



REPUBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL

**JUZGADO VEINTITRÉS (23) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD  
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ  
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C., veintiséis (26) de junio de dos mil veinte (2020).

**Referencia : ACCIÓN DE TUTELA**  
**Radicación : 2020-122**  
**Demandante : JAVIER ORLANDO BERMÚDEZ BERNAL**  
**Demandado : SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA**  
**Asunto : SENTENCIA 1ª INSTANCIA**

Procede el Juzgado a decidir en primera instancia, la acción de tutela presentada por el señor **JAVIER ORLANDO BERMÚDEZ BERNAL**, en nombre propio, en contra del **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA**.

**ANTECEDENTES**

El accionante **JAVIER ORLANDO BERMÚDEZ BERNAL**, promueve la presente acción constitucional contra el **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA**, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al mínimo vital, debido proceso e igualdad, solicitando su reintegro a la entidad dejando sin efectos su desvinculación, debido a que no se realizó el procedimiento correcto para personas que tienen una enfermedad catastrófica y se encontraban en provisionalidad.

**ACTUACIÓN PROCESAL**

Recibida la acción constitucional, se inadmitió mediante auto del 09 de junio de 2020, la cual fue subsanada por el accionante el 11 de junio de 2020.

Posteriormente, se admitió la misma mediante auto de fecha 11 de junio de 2020, ordenando la notificación del representante legal de la accionada, y se solicitó un informe detallado sobre aspectos que interesan al proceso con el propósito de decidirla dentro de los términos de ley.

La demanda fue notificada el 16 de junio de 2020 haciendo entrega de la copia de la demanda y de sus anexos para ejercitar su derecho de defensa en la presente acción.

**DERECHO CONSTITUCIONAL FUNDAMENTAL INVOCADO COMO VIOLADO**

El accionante invoca como derechos constitucionales violados el mínimo vital, debido proceso e igualdad, según el por su desvinculación de la entidad.

## **PRUEBAS**

Como medios de prueba, fueron allegados:

1. Resolución de Posesión Instructor.
2. Historias clínicas con la valoración médica, certificados médicos QX y exámenes.
3. Cedula de ciudadanía Javier Bermúdez.
4. Documento de aviso a la Entidad radicado 1-2018-034204.
5. Reiteraciones de solicitud de evaluación de enfermedad catastrófica al SENA.
6. Oficio 2-2018-069191 – Respuesta Grupo apoyo administrativo Mixto.
7. Reporte De Semanas Cotizadas En Pensiones Periodo De Informe: Enero 1967 junio/2020 ACTUALIZADO A: 01 junio 2020 sin la sumatoria de 01 de abril de 2018.
8. Derecho de Petición de solicitud de contabilización de semanas cotizadas 7-2020-083483 del 04/06/2020
9. Cedula Ciudadanía Clara Veloza.
10. Aporte documental estado medico Clara Veloza.
11. Respuesta derecho de petición y soportes adjuntos SENA – Petición corrección semanas cotizadas.

## **CONDUCTA PROCESAL DE LA ENTIDAD ACCIONADA**

La entidad accionada allega contestación a la tutela por correo electrónico el 18 de junio de 2020, donde señala que con al objeto de proveer transitoriamente la vacante definitiva del empleo Instructor Grado 01, ubicado en el Centro de Servicios Financieros de la Regional Bogotá. el señor Javier Orlando Bermúdez Bernal fue nombrado en provisionalidad en este cargo a través de la Resolución No. 1674 de 2018. En cumplimiento de lo previsto en el artículo 125 de la Constitución Política y el artículo 23 de la Ley 909 de 2004, el cargo que desempeñó en provisionalidad el accionante hizo parte de la oferta pública de empleos de la Convocatoria 436 de 2017, siendo ofertado este cargo con el código OPEC No. 60078. Concluidas las etapas del proceso de selección, la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) expido la Resolución No CNSC 20182120187875 del 24 de diciembre de 2018, a través de la cual conformó la lista de elegibles para proveer tres (3) vacantes del empleo Instructor Código 3010 Grade 01 ofertadas en el concurso de méritos con el código OPEC 60078. Considerando los derechos adquiridos de los elegibles de la Convocatoria 436 de 2017 para ser nombrados en periodo de prueba, la vacante desempeñada en provisionalidad por la accionante fue provista de manera definitiva con el nombramiento en periodo de prueba de la elegible ILSE ASTRID PORRAS NIETO. quien ocupó la segunda posición en la lista de elegibles. De esta forma, a través de la Resolución No. 11-014040 de 2020 el nombramiento provisional de la accionante fue terminado, teniendo en cuenta que las condiciones que dieron origen al mismo concluyeron tras ser provisto este empleo con uno de los elegibles de la Convocatoria 436 de 2017.

## **CONSIDERACIONES**

Para efectos de resolver la acción de tutela de la referencia, preciso es dar respuesta al siguiente:

## PROBLEMA JURÍDICO

*¿Es la acción de tutela la vía procesal idónea para ordenar el reintegro del accionante al cargo desempeñado en provisionalidad en la entidad accionada?*

Para responder el problema jurídico planteado, preciso es determinar la procedencia y naturaleza jurídica de la prestación reclamada por el mecanismo preferente y sumario.

### PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA. LA EXISTENCIA DE OTRO MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL

El artículo 86 de la Constitución Política establece que toda persona tiene la acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de la autoridad pública. Así fue regulado por la Constitución Política en los siguientes términos:

***“ARTICULO 86. ACCION DE TUTELA.** Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.*

*La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.*

*Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.*

*En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.*

*La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.<sup>1</sup>”*

Del aludido texto constitucional se desprende, como de manera constante lo ha destacado la Corte<sup>2</sup>, el carácter subsidiario de la acción, de manera que tan solo resulta procedente instaurarla cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a no ser que lo pretendido sea evitar un perjuicio irremediable.

---

<sup>1</sup> Subrayas fuera del texto

<sup>2</sup> Cfr. Corte Constitucional. Sentencias T-279 del 4 de junio de 1997 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), T-156 del 22 de febrero de 2000 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), T-500 del 27 de junio de 2002 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett) y T-858 del 10 de octubre de 2002 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett), entre muchas otras.

Por su parte, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1.991 señala:

**“ARTICULO 6. CAUSALES DE IMPROCEDENCIA DE LA TUTELA.** La acción de tutela no procederá:

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.<sup>3</sup>

2. Cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de habeas corpus.

3. Cuando se pretenda proteger derechos colectivos, tales como la paz y los demás mencionados en el artículo 88 de la Constitución Política. Lo anterior no obsta, para que el titular solicite la tutela de sus derechos amenazados o violados en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable.

4. Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho.

5. Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto.”

En efecto, la tutela no ha sido concebida para sustituir a los jueces ordinarios ni como un mecanismo supletorio o alternativo del procedimiento ordinario. Tampoco, obviamente, para convertirse en dispositivo salvador cuando dentro de la actuación ordinaria no se han agotado todos los trámites procesales previstos o para remediar la desidia del interesado.

La Corte también ha precisado que la existencia del otro medio de defensa no puede ser considerada en abstracto, por cuanto aquél debe tener la virtualidad de proteger íntegramente el derecho violado o quebrantado<sup>4</sup>, es decir, *debe apreciarse en relación con el derecho fundamental de que se trata, no respecto de otros*<sup>5</sup>. El juez de tutela que halle otro medio de defensa judicial debe verificar su idoneidad, pues de no resultar idóneo la acción de tutela desplazaría el medio ordinario y pasaría a convertirse en la vía principal para la protección del derecho<sup>6</sup>.

La Corte ha explicado que el carácter subsidiario de la acción de tutela a que se refiere el inciso tercero del artículo 86 de la Constitución, así:

*“supone que ella no procede en lugar de otra acción existente para los mismos efectos, ni al tiempo con la misma, o después de ella. Solamente procede a falta de la otra acción. De ahí que la acción no pueda utilizarse para reemplazar otros medios de defensa, para adicionarse coetáneamente a ellos, como instancia posterior cuando han sido utilizados, como recurso contra providencias de otros procesos, o como recurso para resucitar términos procesales prescritos o caducados. La anterior la utilización de la acción para cualquiera de los mencionados propósitos llevaría al desconocimiento de ciertos principios constitucionales, tales como el del non bis in idem, el de cosa juzgada, el de independencia judicial, el de juez natural, o el de seguridad jurídica.”*

<sup>3</sup> Subrayas fuera del texto

<sup>4</sup> Al respecto puede consultarse la Sentencia T-233 del 17 de mayo de 1994 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

<sup>5</sup> Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-441 del 12 de octubre de 1993 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

<sup>6</sup> Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-858 de 2002, ya citada.

Por supuesto, la idoneidad y eficacia del medio de defensa se definen en función del caso concreto, atendiendo a las circunstancias en que se encuentra el solicitante y, además, dependen de la existencia o no de un perjuicio irremediable, en los términos del numeral 1° del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Ahora bien, el carácter “irremediable” del perjuicio supone que este sea inminente y grave, razón por la cual la garantía de los derechos fundamentales por medio de la acción de tutela debe ser urgente e impostergable. La inminencia del perjuicio hace relación a la amenaza que está por suceder y su gravedad a la intensidad del daño moral o material en el haber jurídico de la persona<sup>7</sup>.

### **DERECHO AL DEBIDO PROCESO**

La Constitución Política de Colombia, en su artículo 29, consagra el derecho fundamental al debido proceso en todas las actuaciones judiciales y administrativas. Este derecho se encuentra desarrollado en los diversos estatutos procesales, que constituyen la consagración normativa de cómo se debe articular el procedimiento para que se desarrollen plenamente las garantías. En caso de que estas no se cumplan, los mismos procedimientos prevén formas de remedio y entre ellas se cuenta, por excelencia, la posibilidad de que los funcionarios judiciales declaren, a petición de parte o de oficio, nulidades procesales.

*“ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.*

*Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.*

*En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.*

*Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.*

*Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.”*

### **DERECHO AL TRABAJO**

De acuerdo con el artículo 25 de la Constitución, el trabajo goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. La Corte ha destacado que esa especial protección se predica no solamente de la actividad laboral subordinada,

---

<sup>7</sup> En estos términos se refirió la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-702 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

regulada en el Código Sustantivo del Trabajo, sino que la misma se extiende a otras modalidades, entre las cuales se cuentan aquellas en las que el individuo lo ejerce de manera independiente, puesto que, más que al trabajo como actividad abstracta se protege al trabajador y a su dignidad.<sup>8</sup>

Así, en el artículo 5 del Código Sustantivo del Trabajo se define el trabajo subordinado o dependiente, como “(...) *toda actividad humana libre, ya sea material o intelectual, permanente o transitoria, que una persona natural ejecuta conscientemente al servicio de otra, y cualquiera que sea su finalidad, siempre que se efectúe en ejecución de un contrato de trabajo*”.

El mandato constitucional de brindar especial protección al trabajo implica dos tipos de responsabilidades para el Estado. Por un lado, el deber de promover las condiciones que permitan a todas las personas que lo requieran acceder a un trabajo para generar los ingresos necesarios y, por otro, velar porque el trabajo se desarrolle en condiciones de dignidad, particularmente cuando se realiza bajo subordinación y dependencia, dado que, en ese escenario, se presenta una contraposición de intereses, dentro de la cual el trabajador es el extremo más débil.

El deber de promover el empleo, en cualquiera de sus formas, responde a un imperativo de la dignidad de la persona humana, porque busca dar una respuesta, no sólo a los requerimientos materiales de las personas, sino también a sus necesidades de autosuficiencia, realización personal y contribución a la vida social.

A su vez, la garantía de las condiciones de dignidad en el trabajo, implica promover una cultura laboral acorde con las mismas, definir un mínimo de derechos del trabajador y aplicar el poder del Estado para proscribir las conductas contrarias a ese mínimo, así como para señalar el marco obligatorio dentro del cual deben desenvolverse las distintas modalidades de trabajo. Esta última dimensión tiene particular sentido cuando existe oposición de intereses y se interviene en favor del extremo más débil de la relación.

## **DERECHO A LA IGUALDAD**

El Derecho Fundamental a la Igualdad se encuentra previsto en el artículo 13 superior, y mediante él se garantiza que “*El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.*”

A voces de la misma norma, el Estado está en la obligación de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva; así mismo, debe adoptar las medidas necesarias a favor de los grupos discriminados o marginados, en aras de proteger esta garantía constitucional, que es especial y reforzada en tratándose de aquellas personas que se encuentran en debilidad manifiesta, en razón a sus condiciones económicas, físicas o mentales.

---

<sup>8</sup>Sentencia T-475 de 1992

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido que la igualdad cumple un triple papel en nuestro ordenamiento constitucional por tener carácter no solo de derecho fundamental, sino también ser reconocido como valor y principio.

Frente a la igualdad como derecho fundamental la alta corporación en Sentencia C-250 de 2012 proferida con ponencia del Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto, señaló que *“no protege ningún ámbito concreto de la esfera de la actividad humana sino que puede ser alegado ante cualquier trato diferenciado injustificado”*.

En la misma providencia, la Corte señaló:

*“(…) Ahora bien, la ausencia de un contenido material específico del principio de igualdad no significa que se trate de un precepto constitucional vacío, por el contrario, precisamente su carácter relacional acarrea una plurinormatividad que debe ser objeto de precisión conceptual. De ahí que a partir de la famosa formulación aristotélica de “tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales”, la doctrina y la jurisprudencia se han esforzado en precisar el alcance del principio general de igualdad –al menos en su acepción de igualdad de trato– del cual se desprenden dos normas que vinculan a los poderes públicos: por una parte un mandamiento de tratamiento igual que obliga a dar el mismo trato a supuestos de hecho equivalentes, siempre que no existan razones suficientes para otorgarles un trato diferente, del mismo modo el principio de igualdad también comprende un mandato de tratamiento desigual que obliga a las autoridades públicas a diferenciar entre situaciones diferentes. Sin embargo, este segundo contenido no tiene un carácter tan estricto como el primero, sobre todo cuando va dirigido al Legislador, pues en virtud de su reconocida libertad de configuración normativa, éste no se encuentra obligado a la creación de una multiplicidad de regímenes jurídicos atendiendo todas las diferencias, por el contrario se admite que con el objeto de simplificar las relaciones sociales ordene de manera similar situaciones de hecho diferentes siempre que no exista una razón suficiente que imponga la diferenciación.*

*Esos dos contenidos iniciales del principio de igualdad pueden a su vez ser descompuestos en cuatro mandatos: (i) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas, (ii) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común, (iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias y, (iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes. Estos cuatro contenidos tienen sustento en el artículo 13 constitucional, pues mientras el inciso primero del citado precepto señala la igualdad de protección, de trato y en el goce de derechos, libertades y oportunidades, al igual que la prohibición de discriminación; los incisos segundo y tercero contienen mandatos específicos de trato diferenciado a favor de ciertos grupos marginados, discriminados o especialmente vulnerables.”*

## **EL ACTO DE CONVOCATORIA COMO NORMA QUE REGULA EL CONCURSO DE MÉRITOS**

Los concursos de méritos deben estar investidos con todas las ritualidades propias del debido proceso, lo que implica que se convoque formalmente mediante acto que contenga tanto de los requisitos exigidos para todos los cargos ofertados, como de las reglas específicas de las diversas etapas del concurso a las que se verán sometidos los aspirantes y la propia entidad estatal.

Sobre el particular, la Corte Constitucional señaló en la Sentencia SU-913 de 2009 que:

- Las reglas señaladas para las convocatorias son las leyes del concurso y son inmodificables, salvo que ellas sean contrarias a la Constitución, la ley o resulten violatorias de los derechos fundamentales.
- A través de las normas obligatorias del concurso, la administración se autovincula y autocontrola, en el sentido de que debe respetarlas y que su actividad en cada etapa se encuentra previamente regulada.
- Se quebranta el derecho al debido proceso y se infringe un perjuicio cuando la entidad organizadora del concurso cambia las reglas de juego aplicables y sorprende al concursante que se sujetó a ellas de buena fe. Si por factores exógenos aquellas varían levemente en alguna de sus etapas, las modificaciones de la convocatoria inicial deben ser plenamente conocidas por las partícipes para que de esta forma se satisfagan los principios de transparencia y publicidad que deben regir las actuaciones de la administración y no se menoscabe la confianza legítima que los participantes han depositado en los parámetros fijados para acceder a un cargo de carrera administrativa.

En síntesis, la jurisprudencia constitucional ha expresado de manera uniforme y reiterada que los concursos – en tanto constituyen actuaciones adelantadas por las autoridades públicas – deberán realizarse con estricta sujeción *(i)* al derecho al debido proceso; *(ii)* al derecho a la igualdad y *(iii)* al principio de la buena fe.

Dicha obligación se traduce, en términos generales, en el imperativo que tiene la administración de ceñirse de manera precisa a las reglas del concurso ya que aquellas, constituyen “*ley para las partes*” que intervienen en él.

Así las cosas, la convocatoria se convierte en una expresión del principio de legalidad tanto para oferentes como para inscritos, de tal forma que incumplir las directrices allí estipuladas contraviene no solo los derechos de los aspirantes, sino aquel valor superior al cual está sujeto toda actuación pública.

### **PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS.**

Se tiene que la Corte Constitucional 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. En ese escenario, la acción de tutela cabría como mecanismo transitorio de protección de los derechos fundamentales cuando quiera que esperar a la respuesta de la jurisdicción contenciosa administrativa pudiese dar lugar a un perjuicio irremediable. Al respecto se ha establecido:

*“La Corte 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.”<sup>9</sup>*

La excepcionalidad de la procedencia de la acción de tutela en el trámite de un proceso opera, en todo caso, ante actuaciones que no se soporten en fundamentos normativos y que constituyan vías de hecho lesivas de derechos fundamentales. De otra forma, las discusiones que se sucedan giraran en torno a la legalidad o legalidad de la actuación de la administración, las cuales constituyen un debate que debe presentarse ante la misma administración mediante los respectivos recursos, o ante la jurisdicción contencioso administrativa.<sup>10</sup>

Así, la regla general es que el mecanismo constitucional de protección no puede superponerse a los mecanismos ordinarios establecidos en el ordenamiento jurídico de forma que los suplante o que se actúe como una instancia adicional para debatir lo que ya se ha discutido en sede ordinaria. En particular, la Corte insiste en que esta regla general conduce a que en los procedimientos administrativos, la tutela no procede contra actos expedidos por una autoridad administrativa, pues para ello se han previsto otros instrumentos judiciales, sin embargo, sólo de manera excepcional esta acción procede transitoriamente cuando se compruebe la existencia de un perjuicio irremediable.<sup>11</sup>

La jurisprudencia constitucional ha determinado como perjuicio irremediable<sup>12</sup>. En relación a este tema, la Corte Constitucional ha explicado que *“está circunscrito al grave e inminente detrimento de un derecho fundamental, que deba ser contrarrestado con medidas urgentes, de aplicación inmediata e impostergables, para neutralizar, cuando*

<sup>9</sup> Sentencia T-514 de 2003, reiterado en sentencias T-451 de 2010 y T- 956 de 2011

<sup>10</sup> Sentencia T-832 de 2003.-

<sup>11</sup> Sentencia SU-617 de 2013 y T-151 de 2013.-

<sup>12</sup> sentencias T-743 de 2002, T-596 de 2001, T-215 de 2000. Esto fallos resuelven casos en los cuales el actor incoaba una acción de tutela en contra de una sanción disciplinaria, por violar, entre otros, su derecho al debido proceso; en cada uno estos procesos existía la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para la protección del derecho al debido proceso. Por esto, el criterio utilizado por la Corte para decidir la procedencia de la tutela fue si existía o no un perjuicio irremediable, con el fin de tramitar el expediente de tutela como un mecanismo transitorio mientras que eran decididos los procesos en la jurisdicción contencioso administrativa. En el mismo sentido, ver también las sentencias T-131 A de 1996, T-343 de 2001. De otra parte, la Corte ha establecido que en los casos en los que *“existe violación o amenaza de un derecho fundamental por parte de una autoridad ejecutiva, y no cuenta el afectado con acción ante la jurisdicción contencioso administrativa, o dentro del trámite de ella no es posible la controversia sobre la violación del derecho constitucional, la tutela procede como mecanismo definitivo de protección del derecho constitucional conculcado”, caso que no es aplicable al presente proceso.* Sentencia T-142 de 1995.

ello sea posible, la violación del derecho.”<sup>13</sup> En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha elaborado varios criterios para determinar su existencia que se resumen en la inminencia, la gravedad, la urgencia y la impostergabilidad de la intervención<sup>14</sup>:

*“la inminencia, que exige medidas inmediatas, la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. La concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve la necesidad de considerar la situación fáctica que legitima la acción de tutela, como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran amenazados.”<sup>15</sup>*

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha previsto que la valoración de los requisitos del perjuicio irremediable, debe efectuarse teniendo en consideración las circunstancias que rodean el caso objeto de estudio, en la medida en que no son exigencias que puedan ser verificadas por el fallador en abstracto, sino que reclaman un análisis específico del contexto en que se desarrollan.

En ese sentido, cabe preguntarse entonces si en el asunto que ahora ocupa la atención del Despacho existe otro medio de defensa judicial y si el mismo se torna eficaz para la protección de los derechos invocados por los accionantes.

## **CASO CONCRETO**

Corresponde al Juez Constitucional, dar respuesta al problema jurídico planteado con miras a encontrar la tesis que en derecho resuelva el cuestionamiento expuesto.

Con el fin de establecer si es la acción de tutela la vía procesal idónea para ordenar el reintegro del accionante al cargo que desempeñaba en provisionalidad en la entidad accionada, por violación al derecho al mínimo vital, debido proceso e igualdad, por ser este un prepensionado, una personas con una enfermedad catastrófica y ser padre cabeza de familia, este Despacho debe recordar que acerca de la naturaleza y alcance de la acción de tutela, ha sido reiterativa la Corte Constitucional al afirmar:

*“La defensa de los derechos que ofrece la acción de tutela es integral, en el sentido de que dada la oponibilidad erga omnes de los derechos fundamentales, no solo procura su vigencia frente al eventual menoscabo que pueda inferirles el ejercicio arbitrario del poder por parte de las autoridades públicas, sino que extiende la necesidad de su eficacia al ámbito de las relaciones privadas y por ello permite, en circunstancias especiales, reclamar su protección cuando la lesión o amenaza del derecho provenga de los particulares.”*

---

<sup>13</sup> Sentencia SU-617 de 2013.

<sup>14</sup> Sentencia SU-712 de 2013.

<sup>15</sup> Sentencia T-225 de 1993, reiterados en la sentencia SU-617 de 2013

*“En el ordenamiento jurídico colombiano el artículo 86 de la Constitución Nacional que consagra la acción de tutela para proteger los derechos constitucionales fundamentales, cuando ellos se vean vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, mediante un procedimiento preferente y sumario, igualmente reitera que **sólo procede cuando para defender ese derecho, no existe otro mecanismo de defensa judicial y si éste existe se puede ejercer la acción como un mecanismo transitorio, para evitar un perjuicio irremediable, el cual define el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 como aquel que solo puede ser reparado mediante una indemnización**”.*

Con el fin de establecer si es la acción de tutela la vía procesal idónea para lograr la protección de los derechos invocados, se tiene en todos los eventos, se han de cumplir los siguientes requisitos:

- A)** La existencia de una conducta activa u omisiva de la autoridad pública o de un particular.
- B)** Que esa conducta violente un derecho fundamental o amenace su trasgresión inminente.
- C)** Que la acción se promueva en circunstancias temporales concomitantes o próximas con el agotamiento de la conducta que vulnera o amenace los derechos fundamentales invocados a efectos de cumplir el requisito constitucional de la inmediatez.
- D)** Que la persona afectada carezca por completo de otro medio de defensa judicial de sus derechos, o que pese a existir otros mecanismos de defensa, estos al ser valorados en concreto, se perfilen como ineficaces para evitar un perjuicio irremediable.

Teniendo en cuenta lo anterior, debe precisarse que lo solicitado por el accionante en este caso es que se le reintegre al cargo en provisionalidad de Instructor Grado 01 el cual fue ofertado con el código OPEC No. 60078 en la Convocatoria 436 de 2017 de la Comisión Nacional del Servicio Civil y actualmente se encuentra provisto con una persona en propiedad de conformidad con la lista de elegibles que se conformó. El accionante solicita esto afirmando que padece una enfermedad catastrófica que conllevó a que le hicieran una cirugía de corazón abierto, que es padre cabeza de familia en el sentido de que esposa depende económicamente de él y que es pre pensionado en tanto tiene 59 años de edad.

Al respecto debe recordarse que la Corte Constitucional en reiteradas ocasiones ha señalado que la acción de tutela resulta, en principio, improcedente cuando el accionante cuenta con otros medios de defensa judicial para resolver tales controversias, debido a su carácter subsidiario y excepcional, y que la efectividad del derecho depende del cumplimiento de requisitos y condiciones señaladas en la Ley.

Ahora bien, frente al caso concreto, la acción de tutela es improcedente para ordenar el reintegro del accionante al cargo que venía desempeñando, en el entendido de que dicha desvinculación se dio en el marco de un concurso de méritos, Convocatoria 436 de 2017, el cual generó derechos adquiridos para las

personas que participaron en la misma y obtuvieron derechos de carrera, los cuales tardaron aproximadamente 3 años en poder posesionarse en el cargo.

El despacho considera que si el accionante consideraba que contaba con una situación especial que debiera ser protegida debía haberlo informado a la entidad previamente. De igual manera, el hecho de padecer una enfermedad catastrófica o ser padre de cabeza de familia, no le dan al accionante una permanencia indefinida o una provisión definitiva de un cargo que ostenta en provisionalidad. Lo anterior teniendo en cuenta que las medidas afirmativas tomadas por la entidad deben tender a tratar de garantizar en la medida de lo posible el derecho al trabajo de estas personas, como efectivamente lo hizo la entidad al postergar el nombramiento de la persona e propiedad lo más posible.

Ahora bien respecto a la condición de pre pensionado, se le pone de presente al accionante que va encaminado al hecho de proteger a la persona que está próxima a cumplir el requisito de semanas cotizadas, en tanto para poder cumplir el requisito de la edad no se necesita estar vinculado a la entidad.

En ese orden de ideas el despacho considera que en el presente caso existe una situación ya consolidada que pueden afectar los derechos de terceros, como lo es la persona posesionada en propiedad en el cargo, por lo cual, en atención a que el accionante no solicitó dicha protección con anterioridad para suspender el trámite, como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, en este momento el mecanismo judicial idóneo para sortear esta situación ya concluida es el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral.

Sin embargo, tratándose de sujetos que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta, la misma sería procedente para estos efectos, siempre y cuando se encuentre acreditada la amenaza, vulneración o grave afectación de derechos de raigambre fundamental, que no puedan ser protegidos oportunamente a través de dichos mecanismos, de manera tal que se entienda que éstos han perdido toda su eficacia material y jurídica, y siempre que el sujeto haya desplegado un mínimo de actuación tendiente a la defensa de sus derechos.

Sobre el punto debe recordarse que la Corte Constitucional ha sostenido 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”.*

En ese orden de ideas es necesario establecer como la Corte Constitucional ha definido el perjuicio irremediable:

*“Se ha entendido el perjuicio irremediable como "aquel que resulta del riesgo de lesión al que una acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares somete a un derecho fundamental que, de no resultar protegido por la vía judicial en forma inmediata, perdería todo el valor subjetivo que representa para su titular y su valor objetivo como fundamento axiológico del ordenamiento jurídico.*

*También ha considerado que debe tratarse de un perjuicio inminente, es decir que está por suceder prontamente, resultando impostergable la protección judicial reclamada dada la gravedad de la situación generadora de la vulneración de derechos fundamentales, pues "si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna", por lo que requiere la adopción de medidas urgentes para restablecer el menoscabo ocasionado”*

De conformidad con lo anterior, se entiende por perjuicio irremediable, toda lesión o afectación a un derecho fundamental en virtud de una acción u omisión de las autoridades públicas, que de no ser amparado en forma inmediata, perdería todo el valor subjetivo que representa para su titular.

Frente a la existencia de un perjuicio irremediable, en el presente caso el accionante no expresa la existencia del mismo, el cual debe ser real y concreto, no indeterminado en el sentido de expresar las condiciones que todas las personas que quedan sin empleo afrontan.

Al respecto, se permite recalcar el Despacho que no es válido simplemente mencionar que el accionante tiene una condición especial que debe ser protegida por el encima del derecho al mérito en el empleo público, sino que también debe demostrarlo plenamente.

Ahora bien, en esta medida si el afectado por una decisión administrativa que estima contraria al ordenamiento jurídico cuenta con la posibilidad de ejercer las acciones o recursos previstos para salvaguardar los derechos amenazados o vulnerados, el mecanismo de amparo constitucional no tiene la virtualidad de desplazarlos ni de convertirse en un recurso adicional o supletorio de las instancias propias de cada jurisdicción. Por todo lo anterior, y previo al análisis de fondo del conflicto planteado, debe el juez de tutela analizar si el ordenamiento jurídico tiene previstos otros medios de defensa judicial para la protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados o amenazados, y si los mismos son lo suficientemente idóneos y eficaces para otorgar una protección integral.<sup>16</sup>

Al respecto, y sobre la base que las decisiones cuestionadas están contenidas en la Resolución No. 11-014040 de 2020 y los demás actos administrativos que conformaron la Convocatoria 436 de 2017 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, por presentar unas presuntas irregularidades en cuanto al manejo de las personas con condiciones especiales.

---

<sup>16</sup> Ver entre otras la sentencia T-353 de 2005. M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

Por lo que se este Despacho concluye que el accionante tiene a su disposición el medio de control de Nulidad a fin de que el Juez Administrativo proceda al estudio de legalidad de los mencionados actos y disponga si es pertinente o no el reintegro del accionante, razón por la cual se puede establecer que el actor cuenta con otro medio de defensa judicial para resolver lo solicitado en la presente acción de tutela.

Debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia constitucional ha indicado que el análisis de la eficacia e idoneidad del otro mecanismo de defensa debe hacerse en cada caso concreto en términos cualitativos, es decir que se debe verificar si el medio ordinario otorga la misma satisfacción de los derechos fundamentales que la tutela, y no sólo un análisis cuantitativo porque de ser así siempre sería procedente esta acción constitucional debido a su trámite expedito e informal<sup>17</sup>.

El artículo 86 de la Carta Política dispone que la acción de tutela tiene carácter subsidiario, esto es, que existiendo otros mecanismos para la defensa de los derechos fundamentales, se debe acudir a los mismos, a menos que se determine la existencia de un perjuicio irremediable.

En conclusión y resolviendo el *problema jurídico* planteado, se tiene que la acción de tutela en este caso es improcedente, de conformidad con los artículos 86 de la C. P. y 6 del Decreto 2591 de 1991, según los cuales la acción de tutela es un mecanismo subsidiario y residual, que no reemplaza los medios ordinarios de defensa judicial.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO VEINTITRÉS ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SECCIÓN SEGUNDA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

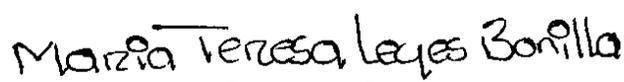
## RESUELVE

**PRIMERO: DECLÁRESE** improcedente el amparo de tutela solicitado por el señor **JAVIER ORLANDO BERMÚDEZ BERNAL**, respecto a los derechos al mínimo vital, debido proceso e igualdad, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: NOTIFÍQUESE** por el medio más expedito al accionante y a la entidad accionada, conforme al artículo 30 del Decreto N° 2591 de 1991.

**TERCERO:** Si no fuere impugnado el presente fallo, **ENVÍESE** a la Corte Constitucional para su eventual revisión (art. 31. Decreto. 2591).

## NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

  
**MARIA TERESA LEYES BONILLA**  
Juez

MCHL

<sup>17</sup> En este sentido ver la sentencia T-764 de 2008 proferida por la Corte Constitucional.