo “Resultados Revisión Hojas De Vida” obtenido de la página web de la entidad accionada (fl. 4 cuaderno de 2ª instancia).

Así las cosas, se confirmará el fallo impugnado, pero se adicionará para desvincular a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y al señor JOHAN DAVID ÑAÑEZ ZULETA.

**VII. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Civil Familia del Tribunal Superior de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**Primero**: CONFIRMAR el fallo proferido el 4 de agosto de 2017 por el Juzgado Primero de Familia de Pereira, pero se ADICIONA para DESVINCULAR a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y al señor JOHAN DAVID ÑAÑEZ ZULETA.

**Segundo**: Notifíquese esta decisión a las partes por el medio más expedito posible (Art. 5° del Decreto 306 de 1992).

**Tercero**: Remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese,

Los Magistrados,

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

**JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO**

**CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS**

1. Ver entre otras, sentencias T-030 y 234 de 2015. [↑](#footnote-ref-1)
2. Sentencia de tutela del 19 de septiembre de 2013. Ref. 66001-22-13-000-2013-00160-01, Magistrada Ponente Ruth Marina Díaz Rueda. [↑](#footnote-ref-2)
3. Sentencia T- 090 de 2013 [↑](#footnote-ref-3)