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 respectiva Secretaría.

**TEMAS: DEBIDO PROCESO / CONCURSO DE MÉRITOS / PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD / DEFINICIÓN LEGAL / DEBE ACUDIRSE A LA JURISCCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA.**

… el inciso 3º del artículo 86 Superior, así como los artículos 6º y 8º del Decreto 2591 de 1991, indican que la acción de tutela es un mecanismo subsidiario o residual, que no procede cuando al accionante le asiste otro mecanismo judicial, salvo que se logre evidenciar dentro de la petición que este último resultaría ineficaz y poco idóneo frente a la afectación de los derechos invocados, o que de procederse a él, se estaría poniendo al solicitante ante el riesgo de sufrir un perjuicio irremediable. (…)

… debe decirse que la titular de los derechos que se reclaman tiene a su alcance otros mecanismos de defensa judicial a los cuales puede acudir para conjurar el daño que considera se le ha causado por parte de la demandada, como la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, o nulidad simple, ante la jurisdicción contencioso administrativa, en las que incluso puede solicitar la implementación de medidas cautelares o inmediatas si llegaren a ser pertinentes para suspender el acto o decisión que considera lesiva de sus derechos.

Lo anterior, se traduce en un incumplimiento del requisito de subsidiariedad de la tutela, toda vez que este expedito mecanismo no funge como un medio alternativo, ni menos adicional o complementario a las herramientas jurisdiccionales…

… debe citarse también lo expuesto por la Corte Constitucional en múltiples oportunidades, respecto de la procedencia de la acción de tutela para debatir actos administrativos relacionados con concursos de méritos, Vrg. la Sentencia T-045 de 2011:

“(…) El numeral 5 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 dispone que la acción de tutela no procede cuando se trata de actos de carácter general, impersonal y abstracto. En ese sentido, la Corte ha indicado que la acción de tutela no procede para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un proceso de concurso de méritos. Lo anterior se debe a que dada la naturaleza subsidiaria y residual de la acción de tutela, quien pretenda controvertir el contenido de un acto administrativo, debe acudir a las acciones que para tales fines existe en la jurisdicción contencioso administrativa…”

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

Magistrado Ponente

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**ACCIÓN DE TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA**

Pereira, once (11) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Hora: 10:50 a.m.

Aprobado por Acta No. 891

|  |  |
| --- | --- |
| **Radicación:**  | 66 001 31 07 001 2021 00066 01 |
| **Procedencia:** | Juzgado 1ª Penal del Circuito Especializado de Pereira  |
| **Accionante:**  | Derly Patricia Soto Alzate |
| **Accionado:**  | Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA  |
| **Decisión:**  | Confirma |

**ASUNTO:**

Se pronuncia la Sala en torno a la impugnación promovida por parte de la señora **DERLY PATRICIA SOTO ALZATE**, en contra del fallo de tutela proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Pereira, mediante el cual se declaró improcedente la acción de tutela promovida por la impugnante en contra del **Servicio Nacional de Aprendizaje** **– SENA.**

**ANTECEDENTES:**

Relató la accionante que el 24 de julio de 2017 la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió el acuerdo No. 20171000000116, mediante el cual se convocó a proceso de selección para proveer definitivamente, por concurso abierto de méritos, los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa del SENA, proceso dentro del cual Ella alcanzó el puntaje de 63.43 ocupando el lugar número 7 en la lista de elegibles.

El 8 de octubre de 2020 recibió un correo electrónico de parte del SENA, mediante el cual se relacionaban las vacantes temporales a las que se podía postular y el programa, región, centro de formación y cargo al que pertenecían, al igual que la posición de la dentro del listado y el puntaje definido dentro de la lista de elegibles; con esta información, el 12 de octubre de 2020 realizó su postulación en el aplicativo web dispuesto para ello en la Agencia Pública de Empleo del SENA.

El 31 de diciembre de 2020 recibió citación a la audiencia de escogencia de vacantes de la planta temporal del SENA, y el 17 de agosto de 2021 se publicaron los resultados en un archivo EXCEL enterándose de su exclusión del proceso porque *“NO SE EVIDENCIA EL CARGUE DE LA AUTORIZACIÓN DE CONSULTA DE DELITOS SEXUALES EN LA AGENCIA PÚBLICA DE EMPLEO”*.

El 19 de agosto de 2021 la accionante realizó reclamación ante el Grupo de Relaciones Laborales de la Secretaría General del SENA, pues consideraba que se le había exigido por fuera de los requisitos previos, un requisito adicional de manera extemporánea y anormal, no obstante, aportó el certificado requerido, que además, según sus dichos, también se había subido a la página de la Agencia Pública de Empleo el 07 de julio de 2021.

El 27 de agosto de 2021 recibió respuesta por parte de la entidad, en la que se le indicó que ese certificado no podía ser acreditado con posterioridad, y por ello se mantuvo en su posición.

Según la accionante, el actuar del SENA vulnera de manera directa sus derechos fundamentales a la igualdad, trabajo, debido proceso y acceso a la carrera administrativa.

**PRETENSIONES:**

Por los hechos anteriormente relacionados, la accionante solicitó que se protejan sus garantías fundamentales, y como consecuencia de ello, se le ordene al SENA que la nombre de manera inmediata, de acuerdo con los resultados de la audiencia pública y el puntaje obtenido, toda vez que cumplió a cabalidad con el proceso de selección.

**ANTECEDENTES PROCESALES:**

- **Admisión:**

La acción de tutela fue admitida por el Despacho de primera instancia el día 24 de septiembre de 2021, mediante la cual se ordenó correr traslado al SENA.

Una vez obtenida respuesta por parte de la entidad accionada; el 04 de octubre de 2021 se ordenó vincular a la Agencia Pública de Empleo.

- **Intervenciones:**

**1. El SENA (Nacional):** Inicialmente indicó que la presente acción de tutela no es procedente, por no cumplir con el requisito de subsidiariedad, pues dado que las decisiones tomadas por el SENA y la CNSC se expresan mediante actos administrativos, existen otras herramientas de defensa judicial, como los medios de control en la jurisdicción contencioso administrativa, además, considera que no existe demostración de un perjuicio irremediable por parte de la accionante.

Por otro lado, refiriéndose a los hechos puntuales esbozados en el libelo, explicó que, en el ejercicio de proveer los empleos vacantes de la planta temporal del SENA, la CNSC, en comunicaciones del 26 de agosto de 2019 y 21 de octubre de 2019 remitió los listados de elegibles e indicó que correspondía a la administración escoger la metodología de acuerdo para contactar a los elegibles, ante lo cual, el SENA desarrolló la metodología de primera fase, que fue publicada a través de la Agencia Pública de Empleo pero ello quedó posteriormente sin efecto, en virtud de un fallo de tutela proferido por el Juzgado Trece Administrativo del Circuito de Bucaramanga, en el que se ordenó conformar un banco nacional de listas de elegibles respecto de los empleos denominados Instructor Código 3010 grado 1 del SENA, en el que se determinen los perfiles de los  concursantes por nivel jerárquico, grado salarial, nivel de estudio, núcleos de competencia y conocimiento, y que una vez consolidado, se convocara a audiencia pública para escogencia de elegibles, verificando los requisitos necesarios, y en caso de cumplir con estos, se realizara el nombramiento correspondiente.

Así las cosas, el 12 de noviembre de 2020 la CNSC ordenó la creación de una convocatoria exclusiva para que el SENA realizara el cargue de los empleos que fueron reportados el 7 de diciembre de 2020, con OPEC de 125 vacantes del nivel instructor y con base en las cuales, entre el 13 y el 15 de enero de 2021, la CNSC realizó audiencia virtual de escogencia de vacantes, con reporte final del 16 de enero de 2021, de mas 190.000 registros sin discriminar, como se había indicado en el fallo judicial, por nivel jerárquico, grado salarial, nivel de estudio y otros.

Dadas las inconsistencias técnicas del reporte, el SENA solicitó a la CNSC aclaración y corrección del análisis; que fue remitido por esta el 20 de abril de 2021 a través de la Comunicación No. 20211300566791, gracias a la cual el 20 de mayo de 2021 el SENA dio inicio al cronograma de ejecución de la provisión de empleos de la planta temporal y procedió a la verificación de requisitos, de manera que en el marco de ese cronograma se hizo la publicación de la base de datos el 25 de mayo de 2021, donde cada elegible tenía la responsabilidad de realizar la actualización de información y documentos en SIMO, así como la de llenar el formato de autorización de consulta de inhabilidades sexuales en la Agencia Pública de Empleo entre los días 1 y 15 de junio de 2021.

Sobre este último formato, explicó la entidad que, de acuerdo con la Ley 1918 de 2018, reglamentada por el decreto 753 de 2019, es responsabilidad de las entidades públicas y privadas obligadas a consultar el registro de inhabilidades por delitos contra la libertad, integridad y formación sexual contra niños, niñas y adolescentes, obtener autorización previa, expresa y escrita del aspirante para tal consulta, a riesgo de sanción en caso de no realizarla, por ello, para cada proceso de selección, el aspirante debe autorizar que se realice la consulta mediante el formato dispuesto por la entidad con el fin de evitar violaciones al Hábeas Data y el derecho a la privacidad.

Respecto a lo anterior, la entidad indicó que cuenta con un formato  de autorización de consulta validado por SIGA, cuyo link fue anexado en las condiciones publicadas en la APE para que los elegibles lo descargaran, diligenciaran y cargaran de nuevo como aparece en las condiciones de la convocatoria; teniendo en cuenta estos hechos, la entidad refirió que la accionante pretende inducir en error al Despacho y a la administración, pues afirma haber brindado la autorización de consulta el 2 de octubre de 2020, no obstante, tal proceso quedó sin efectos por el fallo de tutela referenciado anteriormente, por lo que se dio un cambio de condiciones y del procedimiento de acreditación de requisitos, cambio que fue notificado públicamente y de manera personal a la accionante el 28 de mayo de 2021, detallando los pasos a seguir.

Seguidamente, la entidad aseveró que la Coordinación Nacional de la Agencia Pública de Empleo indicó que el cargue del documento de consulta de inhabilidades sexuales fue realizado por la señora Soto Alzate el día 7 de agosto de 2021, es decir posterior a la fecha dispuesta en la convocatoria (1 al 15 de junio), y que  el documento en sí no fue la autorización de consulta, sino una consulta realizada por ella misma que no tenía validez dentro del proceso, por lo que no se podía hacer la consulta desde la entidad, pues se vulneraría su derecho a la intimidad y Hábeas Data.

Por estas razones, el SENA aseguró que la accionante no cumplió con el lleno de los requisitos para continuar en el proceso de selección, y que si bien la autorización de consulta de delitos sexuales no es un requisito del manual de funciones, es exigible a las personas que quieran vincularse a la entidad, dada su naturaleza y relación con menores conforme al Decreto 753 de 2019, por ello solicitó que se negaran las pretensiones de la accionante.

**3. El** **SENA (Risaralda) y la Agencia Pública de Empleo:** Allegaron escrito ratificando los mismos argumentos y datos que conforman la respuesta del SENA a nivel nacional, pero la última de ellas, allegó de manera adicional una copia del correo donde se le indicaron a la accionante los pasos a seguir a partir de la orden judicial de tutela, y que el tiempo para la verificación y actualización de datos fue durante el período comprendido entre el 1 y el 15 de junio de 2021, plazo en que los elegibles debieron autorizar la consulta de inhabilidad por delitos sexuales con el lleno del formato anexado, cargado en PDF única y exclusivamente en la página de la APE. Además, anexó la respuesta dada a la reclamación interpuesta por la accionante, donde se le explicó que al haber omitido la carga de la autorización obligatoria, no se podía acreditar el documento con posterioridad al plazo establecido.

-**Sentencia de primera instancia:**

El 05 de octubre de 2021 el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado, una vez efectuado el análisis fáctico de la situación, declaró improcedente la acción de tutela por no cumplir con el principio de subsidiariedad.

Señaló el Despacho que como la accionante y la accionada presentaron diversas pruebas que requieren todo un debate procesal, el análisis probatorio debe ser llevado por el juez natural, dado que escapa de la órbita del juez de tutela al existir la posibilidad de acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, especialmente por no estar demostrada la causación de un perjuicio irremediable.

En contra de la anterior decisión, la señora Derly Patricia Soto Alzate como accionante, presentó dentro del término legalmente previsto el recurso de impugnación.

-**Sinopsis de la impugnación:**

En el escrito de impugnación presentado el 11 de julio de 2021 por la recurrente, solicitó que la decisión tomada por el Despacho de primera instancia fuera revisada por su superior, por cuanto insistió en que la entidad accionada vulneró sus derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso administrativo, buena fe, acceso a cargos públicos, trabajo y seguridad jurídica, así como al artículo segundo de la Constitución que dicta que son fines esenciales del estado *“(…) garantizar la efectividad de los principios y deberes consagrados en la Constitución”*.

**CONSIDERACIONES DE LA SALA:**

**1. Competencia:**

Esta Sala de decisión se encuentra funcionalmente habilitada para desatar la impugnación interpuesta, de conformidad con los artículos 86 de la Constitución Política y 32 del Decreto 2591 de 1991.

**2. Problema jurídico:**

Le corresponde a la Sala determinar si la decisión de primer nivel estuvo ajustada a derecho al declarar la improcedencia de la acción constitucional impetrada por la señora Derly Patricia Soto Alzate, por no cumplirse con el requisito de subsidiariedad; o si por el contrario hay lugar a conceder el amparo suplicado, por superarse dicho test de procedibilidad y además por lograr establecer que en el caso de la accionante fueron quebrantadas sus garantías fundamentales.

**3. Solución:**

La acción de tutela consagrada en el artículo 86 Superior, reglamentada por el Decreto Ley 2591 de 1991, es el mecanismo judicial desarrollado por el legislador para brindar a los ciudadanos colombianos la posibilidad de acudir sin mayores requerimientos a la protección directa e inmediata de los derechos fundamentales transgredidos por la acción o la omisión de las autoridades públicas, o de los particulares en los casos expresamente previstos en la ley, lográndose así que se cumpla uno de los fines del Estado, cual es garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución.

Para entrar a analizar el problema jurídico, hay que tener en cuenta primero que si bien la acción de tutela es un derecho Constitucional, y como tal, puede ser reclamada por cualquier persona, en todo momento y lugar ante los jueces de la República para la protección de sus derechos fundamentales, esa facultad no es absoluta, dado que existen unos límites impuestos tanto por el constituyente primario, como por la legislación, de tal suerte que no degenere en abuso del derecho. En consecuencia, siempre es necesario que antes de abordar los argumentos propuestos por quien promueve la solicitud de amparo constitucional, examine el Juez si en el caso puesto bajo su conocimiento se cumplen las reglas para su procedencia, lo cual se constituye en un requisito sine qua non, para dar paso al estudio de fondo.

En ese orden de ideas, el inciso 3º del artículo 86 Superior, así como los artículos 6º y 8º del Decreto 2591 de 1991, indican que la acción de tutela es un mecanismo subsidiario o residual, que no procede cuando al accionante le asiste otro mecanismo judicial, salvo que se logre evidenciar dentro de la petición que este último resultaría ineficaz y poco idóneo frente a la afectación de los derechos invocados, o que de procederse a él, se estaría poniendo al solicitante ante el riesgo de sufrir un perjuicio irremediable.

Desde ese punto de vista, considera la Sala que la Jueza de primer nivel fue acertada en su decisión, pues para poder analizar si las accionadas incurrieron en una vulneración a las prerrogativas constitucionales invocadas por la señora Derly Patricia, era necesario que se superara la etapa de acreditación de inexistencia de otro mecanismo judicial a su alcance, o el verdadero, real y latente riesgo de sufrir un perjuicio irremediable, que sólo pudiera sanearse ante la intervención del Juez de tutela.

En ese orden de ideas, debe decirse que la titular de los derechos que se reclaman tiene a su alcance otros mecanismos de defensa judicial a los cuales puede acudir para conjurar el daño que considera se le ha causado por parte de la demandada, como la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, o nulidad simple, ante la jurisdicción contencioso administrativa, en las que incluso *puede solicitar la implementación de medidas cautelares o inmediatas* si llegaren a ser pertinentes para suspender el acto o decisión que considera lesiva de sus derechos.

Lo anterior, se traduce en un incumplimiento del requisito de subsidiariedad de la tutela, toda vez que este expedito mecanismo no funge como un medio alternativo, ni menos adicional o complementario a las herramientas jurisdiccionales, ya que su naturaleza, según la Constitución, es la de único medio de protección, precisamente incorporado a la Carta con el fin de llenar los vacíos que pudiera ofrecer el sistema jurídico para otorgar a las personas una plena protección de sus derechos esenciales, tal y como lo ha expuesto la Corte Constitucional:

*“…es claro que el constituyente no consagró con la tutela una vía procesal alternativa o paralela a las comunes para hacer valer los derechos, de manera que únicamente podrá utilizarse la figura en cuanto el interesado carezca de otra vía procesal para defender un derecho fundamental, y sólo esta clase de derechos…” [[1]](#footnote-1)*

Al respecto, debe citarse también lo expuesto por la Corte Constitucional en múltiples oportunidades, respecto de la procedencia de la acción de tutela para debatir actos administrativos relacionados con concursos de méritos, Vrg. la Sentencia T-045 de 2011:

***“Procedencia excepcional de la tutela contra actos administrativos que reglamentan un concurso de méritos:***

*(…) El numeral 5 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 dispone que la acción de tutela no procede cuando se trata de actos de carácter general, impersonal y abstracto. En ese sentido,* ***la Corte ha indicado que la acción de tutela no procede para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un proceso de concurso de méritos.*** *Lo anterior se debe a que dada la naturaleza subsidiaria y residual de la acción de tutela,* ***quien pretenda controvertir el contenido de un acto administrativo, debe acudir a las acciones que para tales fines existe en la jurisdicción contencioso administrativa****. Sin embargo, esta Corporación también ha señalado que existen, al menos, dos excepciones a la regla antes señalada: (i) cuando la persona afectada no tiene un mecanismo distinto y eficaz a la acción de tutela para defender sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional y (ii) cuando se trata de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.”*

Asimismo, esa Honorable Corporación ha sostenido en sus pronunciamientos lo siguiente:

*“Así, pues, la tutela no puede converger con vías judiciales diversas por cuanto* ***no es un mecanismo que sea factible de elegir según la discrecionalidad del interesado, para esquivar el que de modo específico ha regulado la ley; no se da la concurrencia entre éste y la acción de tutela porque siempre prevalece -con la excepción dicha- la acción ordinaria.****”*

Aunado a lo anterior, debe recordarse que las normas que rigen una Convocatoria, llevan implícita una estructura, una serie de etapas que deben ser atendidas sin excepción, puesto que han sido puestas en conocimiento previamente de todos los aspirantes al mismo, y constituyen la guía que ha de adelantarse hasta que culmine el proceso de selección y nombramiento de las personas que con éxito culminen el proceso, pues no puede pasarse por alto que las normas del concurso son ley para las partes y que cuando una persona se presenta a una convocatoria abierta para la provisión de un empleo en el sector público, acepta de manera inmediata las reglas establecidas para el mismo, y por ende se presume que las conoce y las comprende.

En el caso concreto, lo que se puede apreciar a grandes rasgos es que la accionante, al parecer, incumplió las formalidades exigidas por la entidad en orden de llevar a cabo la etapa de verificación de requisitos, pues aseveró que allegó un certificado de registro de inhabilidades por delitos contra la libertad, integridad y formación sexual contra niños, niñas y adolescentes al que hace referencia la Ley 1918 de 2018, pero no lo que en realidad exigía la entidad que era la autorización para consultar dicho registro, a lo que se debe aunar que, presuntamente, ese certificado que presentó la accionante fue allegado de manera extemporánea.

Acorde con las razones antes expuestas, resulta válido para esta Sala afirmar que en relación con la amplia línea jurisprudencial de la Corte Constitucional en cuanto a la procedencia de la acción de tutela en contra de los actos administrativos, ésta procede de manera excepcional, únicamente en dos casos, ya sea que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial o que existiendo, carezca de idoneidad o eficacia para proteger de forma adecuada, oportuna e integral los derechos en concreto, y de manera transitoria para evitar la consumación de un perjuicio irremediable; no obstante, dado que en el caso no se ha acreditado la existencia de ninguna de estas situaciones, la Sala considera correcto confirmar el fallo de primera instancia.

Por lo expuesto, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por la autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** el fallo de tutela proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Pereira, el 05 de octubre de 2021, con ocasión de la acción de amparo promovida por la señora **DERLY PATRICIA SOTO ALZATE** en contra del **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE**, de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO: SE ORDENA** notificar esta providencia a las partes por el medio más expedito posible, de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 y **SE DISPONE** el envío del expediente ante la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE JULIÁN RIVERA LOAIZA**

Magistrado Magistrado

1. Corte Constitucional. Sentencia T -254 de 1993 [↑](#footnote-ref-1)