**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO JUAN JIMÉNEZ QUICENO**

| | |
|---|---|
| RADICACIÓN | 27001 31 04 003 2021 00006 01 |
| CLASE DE PROCESO | ACCIÓN DE TUTELA |
| ASUNTO | SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA |
| ACCIONANTE | MARLIN YADIRA PADILLA CÓRDOBA |
| ACCIONADO | SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE —SENA— |
| VINCULADOS | CNSC, CONCURSANTES CARGO OPEC 58360 y ELENITH MARTÍNEZ |
| PROCEDENCIA | JUZGADO TERCERO PENAL DEL CIRCUITO DE QUIBDÓ |
| DECISIÓN | CONFIRMA |
| CIUDAD Y FECHA | Quibdó, dieciocho (18) de mayo de dos mil veintiuno (2021) |

## I. FINALIDAD DE ESTA PROVIDENCIA

Dictar sentencia de segunda instancia dentro de la acción de tutela promovida por MARLIN YADIRA PADILLA CÓRDOBA en contra del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE —SENA—. Dentro de la cual se vinculó a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL —CNSC—, a los CONCURSANTES CARGO OPEC 58360 y a la señora ELENITH MARTÍNEZ LÓPEZ.

## II. ANTECEDENTES

### 1. Hechos de la tutela

Manifestó que es madre cabeza de familia por cuanto tiene a su cargo un hijo de 20 años que estudia psicología en la Universidad Católica Luis Amigó. Relató que desde el 26 de enero de 2018 se vinculó en provisionalidad al SENA – Regional Chocó, Centro de Recursos Naturales Industria y Biodiversidad en calidad de instructora G07. Mediante convocatoria 436 de 2017 la CNSC ofertó el cargo que ocupaba (IDP 58360), declarándolo desierto mediante Resolución 20182120195815 del 24 de diciembre de 2018. El 16 de enero de 2020 la CNSC expidió el criterio unificado sobre "uso de lista de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019", mediante el cual se autorizó al SENA para utilizar las lista de elegibles vigentes en el cubrimiento de las vacantes ofertadas o las que se generaran con posterioridad. El 25 de enero de 2021 solicitó al SENA que se excluyera el cargo que ocupaba, de las ofertadas en la audiencia virtual de escogencia de vacantes. El 05 de marzo de 2021 el SENA le notifica la Resolución 27-00023 del 4 de marzo de 2021, por la cual se da por terminado el nombramiento en provisionalidad al efectuarse el nombramiento en período de prueba de la señora Elenith Martínez López.

### 2. Pretensiones

Solicitó que se tutelaran sus derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada por condición de madre cabeza de familia, igualdad, trabajo, debido proceso, dignidad humana y mínimo vital. Y que, en consecuencia, se ordenara a la entidad accionada implementar acciones afirmativas de protección, vinculándola a un cargo de igual rango y remuneración al que ocupaba.

### 3. Pruebas allegadas a instancia de la accionante

Allegó copias de su cédula de ciudadanía, registro civil de nacimiento de su hijo, declaraciones extrajuicio, resolución de nombramiento, acta de posesión y solicitud al SENA.

## **III.** TRÁMITE EN PRIMERA INSTANCIA

### **1.** Admisión

Mediante providencia del 23 de marzo de 2021 el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Quibdó admitió la acción de tutela, corrió traslado de la misma al accionado SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE —SENA— y a los vinculados COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL —CNSC—, CONCURSANTES CARGO OPEC 58360 y ELENITH MARTÍNEZ LÓPEZ.

### **2.** Contestación

- El SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE —SENA— solicitó que se declarara la improcedencia de la acción por no acreditarse el requisito de subsidiariedad. Indicó que la accionante contaba con la posibilidad de demandar las decisiones adoptadas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Añadió que la condición de madre cabeza de familia prevista en el parágrafo del artículo 2 de Ley 82 de 1993 correspondía a la valoración del operador jurídico y no a la acreditación de alguna formalidad.

- La COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL —CNSC— solicitó su desvinculación por falta de legitimación en la causa por pasiva, puesto que los actos administrativos de nombramiento o las declaratorias de insubsistencia correspondían a la entidad nominadora. Agregó que la accionante se había inscrito al proceso de selección para el empleo denominado instructor grado 1 con código 3010, OPEC 58311 y que no ocupó ninguna posición dentro de la lista de elegibles publicada el 4 de enero de 2019.

### **3.** Sentencia de primera instancia

Mediante sentencia número 008 del 8 de abril de 2021 el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Quibdó declaró improcedente la acción de tutela. Al respecto, manifestó que para la procedencia de la misma debía cumplirse el requisito de subsidiariedad. El cual implicaba que el afectado no dispusiera de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilizara como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Considerando, en tal sentido, que dicho requisito no se cumplía en este caso, puesto que la accionante disponía de los medios judiciales ordinarios, en la jurisdicción contenciosa administrativa. Habiendo evidenciado, además, que no se había demostrado la existencia de un perjuicio irremediable que hiciera procedente por vía de excepción, el amparo solicitado.

## **IV.** IMPUGNACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la accionante solicitó que se revocara la sentencia

impugnada y en consecuencia se le concediera el amparo de sus derechos fundamentales.

## **V.** TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Repartida la impugnación, los extremos litigiosos guardaron silencio hasta la fecha. Se procede entonces en el acto a emitir decisión de fondo en sede de segunda instancia.

## **VI.** CONSIDERACIONES

**1.** Competencia

La Sala es competente para decidir la impugnación interpuesta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia y 32 del Decreto 2591 de 1991. Además, conforme a lo establecido en el Decreto 1069 de 2015[1], modificado por el Decreto 1983 de 2017.

**2.** Problema Jurídico

Determinar si le asiste la razón a la accionante en cuanto a la procedencia de la tutela en el caso concreto. Y si, en tal sentido, ha de revocarse la sentencia impugnada para conceder el amparo pretendido.

**3.** Tesis de la Sala

Se considera que la acción de tutela se torna improcedente en el presente asunto y, en ese orden de ideas, ha de confirmarse la sentencia opugnada.

**4.** Premisas Jurídicas

4.1. <u>Requisitos mínimos para la procedencia de la acción de tutela</u>

El artículo 86 de la Constitución Política establece que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos fundamentales (inciso 1º el artículo 86), cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los casos que señalé la ley (inciso 5º del artículo 86), siempre que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable (inciso 3º del artículo 86). La referida disposición, en concordancia con lo previsto en los artículos 1, 5, 6, 8, 10 y 42 del Decreto 2591 de 1991, contiene, a su vez, los elementos de procedencia de la acción de tutela, entendiendo que estos son: **i) la legitimación en la causa (activa y pasiva), ii) la inmediatez y, iii) la subsidiariedad**[2].

[1] El cual compiló las normas previstas en el Decreto 1382 de 2000.
[2] Corte Constitucional. Sentencia T-244/2017.

4.2. Legitimación en la causa

La legitimación en la causa es la potestad que tiene toda persona para invocar sus pretensiones o para controvertir aquellas que se han aducido en su contra. El primero de los eventos se conoce como la legitimación en la causa por activa y, el segundo, como la legitimación en la causa por pasiva.

En relación con la legitimación en la causa por activa, la jurisprudencia constitucional, de conformidad con lo previsto en el artículo 86 Superior y en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 , ha señalado que la acción de tutela puede ser incoada: (i) de manera directa, es decir, por el titular de los derechos fundamentales que se consideran amenazados o vulnerados; (ii) a través de representante legal, en el caso de los menores de edad, incapaces absolutos, interdictos y las personas jurídicas; (iii) a través de apoderado judicial, caso en el cual el apoderado debe ostentar la calidad de abogado titulado y al escrito de tutela se debe anexar el poder especial para el caso; y, finalmente, iv) por medio de agente oficioso, cuando el afectado en sus derechos no está en condiciones físicas o psicológicas de promover la acción de tutela por sus propios medios. Tratándose de los representantes legales de los menores de edad, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que "los padres pueden promover la acción de tutela para proteger los derechos fundamentales amenazados o vulnerados de sus hijos menores de edad, en ejercicio de la patria potestad".

Respecto de la legitimación en la causa por pasiva en la acción de tutela, los artículos 86 de la Constitución Política y 42 del Decreto 2591 de 1991, prevén que esta se puede promover contra todas las autoridades públicas y, también, contra los particulares que estén encargados de la prestación de un servicio público, cuya conducta afecte gravemente el interés colectivo o, respecto de quienes el solicitante se halle en situación de subordinación e indefensión.

4.3. Inmediatez

Por su parte, la inmediatez exige que la acción de tutela sea promovida en **un tiempo breve**, contado a partir del momento en el que por acción u omisión se produce la amenaza o vulneración de los derechos fundamentales. Ello se explica, en tanto el propósito de la acción de tutela es la protección "inmediata" de los derechos constitucionales fundamentales, siendo entonces inherente a la naturaleza de dicha acción, brindar una protección actual y efectiva de aquellos.

Conforme con esto, a través de la exigencia del requisito de inmediatez se pretende evitar que el recurso de amparo constitucional sea empleado como una herramienta que premie la desidia, negligencia o **indiferencia de los actores**, o se convierta en un factor de inseguridad jurídica, al permitir que la acción de tutela se promueva en un tiempo excesivo, irrazonable e injustificado a partir del momento en que se causó la amenaza o violación de los derechos fundamentales. Si bien la jurisprudencia constitucional ha establecido que no existe término expreso de caducidad para la acción de tutela, también ha precisado que la inmediatez en su interposición sí constituye un requisito de procedibilidad, pues ésta debe ser intentada dentro de un **plazo razonable y oportuno**, lo cual

es coherente con el fin de aquella y la **urgencia manifiesta** de proteger el derecho fundamental amenazado o conculcado.

4.4.Subsidiariedad de la tutela

En virtud de este requisito es necesario verificar previamente que los derechos fundamentales cuya protección se solicita por vía de tutela, **no puedan ser protegidos por los medios ordinarios de defensa previstos en el ordenamiento jurídico**, salvo cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, circunstancia que deberá demostrarse en cada caso. En la sentencia SU-355 de 2015, la Corte unificó su postura respecto del requisito de subsidiariedad[3] y así estableció que este principio responde a las reglas de i) exclusión de procedencia y ii) procedencia transitoria. **Si existe un medio de defensa idóneo y eficaz para resolver el problema jurídico y no existe riesgo de configuración de un perjuicio irremediable, es improcedente**. Cuando no existen mecanismos de defensa idóneos y eficaces para resolver el asunto puesto a consideración, será procedente de manera definitiva. De manera excepcional, cuando la persona disponga de medios de defensa idóneos y eficaces, pero existe riesgo de configuración de un perjuicio irremediable[4].

Lo anterior implica que la idoneidad y la eficacia del otro medio de defensa no pueden ser valoradas en abstracto por parte del juez constitucional, sino que por el contrario, el fallador deberá centrarse en responder si, de acuerdo con las condiciones particulares del accionante, dicho medio le permite ejercer la defensa de los derechos que considera vulnerados de manera oportuna y eficaz. Sin embargo, ha sido enfática la jurisprudencia en indicar que quien alega la vulneración de los derechos, **debe haber agotado todos los medios de defensa disponibles en la legislación para tal efecto, pues no puede la acción de tutela reemplazar los mecanismos ya diseñados por el legislador**.

4.5.Del perjuicio irremediable

Este perjuicio se caracteriza: (i) por ser **inminente**, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; (ii) por ser **grave**, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (iii) porque las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean **urgentes**; y (iv) porque la acción de tutela sea **impostergable** a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad[3].

Al respecto la Corte Constitucional ha señalado que "la informalidad de la acción de tutela no exonera al actor de probar, aunque sea de manera sumaria, los hechos en los que basa sus pretensiones"[4]. Por tanto, la valoración de los requisitos del perjuicio irremediable debe efectuarse tomando en consideración con las circunstancias propias de cada caso, al no ser exigencias que puedan ser verificadas por el juez de tutela en abstracto. Sin embargo, ese grado de exigencia adquiere una

[3] Corte Constitucional. Sentencias T-828/2014.

[4] Corte Constitucional. Sentencias SU-995/1999 y T-1088/2000

menor intensidad cuando se trate de sujetos de especial protección constitucional, dada su debilidad o marginalidad en materia económica, física o mental[5].

## **VII.** CASO CONCRETO

Como se vio en líneas atrás, corresponde al juez de tutela verificar el cumplimiento de los requisitos mínimos de procedencia, cuando en su consideración se ponga una solicitud de amparo tutelar. Por tanto, se analizará si en el presente caso se encuentran acreditadas las circunstancias relativas a la legitimación en la causa, inmediatez y subsidiariedad, para la procedencia de la protección solicitada.

En primer lugar, la accionante goza de legitimación puesto que actúa en nombre propio al solicitar la protección de sus derechos fundamentales presuntamente afectados por parte del SENA. Estando este último legitimado pasivamente, por ser el llamado a responder en caso de comprobarse tal afectación. Con respecto a los vinculados, en caso de ser procedente el estudio de fondo de la acción, se realizará el pronunciamiento que corresponda con respecto a cada uno de ellos.

En segundo lugar, para la procedencia de la acción debe acreditarse el requisito de inmediatez. Si bien es cierto que el acto administrativo que finalmente desvinculó a la accionante de su puesto de trabajo corresponde a la Resolución 27-00023 del 4 de marzo de 2021, la misma fue expedida en cumplimiento de los demás actos proferidos dentro del concurso de méritos, en especial el Criterio Unificado USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DEL 27 DE JUNIO DE 2019, el cual data del 16 de enero de 2020. Así pues, la accionante tuvo la oportunidad de accionar el aparato judicial en la vía correspondiente desde que el cargo entró a concurso o en su defecto, después de la expedición del referido criterio unificado, y pese a ello, solo acudió a este mecanismo después de que se realizara el nombramiento para el cargo que ocupaba, con base en la lista de elegibles.

Por otra parte, tampoco se encuentra superado el requisito de subsidiariedad, que exigía de la accionante el agotamiento de los medios de defensa previstos en el ordenamiento jurídico. Los cuales se encuentran previstos en la jurisdicción contenciosa administrativa. Por lo que, mal podría pretenderse que esta acción constitucional entre a reemplazar la inactividad de la actora, cuando contaba con los mecanismos para hacer valer los derechos que estimaba vulnerados. Máxime al disponer en dicha vía de medidas cautelares idóneas para tal fin.

Sumado a lo descrito en precedencia, la accionante tampoco demostró la configuración de un perjuicio irremediable. Esto es, una amenaza inminente, grave, urgente e impostergable, que ameritara la intervención del juez de tutela. Y, por tanto, la conclusión a la que se arriba es que el amparo pretendido resulta improcedente. En consecuencia, la Sala le impartirá confirmación a la decisión opugnada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Única de Decisión del Tribunal Superior de Distrito judicial de Quibdó, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE:

[5] Corte Constitucional. Sentencias T-083/2004, T-556/2004, T-691/2005, T-996A/2005 y T668/2007

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia número 008 del 8 de abril de 2021 proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Quibdó. Conforme a las consideraciones expuestas en este proveído.

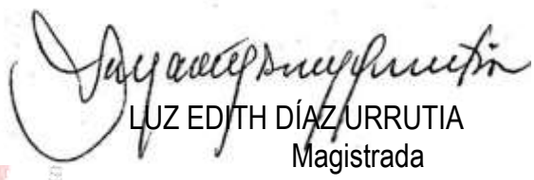
SEGUNDO: NOTIFICAR esta decisión a los interesados por el medio que se considere más expedito y eficaz.

TERCERO: ENVIAR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE[6]

DIEGO JUAN JIMÉNEZ QUICENO
Magistrado

JHON ROGER LÓPEZ GARTNER
Magistrado



LUZ EDITH DÍAZ URRUTIA
Magistrada

**Firmado Por:**

**DIEGO JUAN JIMENEZ QUICENO**
**MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL**
**DESPACHO 4 SALA UNICA TRIBUNAL SUPERIOR QUIBDO**

**JHON ROGER LOPEZ GARTNER**
**MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL**
**DESPACHO 2 SALA UNICA TRIBUNAL SUPERIOR QUIBDO**

**LUZ EDITH DIAZ URRUTIA**
**MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL**
**DESPACHO 3 SALA UNICA TRIBUNAL SUPERIOR QUIBDO**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:
**abf57886acceaaa8c6867be5f3858f28568ef4008d29c0e3d07ee6b52ccab654**
Documento generado en 18/05/2021 01:49:32 PM

[6] Firma de los Magistrados escaneada conforme a las directrices trazadas en el Decreto 806 del 4 de junio de 2020 y por el Consejo Superior de la Judicatura en el Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio de 2020.