

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO PARA ADOLESCENTES CON
FUNCIONES DE CONOCIMIENTO
SANTA MARTA – MAGDALENA

Abril (2) de dos mil diecinueve (2019).

Ref. ACCIÓN DE TUTELA PROMOVIDA POR KIBEN JOSÉ RÚA MOLINA actuando en nombre propio en contra del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA – SUCURSAL MAGDALENA y la UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN, a la cual se vinculó a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC y a los CONCURSANTES DE LA CONVOCATORIA 436 DE 2017 AL CARGO DE INSTRUCTOR DE SOLDADURA CÓDIGO 53904 - RADICADO 47-001-311-8001-2019-00002-00.

El señor KIBEN JOSÉ RÚA MOLINA presentó acción de tutela en CONTRA del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA – REGIONAL MAGDALENA, y la UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN, a fin de que se le ampare su derecho fundamental al debido proceso.

HECHOS

Señaló en compendio el accionante que el 21 de octubre de 2018, realizó la prueba destinada a proveer el empleo de instructor de soldadura OPEC 53904, por intermedio de la universidad de Medellín, la cual fue contratada por el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA, para la aplicación de dicha prueba.

Indicando que en la prueba en mención se le requería realizar una preparación, presentándose una confusión, teniendo en cuenta que en el contexto técnico de su formación como soldador, la palabra “preparar” va relacionada con los términos disponer, organizar, prevenir, arreglar, proyectar, “planificar”.

Afirma que el término preparar, no dirigido en el contexto de la soldadura determina la realización de una actividad.

Sostiene que el 90% de los aspirantes presentaron la misma confusión, ya que entendieron fue planear, mas no ejecutar, argumentando que es lo que significa en el lenguaje técnico de la soldadura.

Alega que para la elaboración de la prueba, se requería "la platina" la cual no se encontraba dentro de los elementos suministrados, y sin ella no era posible realizar el objetivo de la prueba, como lo era preparar "juntas en filete y a tope". Así mismo afirma que tampoco se le suministro la máquina de soldadura adecuada para la realización de los procesos.

Dice que con respecto a la forma de valoración de los resultados se avizora otra inconsistencia, teniendo en cuenta que la guía de orientación al aspirante se determina que la calificación será de 0 a 100, pero en los resultados le registran calificaciones de 3.5-3.6 y 3.4, rubricas que no van con el lineamiento de calificación establecido por el SENA.

Asegura que si una calificación es de 3.5 deberá llevarse a 4.0

Afirmando que se reitera el error al emitir la respuesta a una petición que se realizará a La Universidad de Medellín.

Manifiesta que el SENA y la Universidad de Medellín, vulneraron su derecho al debido proceso, al descalificarlo con una prueba, que no cumplía los requisitos, ni lineamientos establecidos por el mismo ente que profirió los lineamientos y por quien la aplicó.

PETITUM

Amparar su derecho fundamental al debido proceso, y como consecuencia de lo anterior se verifique la validez de la prueba aplicada por el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA, por intermedio de la UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN, lo anterior debido a los vicios de fondo y de forma, aplicados en la prueba para proveer el cargo de instructor de soldadura OPEC 53904, del SENA.

Ordenar al SENA, sucursal Magdalena, decretar la nulidad de las pruebas aplicadas para proveer el empleo de INSTRUCTOR DE SOLDADURA OPEC 53904, del SENA.

Como consecuencia de lo anterior se ordene al SENA, realizar nuevamente la prueba a todos los aspirantes para proveer el empleo de instructor de soldadura OPEC 53904, del SENA, conforme a las directrices determinadas por el SENA tomando como fundamento la guía de orientación al aspirante.

Verificar la validez del método de calificación, debido a que no cumple con lo establecido por el SENA, la guía suministrada por la entidad accionada a los aspirantes.

Requiera al SENA, informe cuales fueron los criterios que utilizó para escoger a los jurados que aplicaron la prueba, si cumplían y eran los idóneos para calificar o no a los aspirantes al empleo de instructor de soldadura OPEC 53904, del SENA.

Reconvenir a esta entidad para que no comentan los mismos errores hacia futuro.

TRÁMITE PROCESAL.

Mediante auto adiado quince (15) de enero de dos mil diecinueve (19), este despacho admitió la presente acción, vinculando a los concursantes al cargo de instructor de soldadura OPEC 53904 del SENA, y ordenó correr el respectivo traslado, por el término de dos (2) día con el fin de que se pronunciaran con respecto a los hechos expuestos por el accionante, a fin de garantizar el debido proceso.

Mediante auto adiado diecisiete (17) de enero de la anualidad que avanza, se vinculó a la presente acciona a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, ordenando correrle el traslado respectivo por el término de dos (2) días, a fin de que se pronunciaran respecto de los hechos expuestos por el accionante.

RESPUESTA DEL SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA.

Al descorrer el traslado manifestó en compendio que el SENA en su calidad de entidad participante se adhiere a las respuestas que sobre la presente acción otorgue la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC, dado que la aplicación de las pruebas es competencia de la Universidad o Institución competente encargada de aplicar las pruebas, esta última contratada por dicha comisión.

RESPUESTA DE LA UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN.

En síntesis manifestó que las pruebas realizadas se encuentran revestidas de presunción de legalidad y no es en sede de tutela donde se pueda controvertir la idoneidad de las mismas. Solicitando al despacho desestimar las pretensiones y se declare improcedente.

Así mismo subsidiariamente solicita negar el amparo, argumentando que el accionante persigue a través de la tutela un fin que excede la naturaleza y finalidad de la misma.

RESPUESTA DE LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL.

Manifestó en compendio que el accionante reprocha la realización de la prueba técnico- pedagógica de la Convocatoria No 436 de 2017- SENA. Señala que la Comisión Nacional del Servicio Civil en uso de sus competencias Constitucionales y Legales procedió a adelantar el Concurso Abierto de Méritos para proveer las vacantes definitivas del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA, expidiendo para tal efecto el Acuerdo No. 20171000000116 del 24 de julio de 2017, modificado por los Acuerdos Nos. 20171000000146 del 05 de septiembre de 2017, 20171000000156 del 19 de octubre de 2017 y 20181000000876 del 19 de enero de 2018, los cuales se encuentran publicados en la página Web de la CNSC. Estableciendo dichos Acuerdos los lineamientos y parámetros respecto a la realización de la Convocatoria.

Asevera que de conformidad con lo establecido en el numeral 1o del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, la Convocatoria es norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para su realización y a los participantes.

Alega que la acción de tutela no es la vía idónea para cuestionar la legalidad de dichos Actos Administrativos, los cuales a la fecha se encuentran en firme y surten efectos jurídicos, toda vez que no han sido suspendidos ni declarados nulos.

Asegura que el mecanismo jurídico no es otro que el previsto en la Ley 1437 de 2011 - Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Art. 138, medio de control. Nulidad y restablecimiento del derecho, como quiera que lo perseguido en el caso de marras se encuentra encaminado a atacar la legalidad de los actos administrativos expedidos por la CNSC en desarrollo de la Convocatoria, particularmente en lo que hace relación a su calificación en la etapa de pruebas de competencia básicas y competencias funcionales, por lo que la situación puesta, a consideración de este Despacho comporta una situación jurídica derivada del concurso de méritos, lo que de suyo implica que no puede el Juez de Tutela, per se, abrogársela competencia para efectuar un juicio de legalidad de dichas actos administrativos, en la medida que dicha facultad se encuentra radicada única, exclusiva y excluyente en los jueces administrativos, y es ante dicha jurisdicción y a través del medio de control antes referido donde debe discutirse la legalidad o ilegalidad de los precitados pronunciamientos de la administración.

Finalmente solicita declarar la improcedencia de la presente acción, o en su defecto declarar que las pretensiones de la acción no estén llamadas a prosperar.

Posteriormente a través de sentencia adiada veintiocho (28) de enero de dos mil dieciocho (2018), este juzgado resolvió declarar improcedente, la acción de tutela, el accionante al serle desfavorable impugnó dicha decisión, la cual al ser revisada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta – Sala de Asuntos Penales para Adolescentes, declaró la nulidad de lo actuado en primera instancia a partir de la sentencia de fecha 28 de enero de 2019, inclusive, ordenando devolver el expediente al juzgado de origen a fin de reponer la actuación viciada, debiendo integral el contradictorio de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de dicha providencia.

Recibido el expediente, mediante auto de fecha diecinueve (19) de marzo de dos mil diecinueve (2019) se realizó el tramite respectivo, de conformidad a lo dispuesto por el superior, ordenando a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC- notificar a través de su página WEB, destinada para tal fin, a los concursantes al cargo de Instructor de Soldadura, código OPEC 53904 del SENA, Convocatoria No 436 de 2017 – SENA, su vinculación a la presente acción constitucional, corriéndoles el traslado respectivo, concediéndoles el término de dos (2) días para que se pronunciasen respecto de los hecho expuestos por el accionante.

Aparece a folio 125 -126 (reverso), la constancia de haberse realizado la notificación de los concursantes al cargo de Instructor de Soldadura, código OPEC 53904 del SENA, Convocatoria No 436 de 2017 – SENA., por parte de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL a través de su página web, los cuales guardaron silencio.

PRUEBAS

Las pruebas radicadas en esta Acción de Tutela obran a folios 08-46, 49-55, 69-72, 125- 126 (reverso), del cuaderno principal.

No existiendo otra actuación que resaltar se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Problema jurídico

A partir de lo anterior, corresponde a este despacho determinar si ¿El SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA, la UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN, o la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, vulneraron el derecho fundamental al debido proceso, del accionante en las pruebas realizadas, para proveer el empleo de instructor de soldadura OPEC 53904, del SENA?

En la sentencia T-386/16, la Corte Constitucional se pronunció en el siguiente sentido:

“Procedibilidad de la acción de tutela contra actos administrativos en el desarrollo de concursos de méritos. Principio de subsidiaridad. Reiteración de jurisprudencia.

3.1 La Corte ha señalado desde sus primeros pronunciamientos que la acción de tutela tiene un carácter subsidiario debido a que su objeto no es el de reemplazar a los medios judiciales ordinarios con los que cuentan los ciudadanos.¹ En este sentido, ha indicado que ante la existencia de otros medios de defensa judicial la acción de tutela por regla general no es procedente. Lo anterior, sustentado en lo dispuesto en el artículo 86 Constitucional que señala que la acción de tutela *“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”*. Dicho mandato fue reiterado en el desarrollo normativo de la acción de tutela en el numeral 1° del artículo 6 del decreto 2591 de 1991².

3.2 También ha advertido este Tribunal que la tutela no constituye un mecanismo o una instancia para definir aquellos conflictos que la ley ha establecido como competencia de otras jurisdicciones. Esto, por cuanto el ordenamiento jurídico dispone la existencia de jurisdicciones diferentes a la constitucional, que de forma especializada atienden cada uno de los diferentes conflictos que los ciudadanos elevan ante la administración de justicia. Pero precisando además, que las decisiones de todas las autoridades, incluidas por supuesto las judiciales, deben someterse al ordenamiento jurídico (arts. 4° y 230 C.N.), marco dentro del cual los derechos fundamentales tienen un carácter primordial.³

De manera que si los procesos ordinarios están diseñados para solucionar los conflictos jurídicos y por tanto para proteger los derechos de las personas, la tutela no puede ser empleada como un mecanismo alternativo o complementario.⁴ Bajo esta premisa, la procedencia de la tutela está supeditada a que para su ejercicio se hayan agotado todas las instancias y los recursos con los que cuenta el afectado para la protección de sus derechos.⁵

3.3 No obstante lo anterior, esta Corporación ha precisado que debido al objeto de la acción de tutela, esto es, la protección efectiva de los derechos fundamentales de las personas, al analizar su procedibilidad es necesario valorar en cada caso concreto su viabilidad o no. Ello, debido a que no basta

¹ Sentencia T-001 de 1992 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

² Al respecto dispone esta norma que “[l]a acción de tutela no procederá (...) Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.”

³ Sentencia T-590 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁴ Sentencias C-543 de 1993 M.P. Jorge Arango Mejía y T-590 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁵ Sentencias C-590 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-858 de 2010 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, T-179 de 2009 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-510 de 2006 M.P. Álvaro Tafur Galvis, y T-590 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

con la existencia del medio ordinario de defensa judicial, pues habrá que determinar (i) si este es idóneo y eficaz, y en última instancia, (ii) la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable que ponga en riesgo la afectación de los derechos fundamentales de las personas.⁶

3.3.1 En el primer caso, la Corte ha precisado que la tutela procede cuando un medio de defensa judicial no es idóneo o eficaz para proteger los derechos fundamentales del accionante. Y además ha explicado que la *idoneidad* hace referencia a la aptitud material del mecanismo judicial para producir el efecto protector de los derechos fundamentales, lo que ocurre cuando el medio de defensa se corresponde con el contenido del derecho.⁷ Respecto a la *eficacia*, se ha indicado que se relaciona con el hecho de que el mecanismo esté diseñado de forma tal que brinde de manera oportuna e integral una protección al derecho amenazado o vulnerado.⁸

De manera que, para determinar la concurrencia de estas dos características del mecanismo judicial ordinario, deben analizarse entre otros aspectos: los hechos de cada caso; si la utilización del medio o recurso de defensa judicial existente ofrece la misma protección que se lograría a través de la acción de tutela⁹; el tiempo de decisión de la controversia ante la jurisdicción ordinaria; el agotamiento de la posibilidad de ejercicio del derecho fundamental durante el trámite¹⁰; la existencia de medios procesales a través de los cuales puedan exponerse los argumentos relacionados con la protección de los derechos fundamentales¹¹; las circunstancias que excusen o justifiquen que el interesado no haya promovido o no espere promover los mecanismos

⁶ Consultar las sentencias T-589 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-590 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁷ Ver entre otras las sentencias T-999 de 2000 M.P. Fabio Morón Díaz, T-847 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-972 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-580 de 2006 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-068 de 2006 M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-211 de 2009 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, SU-961 de 1999 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, T-589 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-590 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Por su parte, Botero considera que un medio de defensa judicial *idóneo* es aquel que garantiza la definición del derecho controvertido y que en la práctica tiene la virtualidad de asegurar la protección del derecho violado o amenazado, o, en otros términos, es el camino adecuado para el logro de lo que se pretende, *Cfr.* Botero, Catalina, La acción de tutela en el Ordenamiento Constitucional Colombiano, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, 2006, P. 108.

⁸ Ver, entre otras, las sentencias T-106 de 1993 M.P. Antonio Barrera Carbonell, T-280 de 1993 M.P. Hernando Herrera Vergara y T-847 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-425 de 2001 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-1121 de 2003 M.P. Álvaro Tafur Galvis, T-021 de 2005 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-514 de 2008 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-211 de 2009 M.P. Mauricio González Cuervo, T-858 de 2010 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, T-160 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-589 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-590 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Nuevamente trayendo a colación el concepto de Botero, la autora sostiene que la *eficacia* está relacionada con que el medio judicial ordinario proteja de manera integral, vigorosa y oportuna el derecho fundamental que aparece vulnerado o es objeto de amenaza por virtud de una acción u omisión de una autoridad pública o de particulares en los casos señalados por la ley. Respecto a la diferencia entre idoneidad y eficacia, Botero sostiene que esta última "*está relacionada con la protección oportuna del derecho, mientras la idoneidad se refiere a la protección adecuada del mismo.*" *Op. Cit.* Botero, Catalina.

⁹ Ver sentencias T-414 de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón, T-384 de 1998 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, T-822 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-068 de 2006 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁰ Ver sentencias T-778 de 2005 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-979 de 2006 M.P. Nilson Pinilla Pinilla, T-864 de 2007 M.P. Nilson Pinilla Pinilla y T-123 de 2007 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

¹¹ Ver sentencias T-966 de 2005 M.P. Álvaro Tafur Galvis, T-843 de 2006 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-436 de 2008 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-809 de 2009 M.P. Juan Carlos Henao Pérez, T-816 de 2010 M.P. Nilson Pinilla Pinilla y T-417 de 2010 M.P. María Victoria Calle Correa.

ordinarios que tiene a su alcance¹²; la condición de sujeto de especial protección constitucional del peticionario que exige una particular consideración de su situación¹³.”

CASO CONCRETO

El accionante presentó acción de tutela a fin de que se le ampare el debido proceso, el cual estima conculcado, ordenando al SENA, Regional Magdalena, decretar la nulidad de las pruebas aplicadas para proveer el empleo de INSTRUCTOR DE SOLDADURA OPEC 53904, y realizarlas nuevamente, alegando no encontrarse conforme con el trámite impartido y la forma en que se calificó, pretendiendo por medio de la acción de tutela atacar actos administrativos que se encuentran en firme.

De conformidad con la jurisprudencia anteriormente anotada, la tutela procedería solo si concurren los requisitos esenciales, tales como la urgencia, la inminencia, la gravedad y la impostergabilidad. Analizado el caso en estudio, estos requisitos no se encuentran, ni siquiera fueron mencionados por el accionante, como tampoco se evidencia la ocurrencia de un perjuicio irremediable al acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Además que se advierte la existencia de otro medio de defensa judicial como lo ha señalado la jurisprudencia nacional, la vía para tal cometido es la acción de nulidad y restablecimiento de derecho, ante el juez competente y no ante el juez constitucional, el cual no puede invadir la esfera destinada por el legislador para tal fin, en atención a que la acción de tutela tiene un carácter subsidiario, debido a que su objeto no es el de reemplazar a los medios judiciales ordinarios con los que cuentan los ciudadanos., por lo tanto no puede la acción constitucional utilizarse como un mecanismo alterno o complementario

Por lo anterior, es dable colegir como antes se anotó que no es procedente el amparo constitucional invocado, razón por la cual se declarará su improcedencia como en efecto se hará en la parte resolutive de esta providencia

En mérito de lo expuesto, la Jueza Primera Penal del Circuito Para Adolescentes de Santa Marta administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato constitucional,

¹² Ver, entre otras, las sentencias T-512 de 2009 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-039 de 1996 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

¹³ Ver, entre otras, las sentencias T-656 de 2006 M.P. Jaime Araujo Rentería, T-435 de 2006 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-768 de 2005 M.P. Jaime Araujo Rentería, T-651 de 2004 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, y T-1012 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett, T-329 de 1996 M.P. José Gregorio Hernández Galindo; T-573 de 1997 M.P. Jorge Arango Mejía, T-654 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y T-289 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela interpuesta por KIBEN JOSÉ RÚA MOLINA actuando en nombre propio en contra del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA, Y LA UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN, en la cual fue vinculada la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL., de conformidad a las consideraciones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: Notifíquese a las partes por el medio más expedito y eficaz.

QUINTO: Enviése a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión dentro del término de ley, en caso de no ser impugnada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


BIBIANA GÓMEZ ESCOBAR
JUEZA

RADICADO 47-001-311-8001-2019-00002-00