



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE VALLEDUPAR

Valledupar, Cesar, Veintiséis (26) de Octubre de dos mil Veinte
(2020)

RAD: 20001 31 03 002 2020 00098 00 Acción de tutela de primera instancia promovida por **ESTHER JUDITH MACHADO CRUZ** contra **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA y COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**. Derecho fundamental al debido proceso, **trabajo** e igualdad.

ASUNTO A TRATAR:

Procede el Despacho a resolver lo que en derecho corresponda en la presente Acción de Tutela de primera instancia impetrada por ESTHER JUDITH MACHADO CRUZ contra SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA y COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL.

HECHOS:

Como sustento fáctico de la acción constitucional, el accionante en representación de su hija, manifiesta en síntesis lo siguiente:

La COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC, expidió el ACUERDO No. 20171000000116 del 24 de julio de 2017, por medio del cual se convocó a proceso de selección (Convocatoria 436 de 2017) para proveer definitivamente por concurso abierto de méritos, los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA.

La CNSC expide la resolución de lista de elegibles No 20182120180325 del 24 de diciembre de 2018, para proveer una (01) vacantes de la OPEC No 58363, con la denominación de instructor, código 3010, grado 1, donde Se encuentra ocupando el lugar número cuatro (4) de elegibilidad, con 67.27 puntos definitivos en la convocatoria

El SENA, crea posterior a la convocatoria 436 de 2017, 565 cargos temporales con la Denominación INSTRUCTOR CODIGO 3010 GRADO 1.

En sesiones del 26 y 28 de enero y del 2 y 11 de febrero de 2016 y de acuerdo a la sentencia C - 288 de 2014, las vacancias temporales en las entidades deben ser cubiertas con las listas de elegibles Vigentes de las respectivas entidades al igual que en la Ley 909 de 2004 artículo 21 numeral 3, de igual manera cada vez que surta o quede una vacante temporal y existen listas de elegibles vigentes, mencionadas vacantes temporales deben ser cubiertas con las listas de elegibles.

El SENA y la CNSC, empezaron a darle parcial cumplimiento a las normas de carrera al Hacer USO DE LISTA DE ELEGIBLES CON LOS CARGOS TEMPORALES, vulnerando EL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO, teniendo el deber legal de Realizar una audiencia pública de todos los cargos Temporales teniendo en cuenta los principios de la función pública de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad Sentencia C-288/14.

DERECHOS FUNDAMENTALES QUE SE ESTIMAN VIOLADOS:

La parte actora considera con base en los anteriores hechos se le han vulnerado los derechos fundamentales al Debido proceso Administrativo, al trabajo e Igualdad.

PRETENSIONES:

Solicita que se tutelen los derechos fundamentales Debido proceso Administrativo, al trabajo e Igualdad.

En consecuencia de lo anterior, 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.

Así mismo, 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, realice 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 el tutelante se encuentre en posición meritatoria, se le debe realizar su nombramiento en un cargo temporal.

PRUEBAS:

PARTE ACCIONANTE:

- 1.- Copia del acuerdo No 562 de 2016, respecto a las audiencias públicas para escogencia de empleo.
2. Copia del decreto 1227 de 2019, por medio del cual ampliaron la vigencia de los cargos temporales.
3. Copia de la resolución 0715 de 2017, por medio de la cual se crearon los cargos temporales
4. Copia del ofrecimiento que me realizaron en los cargos temporales donde me solicitan escoger un solo empleo.
5. Copia de mi resolución de lista de elegibles.

6. Copia de las respuestas dada por el SENA a las solicitudes de nombramiento en los cargos temporales realizadas por algunos elegibles.

7. Copia de las respuestas dadas por LA CNSC a las solicitudes de nombramiento en los cargos temporales realizadas por algunos elegibles.

PARTE ACCIONADA:

COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL:

- 1.- Resolución No. 10259 de 15 de octubre de 2020, que acredita la personería jurídica para intervenir en nombre de la CNSC.
- 2.- Lista de elegibles.
- 3.- Constancia de notificación de la presente acción de tutela.

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA:

- 1.- Poder para actuar.
- 2.- Documentos que acreditan la representación legal.
- 3.- Listado de contratos de secop II CBC
- 4.- Reiteración uso de lista de elegibles.
- 5.- Criterio Unificado provisión de empleos temporales, expedido por la CNSC.
- 6.- Oficio No. 1-2019-017358 del 26 de agosto de 2019.
- 7.- Oficio 1-2019-021583 del 21 de octubre de 2019.
- 8.- Oficio 01-1-2019-022184, proferido por el DAFP.
- 9.- Oficio 1-2019-022170, proferido por la Procuraduría General de la Nación

TRÁMITE PROCESAL

Con proveído fechado 13 de Octubre de 2020, este Despacho Judicial admitió la acción de tutela, corriendo de ella traslado al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA y COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, concediéndole el término de dos (2) días, para que rindiera un informe sobre los hechos relatados en la acción presentada.

También se vincularon y notificaron a las personas de la lista de la lista de elegibles mediante Resolución No. CNSC. 20182120180325 de 2018 del cargo de instructor código 3010, grado 01, sin embargo, guardaron silencio.

CONTESTACIÓN DEL SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA: expuso lo siguiente:

Indica que se debe tener en cuenta los siguientes argumentos:

1. La acción de tutela no cumple los requisitos de inmediatez, subsidiariedad, ni perjuicio irremediable 2. La provisión de empleos de la planta temporal NO se debe realizar mediante audiencia pública, pues la forma de provisión obedece a establecido en el artículo 21 de la Ley 909 de 2004 y el artículo 2.2.5.3.5 del Decreto 1083 de 2015, modificado por el Decreto 648 de 2017, no es cierto entonces que deban aplicarse las reglas de uso de listas de elegibles como lo señala el accionante. 3. No existe

violación de los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad de la señora ESTHER JUDITH MACHADO CRUZ, puesto que el proceso de provisión de la planta temporal se realiza acorde con lo señalado en los mencionados artículo 21 de la Ley 909 de 2004 y artículo 2.2.5.3.5 del Decreto 1083 de 2015, modificado por el Decreto 648 de 2017, en igualdad de condiciones para los elegibles señalados por la CNSC.

Indica, que la lista de elegibles de la cual hace parte la accionante, fue establecida mediante la Resolución No 20182120139995 del 17 de octubre de 2018, la cual quedo en firme el 6 de noviembre de 2018, (Sistema BNLE), es decir, hace más de quince (15) meses, a la presentación de la presente acción constitucional, por lo que se considera no se cumple el requisito de inmediatez.

Aduce, que la parte actora tiene otros medios de defensa judicial contra las decisiones tomadas por el SENA o la CNSC, las cuales se expresan en actos administrativos y que el mismo aportó como prueba con el escrito de tutela, por lo cual debería demandar dichas decisiones, en este caso la acción judicial corresponde a los medios de control en la jurisdicción contenciosa administrativa, establecidos en la Ley 1437 de 2011. Contando con la posibilidad de solicitar ante la jurisdicción contenciosa administrativa como medida cautelar la suspensión de los actos administrativos que considera fueron ilegales o inconstitucionales.

Manifiesta que tampoco es procedente la presente acción como mecanismo transitorio, ya que no se demostró en el proceso, como tampoco lo observa la sala, la existencia del perjuicio irremediable.

Se refiere con relación a la naturaleza de los cargos temporales y su diferencia sustancial frente a los cargos que se proveen en carrera administrativa, deben aclarar:

- De acuerdo con lo previsto en el artículo 1° de 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.
- Respecto de los empleos temporales es preciso indicar que, de acuerdo con sus necesidades, los organismos y entidades que se encuentran bajo el amparo de la Ley 909 de 2004, podrán contemplar excepcionalmente en sus plantas de personal empleos de carácter temporal o transitorio.
- Por consiguiente, atendiendo lo señalado en el artículo 21 de la Ley 909 de 2004, la creación de los empleos temporales dentro de una planta de personal se supedita al cumplimiento de alguna de las siguientes condiciones:
 - 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.

• Considerando su naturaleza jurídica, los empleos temporales tienen unas características especiales, que los diferencian de los empleos de carrera administrativa:

a. Transitoriedad, es decir, tiene un vínculo precario.

b. No establecen una vinculación definitiva con el Estado.

c. No generan derechos de carrera administrativa.

d. Están determinados exclusivamente a las labores para las cuales fue creado.

e. Se proveen a través de la ejecución de tres fases:

i) uso de listas de elegibles enviadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC;

ii) encargo de empleados con derechos de carrera administrativa; y **iii)** concurso público y abierto que garantice el cumplimiento de los principios de la función pública de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcial

f. Vencido el plazo de duración del empleo temporal, se extingue la relación con la Administración.

g. De conformidad con el artículo 21 de la Ley 909 de 2004, adicionado por el artículo 6 del Decreto Ley 894 de 2017, el retiro del servicio de los empleados temporales se podrá efectuar por las causales consagradas en los literales d), h), i), j), k), m) y n) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

h. No es un empleo de carrera administrativa, ni de libre nombramiento y remoción, se considera una categoría independiente de empleo público.

i. Dicho nombramiento deberá efectuarse mediante acto administrativo en el que se indicará el término de su duración.

j. El término de duración del nombramiento en el empleo de carácter temporal deberá sujetarse a la disponibilidad presupuestal.

Arguye, que mediante el Decreto 553 del 30 de marzo de 2017, el Gobierno Nacional aprobó la creación de ochocientos (800) empleos temporales en la planta de personal del SENA para la atención y ejecución de los programas: AGROSENA, SENNOVA y BILINGÜISMO.

Aduce, que los ochocientos (800) empleos temporales se financian en su totalidad con recursos de inversión, están ubicados en los Centros de Formación atendiendo los programas para los cuales se crearon y pertenecen a los niveles ocupacionales Profesional (235) e Instructor (565).

Hace alusión al contenido de la Resolución 1694 de 2017. Con relación a la vigencia de los empleos temporales del SENA. En relación con la vigencia de los 800 empleos temporales creados por ese Decreto 553 de 2017, su artículo 1° señala lo siguiente:

Argumenta, que dando cumplimiento a lo previsto en el artículo 2.2.5.3.5 del Decreto 1083 de 2015, el SENA a través de las comunicaciones con radicado No. 01- 2-2019-005001 del 11 de julio de 2019, 01-2-2019-005518 del 25 de julio de 2019, 82019-049642 del 26 de julio de 2019, 01-2-2019-005920 del 8 de agosto de 2019 y 01-2-2019-006239 del 21 de agosto de 2019 solicitó ante la Comisión Nacional del Servicio Civil la remisión de listas de elegibles para proveer las vacantes de los empleos de la planta temporal. Frente a esa solicitud, la CNSC respondió argumentando que la competencia de esa entidad se circunscribe en realizar un estudio técnico para determinar si es posible proveer los empleos temporales con las listas de elegibles vigentes administradas por la CNSC, limitándose a verificar la denominación, el código y la asignación salarial del cargo, en el oficio No. 1-2019-017358 del 26 de agosto de 2019, en el que anotó: "(...) le corresponde a la administración de manera optativa, escoger la metodología adecuada para contactar a los elegibles que esta Comisión Nacional remite en las respectivas listas y así cumplir con lo dispuesto en la Ley 909 de 2004, Decreto 648 de 2017 y en la Sentencia C-288 de 2014 de la Honorable Corte Constitucional".

Por lo anterior, solicita negar la tutela por improcedente.

CONTESTACIÓN DE LA COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL: expuso lo siguiente:

Arguye, que la accionante se inscribió al proceso de selección para el empleo denominado Instructor, Grado 1, identificado con código OPEC No. 58363 ocupando la posición No. 5 en la Lista de Elegibles, adoptada mediante Resolución No. 20182120180325 DEL 24-12-2018, para proveer uno (1) vacante del empleo referido.

Alega, que las plantas temporales, la competencia de la CNSC se circunscribe a realizar un estudio técnico para determinar si es posible proveer los empleos temporales con las listas de elegibles vigentes administradas por la CNSC, para lo cual los nominadores de las entidades solicitan aprobación de uso de listas relacionando la información establecida en el artículo 19 de la Ley 909 de 2004, para el diseño del respectivo empleo.

Indica, que las listas de legibles son utilizadas para el "mismo empleo" en atención a las normas referidas con antelación, se tiene que las audiencias son realizadas cuando el empleo posee en diferentes ubicaciones geográficas sus vacantes, caso que no es el de la accionante, toda vez que se oferto una sola vacante la cual ya está provista.

Manifiesta, que una vez consultado el Banco Nacional de Lista de Elegibles se evidenció que durante la vigencia de la lista el Servicio Nacional de Aprendizaje no ha reportado ante la CNSC movilidad de la lista de Elegibles, entendida la movilidad en el marco del uso de las listas como la novedad que se genera sobre la lista de Elegibles, por la expedición de un acto administrativo que dispone la derogatoria o revocatoria sobre el acto

administrativo de nombramiento de un elegible, o la expedición de un acto administrativo que declara la vacancia definitiva de un empleo por configurarse una de las causales de retiro establecidas en la Artículo 41 de la Ley 909 de 2004, de quien ocupase posición meritoria de conformidad con el número de vacantes ofertadas.

Concluye, que la señora ESTHER JUDITH MACHADO CRUZ, ocupó la posición cinco (05), en la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. 20182120180325 DEL 24-12-2018, en consecuencia, la accionante no alcanzó el puntaje requerido para ocupar la posición meritoria en la lista de elegibles para proveer el empleo en comento, de conformidad con el número de vacantes ofertadas, ostentando frente a la misma una expectativa. La señora ESTHER JUDITH MACHADO CRUZ, 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.

En virtud de lo anterior, solicita que se declare la improcedencia de la acción de tutela, por no existir vulneración a los derechos fundamentales.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO:

FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL:

La acción de tutela es un mecanismo de defensa establecido por la constitución a favor de todas personas cuyos derechos fundamentales sean vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares en los casos expresamente previstos por la constitución y la ley, cuyo amparo inmediato puede ser reclamado ante los jueces de la república. Esta acción constitucional es de carácter preferente, sumario y subsidiario, por cuanto a él se recurre cuando no estén contemplados otros medios de defensa judicial, tal como indica el artículo 86 de la constitución nacional en su inciso tercero: esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, limitación esta que fue reiterada en el numeral 1 del artículo 6 del decreto 2591 de 1991.

LEGITIMACION ACTIVA

La accionante ESTHER JUDITH MACHADO CRUZ, impetra acción de tutela, teniendo como objetivo que constitucionalmente a través del presente mecanismo, le salvaguarden los derechos fundamentales constitucionales vulnerados.

LEGITIMACIÓN PASIVA:

El SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA y COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, conforme como lo dispuesto en el artículo 5° del Decreto 2591 de 1991, se encuentran legitimadas como parte pasiva

en el presente asunto, en la medida en que se le atribuye la vulneración del derecho fundamental al derecho de petición.

INMEDIATEZ Y SU DSIDIARIDAD:

Con respecto a este presupuesto considera esta agencia judicial que el mismo se cumple puesto que los empleos temporales de prorrogaron hasta diciembre de 2021, y la presente acción de tutela se impetró el 12 de octubre de 2020 del hogaño, lo cual indica que es oportuna y razonable la reclamación del derecho conculcado.

“La eficacia de la acción de tutela frente a la protección de los derechos fundamentales se encuentra relacionada directamente con la aplicación del principio de la inmediatez, presupuesto sine qua non de procedencia de dicha acción, dado que su objetivo primordial se encuentra orientado hacia la protección actual, inmediata y efectiva de derechos fundamentales. Bajo ese contexto, la jurisprudencia constitucional ha establecido que, siendo el elemento de la inmediatez consustancial al amparo que la acción de tutela brinda a los derechos de las personas, ello necesariamente conlleva que su ejercicio deba ser oportuno y razonable”

Respecto de la oportunidad en la presentación de la acción de tutela, esta Corporación ha sido enfática en señalar que debe ejercitarse dentro de un término razonable que permita la protección inmediata del derecho fundamental presuntamente trasgredido o amenazado, pues, de lo contrario, el amparo constitucional podría resultar inocuo y, a su vez, desproporcionado frente a la finalidad perseguida por la acción de tutela, que no es otra que la protección actual, inmediata y efectiva de los derechos fundamentales”

Concluye la Corte Constitucional, ha establecido que, en el evento en el que (i) el accionante presente razones válidas para su tardanza en presentar la acción constitucional, (ii) que a pesar del paso del tiempo, la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales continúe y sea actual o (iii) que la exigencia de la interposición de la acción en un término razonable resulte desproporcionada, dadas las circunstancias de debilidad manifiesta en la que se encuentra el accionante, la acción será procedente a pesar de la mencionada tardanza en la interposición del recurso de amparo.

Sin más elucubraciones, se considera la acción de tutela fue presentada dentro de un término proporcionado y razonable¹.

Frente a la subsidiaridad se percibe que el hoy accionante no tiene otro mecanismo inmediato para proteger y cesar el derecho transgredido, sino la presente acción, pues, según los hechos en el caso particular se puede concluir que éste instrumento constitucional es el idóneo para la protección de sus derechos fundamentales, con relación a la pretensión de la celebración de

¹ Sentencia SU108/18.

la audiencia, aclarando que en gracia de discusión pretende a tacar actos administrativos para ello tiene otros medios de defensa judicial puesto a su alcance, para lo cual el requisito de subsidiaridad no se cumple.

PROBLEMA JURIDICO:

En el presente asunto, el problema jurídico a resolver radica: ¿Si existe vulneración a los derechos fundamentales IGUALDAD, TRABAJO, DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO, ACCESO A CARGOS Y FUNCIONES PÚBLICAS VIA MERITO, ASÍ COMO A LOS PRINCIPIOS DE CONFIANZA LEGÍTIMA, BUENA FE Y SEGURIDAD JURÍDICA a ESTHER JUDITH MACHADO CRUZ, al no por parte de El SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA y COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, al no convocar la audiencia para proveer los cargos temporales prorrogados para la entidad?

IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA FRENTE A HECHOS FUTUROS E INCIERTOS, POR NO EXISTIR VIOLACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES CIERTOS Y REALES - Sentencia T - 652 - 2012.

En el entendido de que la acción de tutela es un mecanismo judicial de carácter excepcional breve y sumario que permite la protección constitucional de derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular, y cuando no se disponga para el efecto de otros medios de defensa judicial, ésta resultara viable siempre que se origine en hechos ciertos y reconocidos de cuya ocurrencia se puede inferir la violación o vulneración de derechos fundamentales. Sobre el particular la **Corte, en Sentencia T-279 de 1997**, sostuvo:

"La informalidad de la tutela no justifica el que los ciudadanos recurran a ella con el único propósito de conjurar una situación que consideran, a través de conjeturas, podría ocasionar un perjuicio. Dicha acción no protege derechos fundamentales sobre la suposición de que llegarían a vulnerarse por hechos o actos futuros. Por ello el ciudadano, actuando directamente o a través de apoderado, cuando vaya a instaurar una acción de amparo debe cotejar, sopesar y analizar si en realidad existe la vulneración o amenaza de tales derechos, pues la tutela no puede prosperar sobre la base de actos o hechos inexistentes o imaginarios, lo cual, por el contrario, conduce a congestionar la administración de justicia de modo innecesario y perjudicial para ésta."

En tal sentido, la tutela será procedente cuando algún derecho fundamental se encuentre efectivamente amenazado o vulnerado, de lo cual se sigue que el juez de tutela no debe esperar la vulneración del derecho fundamental, para conceder la protección solicitada, sino que debe también acudir a la defensa de los derechos fundamentales invocados cuando estos se encuentran amenazados.

En **Sentencia T-647 de 2003** se dejó en claro cuáles son las características que debe tener la posible amenaza para que sea viable la protección por vía de la acción de tutela:

"Sin embargo, tal amenaza no puede contener una mera posibilidad de realización, pues si ello fuera así, cualquier persona podría solicitar protección de los derechos fundamentales que eventualmente podrían serle vulnerados bajo cualquier contingencia de vida, protección que sería fácticamente imposible prodigarle, por tratarse de hechos inciertos y futuros que escapan al control del estado.

De ésta manera, si no existe una razón objetivada, fundada y claramente establecida por la que se pueda inferir que los hechos u omisiones amenazan los derechos fundamentales del tutelante, no

podrá concederse el amparo solicitado. La amenaza debe ser entonces, contundente, cierta, ostensible, inminente y clara, para que la protección judicial de manera preventiva evite la realización del daño futuro."

—

Improcedencia de la acción de tutela ante la inexistencia de una conducta respecto de la cual se pueda efectuar el juicio de vulnerabilidad de derechos fundamentales -Sentencia T-130/14:

El objeto de la acción de tutela es la protección efectiva, inmediata, concreta y subsidiaria de los derechos fundamentales, "cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares [de conformidad con lo establecido en el Capítulo III del Decreto 2591 de 1991". Así pues, se desprende que el mecanismo de amparo constitucional se torna improcedente, entre otras causas, cuando no existe una actuación u omisión del agente accionado a la que se le pueda endilgar la supuesta amenaza o vulneración de las garantías fundamentales en cuestión.

En el mismo sentido lo han expresado sentencias como la SU-975 de 2003 o la T-883 de 2008, al afirmar que "partiendo de una interpretación sistemática, tanto de la Constitución, como de los artículos 5° y 6° del [Decreto 2591 de 1991], se deduce que la acción u omisión cometida por los particulares o por la autoridad pública que vulnere o amenace los derechos fundamentales es un requisito lógico-jurídico para la procedencia de la acción tuitiva de derechos fundamentales (...) En suma, para que la acción de tutela sea procedente requiere como presupuesto necesario de orden lógico-jurídico, que las acciones u omisiones que amenacen o vulneren los derechos fundamentales existan (...)", ya que "sin la existencia de un acto concreto de vulneración a un derecho fundamental no hay conducta específica activa u omisiva de la cual proteger al interesado (...)".

Y lo anterior resulta así, ya que si se permite que las personas acudan al mecanismo de amparo constitucional sobre la base de acciones u omisiones inexistentes, presuntas o hipotéticas, y que por tanto no se hayan concretado en el mundo material y jurídico, "ello resultaría violatorio del debido proceso de los sujetos pasivos de la acción, atentaría contra el principio de la seguridad jurídica y, en ciertos eventos, podría constituir un indebido ejercicio de la tutela, ya que se permitiría que el peticionario pretermitiera los trámites y procedimientos que señala el ordenamiento jurídico como los adecuados para la obtención de determinados objetivos específicos, para acudir directamente al mecanismo de amparo constitucional en procura de sus derechos".

Así pues, cuando el juez constitucional no encuentre ninguna conducta atribuible al accionado respecto de la cual se pueda determinar la presunta amenaza o violación de un derecho fundamental, debe declarar la improcedencia de la acción de tutela.

Ahora bien, de los hechos expuestos en este caso por la agente oficiosa se observa que a John Edwin Díaz Cardona hace cinco años no lo valora un médico, y que no lo ha llevado a Emssanar E.S.S. para que allí le ordenen y autoricen lo pretendido en sede de tutela, pues él mismo lo impide. Lo que concuerda con las demás pruebas allegadas al proceso, pues estas muestran que la última valoración

diagnóstica que se le realizó fue el día 24 de enero de 2009 por una médica particular especialista en psiquiatría.

Igualmente, Emssanar E.S.S. sostuvo que la accionante nunca se ha acercado a la entidad para pedir la atención integral o la internación de su hijo, motivo por el cual, no existe evidencia de siquiera una orden médica expedida por el médico tratante de John Edwin Díaz Cardona, que avale o determine la solicitud elevada por la tutelante, ni tampoco hay prueba o indicio de alguna negación del servicio requerido por la peticionaria.

En este orden de ideas, atendiendo a las consideraciones expuestas anteriormente, la Sala encuentra que en el presente caso no existe ninguna conducta concreta, activa u omisiva, que haya podido concluir con la supuesta afectación de los derechos fundamentales alegados por la peticionaria, y a partir de la cual se puedan impartir órdenes para la protección del agenciado y su madre, o hacer un juicio de reproche a la entidad accionada.

Improcedencia de la acción de tutela cuando se interpone de manera directa sin que el interesado hubiere acudido previamente a requerir la prestación de lo solicitado a la entidad accionada - Sentencia T-750/07:

Cuando el actor presenta directamente la acción de tutela ante el juez sin impetrar previamente sus peticiones a las entidades accionadas, parte del supuesto hipotético de que serán negadas sus solicitudes y, al parecer, estima que el camino más fácil para obtener lo pretendido consiste en acudir directamente a la acción de amparo.

Resulta a todas luces inadecuada esta práctica porque, sin desconocer el inmenso estado de angustia que lleva consigo la presencia de una presunta vulneración a un derecho fundamental, la solución no está en acudir directamente al juez de tutela con base en una posible negativa en la prestación del servicio, sin detenerse a considerar que, en la generalidad de los casos, la vulneración que podrá examinar el juez únicamente podrá partir de la base de que en realidad existe la negativa o la omisión de la entidad accionada, en suministrar lo pretendido por el actor, pues, si no existe la negativa o la omisión de lo solicitado, difícilmente puede darse la violación de algún derecho fundamental.

En otras palabras, el juez de tutela no puede entrar a dar órdenes con base en supuestas negativas u omisiones, en aras de la protección pedida pues, sólo le es dado hacerlo si existen en la realidad las acciones u omisiones de la autoridad y ellas constituyen la violación de algún derecho fundamental.

Procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos de contenido particular y concreto -Reiteración de Jurisprudencia - Sentencia T-383/18:

"El artículo 86 de la Constitución consagra la acción de tutela como un mecanismo preferente y sumario, mediante el cual se busca evitar, de manera *inmediata*, la amenaza o vulneración de un derecho fundamental. Su procedencia está condicionada a que *"el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial"*. Sin embargo, esta Corporación ha señalado que no puede declararse la improcedencia de la tutela por la sola existencia en abstracto de un medio ordinario de defensa judicial. En el marco del caso concreto, el juez constitucional debe analizar si la acción dispuesta por el ordenamiento jurídico es *idónea* y *eficaz* para

proteger los derechos fundamentales comprometidos. En el evento en que no lo sea, la acción de tutela procederá para provocar un juicio sobre el fondo.

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.

No obstante, en los casos en los que se compruebe que existe otro medio de defensa judicial, pero éste no resulta idóneo ni eficaz para evitar la configuración de un perjuicio irremediable, el juez constitucional debe verificar que el mismo sea:

(i) inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; (ii) grave, esto es, que el haber jurídico de la persona se encuentre amenazado por un daño o menoscabo material o moral de gran intensidad; (iii) requiera medidas urgentes con el fin de lograr su supresión y conjurar el perjuicio irremediable; y (iv) demande la intervención del juez de tutela de forma impostergable para garantizar el restablecimiento integral del orden social justo”.

En Sentencia T-1316 de 2001, la Corte concluyó que “no todo perjuicio puede ser considerado como irremediable, sino solo aquel que por sus características de inminencia y gravedad, requiera de medidas de protección urgentes e impostergables. Con todo, esta previsión del artículo 86 de la Carta debe ser analizada en forma sistemática, pues no puede olvidarse que existen ciertas personas que por sus condiciones particulares, físicas, mentales o económicas, requieren especial protección del Estado, como ocurre, por ejemplo, en el caso de los niños (...)”.

PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS- Sentencia T - 076 de 2018.

La acción de tutela no es, en principio, el mecanismo idóneo para atacar actos administrativos que por su propia naturaleza se encuentran amparados por el principio de legalidad, pues se parte del presupuesto de que la administración, al momento de manifestarse a través de un acto, debe acatar las prerrogativas constitucionales y legales a las que se encuentra subordinada. Ello permite suponer que los funcionarios que sirven en las instituciones del Estado, al ser conocedores de las normas, habrán de ser respetuosos en todo momento de aquellas. De allí que la legalidad de un acto administrativo se presuma²⁷, obligando a quien pretende controvertirlo a demostrar que aquel se apartó, sin justificación alguna, del ordenamiento que regula su expedición; debate que correspondería a la órbita de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en el sentido de que allí se estudiaría la posible anulación del acto, de conformidad con las competencias que se ha dispuesto para tal efecto²⁸

(i) que la cuestión sea de relevancia constitucional; (ii) el agotamiento de todos los medios de defensa judicial al alcance, salvo que se trate de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable; (iii) la observancia del requisito de inmediatez, es decir, que la acción de tutela se interponga en un tiempo razonable y proporcionado a la ocurrencia del hecho generador de la vulneración; (iv) si se trata de una irregularidad procesal, que la misma sea decisiva en la providencia que se impugna en sede de amparo; (v) la identificación razonable de los hechos que generaron la vulneración de derechos fundamentales y de haber sido posible, que los mismos hayan sido alegados en el proceso judicial; y (vi) que no se trate de una tutela contra tutela.

LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL TRÁMITE DE TUTELA - SENTENCIA T-040/18:

De conformidad con el artículo 14 del Decreto 2591 de 1991, la tutela es un mecanismo informal, lo que significa que simplemente se exige que en la solicitud se exprese (i) la acción o la omisión que la motiva, (ii) el derecho que se considera violado o amenazado, (iii) el nombre de quien es autor de la amenaza o agravio, y (iv) la descripción de las demás circunstancias relevantes para decidir la solicitud.

La jurisprudencia constitucional ha establecido que, en principio, la informalidad de la acción de tutela y el hecho de que el actor no tenga que probar que es titular de los derechos fundamentales reconocidos por la Carta Política, no lo exoneran de demostrar los hechos en los que basa sus pretensiones. En efecto, la Corte ha sostenido que quien pretende la protección judicial de un derecho fundamental debe demostrar los supuestos fácticos en que funda su pretensión.

Del mismo modo, esta Corporación ha establecido que el amparo es procedente cuando existe el hecho cierto, indiscutible y probado de la violación o amenaza del derecho fundamental alegado por quien la ejerce. Por consiguiente, el juez no puede conceder la protección solicitada simplemente con fundamento en las afirmaciones del demandante, y si los hechos alegados no se prueban de modo claro y convincente, el juez debe negar la tutela, pues ésta carece de justificación.

En ese orden de ideas, la Corte ha señalado que la decisión judicial *"no puede ser adoptada con base en el presentimiento, la imaginación o el deseo, sino que ha de obedecer a su certidumbre sobre si en efecto ha sido violado o está amenazado un derecho fundamental, si acontece lo contrario, o si en el caso particular es improcedente la tutela."*

EL CASO CONCRETO:

Para comenzar, ESTHER JUDITH MACHADO CRUZ, acude al juez constitucional buscando el amparo a los derechos fundamentales constitucionales a la Igualdad, Trabajo, Debido Proceso Administrativo, Acceso a Cargos Públicos y Funciones Públicas vía Mérito, así, como también a los Principios de Confianza Legítima, Buena Fe y Seguridad Jurídica, los cuales estima que han sido vulnerados por el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA y COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, al no convocar la audiencia para proveer los cargos temporales prorrogados hasta el 31 de diciembre de 2021.

Así mismo, la parte actora pretende que el juez constitucional 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 a su similitud funcional con los cargos temporales y 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 el tutelante se encuentre en posición meritatoria, se le debe realizar su nombramiento en un cargo temporal.

La repuesta al problema jurídico es NEGATIVO, pues, no se percibe que la amenaza o vulneración a los derechos fundamentales constitucionales sea actual, presente, real y determinada a través de una acción u omisión por parte de las accionadas, inclusive, las pretensiones del libelo de tutela, se deduce que busca un amparo general, sin que haya un acto concreto conculcando los derechos referidos.

Así tenemos, que la parte actora se inscribió en la convocatoria 436 de 2017, adelantada por la Comisión Nacional del Servicio Civil, superando las etapas, inclusive, la de conocimiento, quedando en 05 lugar de la lista de elegibles en el cargo de Instructor Código 3010, grado 01.

Igualmente, alega que ha petitionado al SENA en aras que cumpla con las directrices normativas art. 21 de la ley 909 de 2004, y la sentencia C - 288 de 2014, la cual otorgó la siguiente repuesta:

“Por consiguiente, a continuación, se relaciona(n) la(s) vacante(s) de la planta temporal a la que se puede postular, aclarando que en este proceso se puede postular únicamente a una (1) de las vacantes que se relacionan a continuación. En este listado encontrará: i) el Programa de la planta temporal, ii) la Regional en la que se encuentra el cargo, iii) el Centro de Formación del empleo, iv) la denominación del cargo, v) Cantidad de cargos ofertados, vi) la posición en el listado elaborado por el Grupo de Relaciones Laborales y vii) el puntaje definido en la lista de elegibles. Si usted considera que cumple con los requisitos del cargo al cual quiere postularse, deberá realizar el proceso de postulación en el aplicativo web de la Agencia Pública de Empleo del SENA –APE <https://agenciapublicadeempleo.sena.edu.co> (Módulo Convocatorias Especiales) a partir del 8 de octubre hasta el 12 de octubre de 2020, con la cual se entenderá además que autoriza al SENA, la consulta del registro de inhabilidades por delitos sexuales cometidos contra personas menores de edad (Ley 1918 de 2018 y Decreto 753 de 2019)”

Por su parte, la actora también alegó en los hechos del escrito de tutela lo siguiente:

DECIMO PRIMERO: Si es bien cierto que, el SENA y la CNSC, empezaron a darle parcial cumplimiento a las normas de carrera al Hacer USO DE LISTA DE ELEGIBLES CON LOS CARGOS TEMPORALES las mismas vulneran EL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO ya que, para empezar, tienen un deber legal de Realizar una audiencia pública de todos los cargos Temporales teniendo en cuenta los principios de la función pública de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad Sentencia C-288/14.

Sin embargo, la entidad accionada argumenta que no es necesario el convocar a la audiencia, puesto que ella procedió a proveer los cargos temporales publicando en el link, por lo tanto, es necesario lo resaltar lo que dice la **sentencia C - 288 de 2014**.

"Resuelve demanda de inconstitucionalidad del artículo 21 (parcial) de la Ley 909 de 2004 Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones:, frente a lo cual concluye: (i) La interpretación en virtud de la cual no existe una absoluta discrecionalidad del nominador para la realización del proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos, sino que, por el contrario, el mismo está limitado por los principios de la función pública de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, la cual es constitucional, pues permite delimitar la actuación de la administración pública. Esta interpretación exige el cumplimiento de los siguientes parámetros: (i) Para la provisión de los empleos temporales los nominadores deberán solicitar las listas de elegibles a la Comisión Nacional del Servicio Civil anexando como mínimo la información exigida en el artículo 19 de la Ley 909 de 2004. (ii) En caso de ausencia de lista de elegibles se debe dar prioridad a la selección de personas que se encuentren en carrera administrativa, cumplan los requisitos para el cargo y trabajen en la misma entidad. (iii) Se deberá garantizar la libre concurrencia en el proceso a través de la publicación de una convocatoria para la provisión del empleo temporal en la página web de la entidad con suficiente anticipación. (iv) El procedimiento de selección para los empleos temporales deberá tener en cuenta exclusivamente factores objetivos como: el grado de estudios, la puntuación obtenida en evaluaciones de Estado como las pruebas ICFES, ECAES, Saber Pro y Saber, la experiencia en el cumplimiento de funciones señaladas en el perfil de competencias y otros factores directamente relacionados con la función a desarrollar"

De acuerdo a las luces de la jurisprudencia citada no se avizora que la entidad accionada deba de realizar una audiencia, cuando la sentencia en cita habla de convocatoria. Así mismo, el SENA, en su contestación indicó lo siguiente:

Los ochocientos (800) empleos temporales en los niveles Profesional e Instructor para los programas de AGROSENA, SENNOVA y BILINGÜISMO fueron creados inicialmente hasta el 31 de diciembre de 2017; no obstante, mediante los Decretos 2147 de 2017, 1217 de 2019 y 2357 de 2019 el Gobierno Nacional prorrogó la vigencia de estos cargos, habiéndose concedido la última hasta el 31 de diciembre de 2021.

El 21 de agosto de 2019, solicitó ante la Comisión Nacional del Servicio Civil la remisión de listas de elegibles para proveer las vacantes de los empleos de la planta temporal. Frente a

esta solicitud, la CNSC respondió argumentando que la competencia de esa entidad se circunscribe en realizar un estudio técnico para determinar si es posible proveer los empleos temporales con las listas de elegibles vigentes administradas por la CNSC, limitándose a verificar la denominación, el código y la asignación salarial del cargo, en el oficio No. 1-2019-017358 del 26 de agosto de 2019, en el que anotó: "(...) le corresponde a la administración de manera optativa, escoger la metodología adecuada para contactar a los elegibles que esta Comisión Nacional remite en las respectivas listas y así cumplir con lo dispuesto en la Ley 909 de 2004, Decreto 648 de 2017 y en la Sentencia C-288 de 2014 de la Honorable Corte Constitucional (...)" (el destacado es del texto).

Agotada la instancia de consulta jurídica y verificaciones ante las entidades rectoras de los temas que afectan la provisión de la Planta Temporal, sobre la diferentes inquietudes que surgieron por el uso de las Listas de Elegibles suministradas por la CNSC y obtenida la última prórroga de la planta hasta el 31 de diciembre de 2021, el SENA inició el proceso de provisión de los empleos vacantes de la planta temporal, para lo cual se elaboró una Guía de Provisión de Empleos Temporales, con el objetivo de hacer públicos los lineamientos para proveer los empleos temporales en el SENA, conforme a los requisitos establecidos legal y jurisprudencialmente, la cual se encuentra publicada en el siguiente link:

Por ende, en este caso el debido proceso está constituido por el artículo 21 de la Ley 909 de 2004, el artículo 2.2.5.3.5 del Decreto 1083 de 2015, modificado por el Decreto 648 de 2017 y la Guía para provisión de empleos temporales, divulgada en No existe un riesgo de afectación al derecho a la igualdad del actor, por cuanto el trato que se ha dado a los ciudadanos elegibles remitidos por la CNSC para provisión de la planta temporal, es homogéneo, respetando las normas y reglas expedidas para el efecto.

En ese orden de ideas, podemos deducir que la entidad según lo manifiesta en la contestación del libelo, le ha venido dado aplicación a las directrices normativas y jurisprudenciales para proveer los cargos temporales, sin que dentro del presente juicio constitucional se demuestre lo contrario, inclusive, la misma parte accionante lo ha aceptado cuando sostiene que el SENA ha venido dado aplicación de manera parcial al cumplimiento de las normas de carrera.

Además de ello, aportó pruebas del oficio dirigido a la Comisión Nacional del Servicio Civil con la relación a lo empleos temporales, así mismo, también se avizora también oficio a la Procuraduría General de la Nación y la Función Pública, anexando los soportes que acreditan esta afirmación.

Ahora bien, a la fecha no se encuentra acreditado un día cierto determinado en la cual el SENA, escogiera el personal para proveer el cargo temporal prorrogado hasta el 21 de diciembre de 2021. No obstante, no se explica este juez constitucional si el SENA al responderle la petición le indico a la parte actora que podía postularse a tal cargo y le dio las pautas del proceso para hacerlo, sin embargo, no se tiene certeza si se postuló o porque no lo hizo, además de ello, cuando dicha convocatoria está publicada en la página de la entidad, cual es el impedimento que no le permite postularse.

Entre tanto, deduce este juez de tutela según las pretensiones del escrito introductor, busca beneficiar a las demás personas que se encuentran en la lista de elegibles, es decir, dicha pretensión recae sobre un acto general y no particular, no habiendo un acto concreto donde se perciba que la entidad le haya vulnerado tales derechos a la hoy accionante.

Ahora bien, si tal hecho aconteciera la parte actora tiene a su disposición otros medios de defensa judicial para atacar los actos administrativos que profiera la entidad los cuales considere que le vulnera sus derechos fundamentales constitucionales, inclusive, puede solicitar como medida cautelar la suspensión de los efectos de dicho acto.

Cabe resaltar, que la acción de tutela no es el medio para controvertir la validez de un acto administrativo particular y concreto, para ello, se debe acudir a la Jurisdicción contenciosa Administrativa, quien es el juez natural del caso para dirimir dicho conflicto jurídico.

Adicionalmente, la parte actora tenía la carga de acreditar sus afirmaciones, conforme lo indica la sentencia T - 2007, que establece:

*"El artículo 22 del mencionado decreto, "el juez, tan pronto llegue al convencimiento respecto de la situación litigiosa, podrá proferir el fallo, sin necesidad de practicar las pruebas solicitadas". Pero esta disposición no puede entenderse como una autorización legal para que el juez resuelva sin que los hechos alegados o relevantes para conceder o negar la protección hayan sido probados, cuando menos en forma sumaria dadas las características de este procedimiento. Su determinación no puede ser adoptada con base en el presentimiento, la imaginación o el deseo, sino que ha de obedecer a su certidumbre sobre si en efecto ha sido violado o está amenazado un derecho fundamental, si acontece lo contrario, o si en el caso particular es improcedente la tutela. A esa conclusión únicamente puede arribar el fallador mediante la evaluación de los hechos por él establecidos con arreglo a la ley y sin desconocer el derecho de defensa de las partes"*²

De la misma forma, dentro del presente juicio constitucional solo quedo en afirmaciones sin que acreditara con pruebas siquiera sumaria los supuestos de hechos alegados en el libelo de tutela, así como lo ha puntualizado la jurisprudencia de la siguiente manera:

La jurisprudencia constitucional ha establecido que, en principio, la informalidad de la acción de tutela y el hecho de que el actor no tenga que probar que es titular de los derechos fundamentales reconocidos por la Carta Política, no lo exoneran de demostrar los hechos en los que basa sus pretensiones. En efecto, la Corte ha sostenido que quien pretende la protección judicial de un derecho fundamental debe demostrar los supuestos fácticos en que funda su pretensión.

² Sentencia T-131/07.

Del mismo modo, esta Corporación ha establecido que el amparo es procedente cuando existe el hecho cierto, indiscutible y probado de la violación o amenaza del derecho fundamental alegado por quien la ejerce. Por consiguiente, el juez no puede conceder la protección solicitada simplemente con fundamento en las afirmaciones del demandante, y si los hechos alegados no se prueban de modo claro y convincente, el juez debe negar la tutela, pues ésta carece de justificación.³

Sin más elucubraciones, este juez de tutela considera que hay ausencia de la vulneración de los derechos fundamentales a la Igualdad, Trabajo, Debido Proceso Administrativo, Acceso a Cargos Públicos y Funciones Públicas vía Mérito, así como también a los Principio de Confianza Legítima, Buena Fe y Seguridad Jurídica, para lo cual se procede a declarar la improcedencia de la acción de tutela promovida por ESTHER JUDITH MACHADO CRUZ contra SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA y COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL.

En mérito de lo expuesto el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Valledupar, Cesar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: DECLARAR la improcedencia de la acción de tutela promovida por ESTHER JUDITH MACHADO CRUZ contra SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA y COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, por las motivaciones antes expuestas.

SEGUNDO: Notifíquese esta providencia a las partes en la forma más expedita.

TERCERO: Si esta sentencia no fuere impugnada, remítase a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

GERMAN DAZA ARIZA
Juez.

³ Sentencia T - 040 de 2018.