



JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO PARA ADOLESCENTES DE CONOCIMIENTO

Bucaramanga, veintinueve (29) de junio de dos mil veintiuno (2021)

ASUNTO

Procede resolver acción de tutela formulada por la señora DIANA MILENA MEJIA CABEZA en contra de la COMISION NACIONAL DE SERVICIO CIVIL – CNSC y el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA, por la presunta violación a sus derechos de PETICIÓN Y DEBIDO PROCESO.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

La señora **DIANA MILENA MEJIA CABEZA** manifestó haber participado en la Convocatoria 436 de 2017- SENA, por medio de la cual se ofertó entre otros, la vacante del cargo denominado instructor código 3010 G en servicio de alojamiento, identificado con la OPEC No. 60069, habiendo obtenido el segundo puesto, existiendo una única vacante para esa categoría.

Añadió que habiéndose suplido este cargo, quedó ubicada por dos años en primera posición dentro de la lista de elegibles -Resolución No. CNSC201882120190725 del 24 de diciembre de 2018 -, que estuvo vigente hasta el 14 de enero de 2021.

Señaló que con posterioridad al Proceso de Selección, se identificó una vacante no convocada, identificada bajo el número de planta global IDP 7351 ocupada en provisionalidad en el área de servicios de alojamiento, en la Regional Santander, mismo Centro de formación de la OPEC 60069 en la que participó, por lo que procedió a reclamar a las accionadas el uso de la lista de elegibles para el nombramiento en periodo de prueba, lo que fue negado.



Indicó que en consideración a lo anterior, promovió acción de tutela, resolviendo el Tribunal Administrativo de Santander revocar el fallo de primera instancia y amparar sus derechos fundamentales, para que en uso de la lista de elegibles fuera nombrada en periodo de prueba en la IDP 7351, asunto que no se concretó en la realidad, por lo que interpuso incidente de desacato que no prosperó, atendiendo a que las demandadas argumentaron que no había cargos equivalentes del mismo perfil en SERVICIO DE ALOJAMIENTO.

Advirtió que contrario a lo referido, en el anexo se observa que la vacante era informada como servicio de alojamiento, recalcando que el SENA refirió que para la IDP 7153 no había vacantes porque fue perfilada como turismo, siendo la OPEC 60069 de servicio de alojamiento, aduciendo que por ello no correspondía al mismo empleo, ni había equivalencia.

Acotó que es deber de todas las entidades reportar ante la CNSC durante un término de 10 a 15 días los cargos vacantes de cada OPEC, siendo así que el identificado con la IDP 7153 debería haber sido comunicado como vacante desde el año 2018, no obstante lo cual no aparece reportado en los registros de la entidad, ni surtió el proceso de cambio de perfil a TURISMO al interior del SENA, habiendo vencido las listas el pasado 14 de enero de 2021, sin que tampoco ningún elegible de turismo fuera llamado a ocuparlo, siendo el cargo originalmente de servicio de alojamiento.

Refirió así que al no haber prosperado el incidente promovido, quedando en el aire el fallo que amparó sus derechos, el 22 de marzo de 2021 elevó derecho de petición ante la CNSC, solicitando se le informara respecto a la vacante no convocada por el SENA con la IDP 7351 – Instructor Código 3010 -, el número de OPEC con que se registró para un nuevo concurso, el perfil o área temática reportada y la fecha del reporte en SIMO, a la vez que peticionó se le indicara el tiempo del que disponía el SENA para reportar una vacante definitiva no convocada, una vez se generara la novedad como vacante definitiva de carrera, recibiendo una respuesta que no fue de fondo ni concreta, permaneciendo en la indefinición su inquietud sobre si se había o no reportado



el cargo y en qué área temática – con el fin de confirmar la versión del SENA, en relación a que había sido perfilado a turismo -.

Añadió que atendiendo a que en el SENA el cambio de un perfil de cargo tiene como procedimiento solicitar autorización ante la ENI, quien da la viabilidad y autoriza el trámite por necesidad del servicio, el 10 de mayo de 2021 elevó derecho de petición, ante el Coordinador de la ESCUELA NACIONAL DE INSTRUCTORES – SENA solicitando información sobre el trámite interno surtido respecto de la IDP 7153 - para el cambio de perfil de SERVICIO DE ALOJAMIENTO a TURISMO -, indicando este haber remitido la petición al Grupo de Relaciones Laborales, sin que a la fecha se le diera respuesta alguna, pronunciamiento con el que espera se pruebe si el cambio de perfil se dio con respeto al debido proceso y no solo para eludir el fallo que amparó sus derechos.

Recalcó así que las accionadas no dieron respuesta de fondo a lo por ella solicitado, requiriendo la intervención del juez constitucional para el amparo de su derecho de petición.

Remarcó además el desconocimiento al debido proceso, aduciendo que las entidades evadieron el cumplimiento del fallo proferido por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER, lo que le impidió gozar del acceso al cargo no convocado, pues no existe trazabilidad del procedimiento efectuado para el cambio de perfil, para invocar la no equivalencia y desconocer la prioridad del mérito, así como el cumplimiento del fallo de tutela a su favor.

PRETENSIÓN

Solicitó la accionante se tutelaran sus derechos de petición y debido proceso, y en consecuencia se ordenara i) a la CNSC, emitir en el término de 48 horas una respuesta a la solicitud elevada el 22 de marzo de 2021, indicándole si la IDP 7153 fue o no reportada ante la OPEC de la entidad, señalando en caso afirmativo el área o perfil en que se encuentra – pronunciamiento que refirió



debía ser congruente con la Circular Externa 0001 del 21 de febrero de 2020, el reporte de vacantes en el SIMO y la Circular 012 del 10 de octubre de 2020- y ii) al SENA emitiera una respuesta a la solicitud del 12 de mayo de 2021, precisando si se llevó a cabo el procedimiento por parte de la ENI para la autorización del cambio de perfil del cargo IDP 7153 de servicio de alojamiento a turismo – destacando la congruencia que debe guardar la contestación con autorizaciones realizadas anteriormente en el marco de sus funciones, precisando si el cambio de perfil a TURISMO fue reportado oportunamente a la CNSC -.

Elevó además como pretensión, que en el evento de determinarse que la CNSC no tiene reportado el cambio de perfil de la IDP 7153, para INSTRUCTOR EN TURISMO, o que se constate que este fue reportado con posterioridad al fallo del H. Tribunal Administrativo de Santander, o luego de la vigencia de la lista de elegibles el 14 de enero de 2021, así como en el caso de no haberse adelantado oportunamente trámite alguno ante la ENI para el cambio de perfil, se ordene a las accionadas, mantener originalmente el cargo en instructor de servicio de alojamiento, dando continuidad al trámite de nombramiento de quienes se encuentren en orden de elegibilidad dentro de la Convocatoria 436 de 2017 con la OPEC 60069, y en el evento de ser trasladado a otra dependencia, retornarlo para el cumplimiento del fallo.

PRUEBAS

- 1-. Fotocopia cedula de ciudadanía DIANA MILENA MEJIA CABEZA.
- 2-. Resolución N° CNSC 20182120190725 del 24 de diciembre de 2018, por la cual se conforma una lista de elegibles para proveer una vacante del empleo identificado con el código OPEC 60069.
- 3-. Respuesta al derecho de petición presentado el 14 de febrero de 2020, con radicado No 68-2-2020-004004 de fecha 26 de febrero de 2020, suscrito por el COORDINADOR DEL GRUPO DE APOYO ADMIN, MIXTO DEL SENA.



4-. Auto de fecha 14 de enero de 2021 proferido por el JUEZ SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA, en el proceso de radicado 680013333007-2020-00144-00.

5-. Respuesta a derecho de petición Radicado: 7-2020-091955, dirigida a la señora DIANA MILENA MEJIA CABEZA, por el COORDINADOR DEL GRUPO DE RELACIONES LABORALES SENA.

6-. Derecho de petición dirigido por la accionante a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, de fecha 22 de marzo de 2021 Rad: 20213200593022.

7-. Respuesta a derecho de petición de fecha 10 de mayo de 2021, dirigida a la señora DIANA MILENA MEJIA CABEZ por el DIRECTOR DE ADMINISTRACIÓN DE CARRERA ADMINISTRATIVA DE LA CNSC. Rad: 20211020644031.

8-. Correo electrónico de fecha 12 de mayo de 2021, remitiendo derecho de petición de la accionante.

9-. Correo electrónico de fecha 10 de mayo de 2021, que contiene derecho de petición elevado por la accionante al COORDINADOR ENI SENA.

10-. Correo electrónico dirigido a la accionante, comunicándole la remisión de su solicitud a la CNSC por competencia.

11-. Circular externa No. 001 de 2020 de la CNSC.

12-. Auto No. 0741 de 2020 proferido por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

TRAMITE

Mediante proveído del 15 de junio de 2021 se dispuso admitir la acción de tutela interpuesta, comunicándole al COMISIONADO PRESIDENTE DE LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, COMISIONADO DR FRIDOLE BALLEEN



DUQUE y al DIRECTOR DE ADMINISTRACIÓN DE CARRERA ADMINISTRATIVA de la misma entidad, así como al DIRECTOR GENERAL DEL SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA, al COORDINADOR DE LA ESCUELA NACIONAL DE INSTRUCTORES – ENI y al DIRECTOR DEL GRUPO DE RELACIONES LABORALES DEL SENA, el inicio del trámite para que ejercieran los derechos de contradicción y defensa de la entidad que representan; de igual forma se les solicitó informaran si a la fecha habían suministrado una contestación de fondo a cada uno de los planteamientos contenidos en las peticiones de fecha 22 de marzo de 2021 – dirigida a la CNSC- y 10 de mayo de 2021 – dirigida al SENA -, aportando en caso afirmativo la misma y constancia de su notificación a la accionante.

Se ordenó además vincular al trámite como tercero con interés legítimo en el proceso al JUZGADO SEPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE BUCARAMANGA, a la señora EUMELIA AGUILAR, y a quienes conforman la lista de Elegibles para proveer vacantes definitivas del empleo denominado Instructor Código 3010 Grado 1 del SENA Ofertado a través de la Convocatoria N° 436 de 2017 con el Código OPEC No.60069, corriéndoseles traslado de la demanda para que se pronunciaran sobre los hechos y pretensiones, ordenando para el efecto al PRESIDENTE DE LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL publicara en la página web de la entidad, copia del auto admisorio y del escrito de la demanda y sus anexos, para que quienes se encuentran en la lista de elegibles en el cargo referido, pudieran hacerse parte dentro del trámite constitucional, pronunciándose dentro de las 48 horas siguientes a partir de la publicación.

Se ofició igualmente al DIRECTOR GENERAL DEL SENA para que aportara los datos con los que contara – dirección, correo electrónico y número telefónico – de la señora EUMELIA AGUILAR –, quien se encuentra ocupando según se refiere en el libelo, el cargo en provisionalidad identificado con la IDP 7351.



Por otra parte se solicitó al JUZGADO SEPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE BUCARAMANGA remitiera copia de los fallos de primera y segunda instancia correspondientes a la acción de tutela de radicado 680013333007-2020-00144-00, así como del proveído que resolvió el trámite incidental de desacato promovido por la señora DIANA MILENA MEJIA CABEZA.

1-. El **JUEZ SEPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA** señaló que el fallo proferido por el Despacho a su cargo el 6 de octubre de 2020 fue impugnado por la accionante y remitido al H. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER, que el 26 de noviembre de 2020 dictó sentencia.

Añadió que la accionante interpuso incidente de desacato, al que se determinó no darle apertura mediante auto del 14 de enero de 2021, remitiendo para el efecto el link de acceso al expediente judicial de radicado 68001333300720200014400.

2-. La señora **DIANA MILENA MEJIA CABEZA** allegó memorial dando alcance a la acción de tutela promovida, precisando que ante los hechos narrados y la respuesta de la ENI – sobre no contar con la información solicitada del cambio de perfil a turismo informado por el SENA -, se desprende que solo por una afirmación no soportada en el debido proceso sin ninguna trazabilidad, no se dio cumplimiento al fallo proferido por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO y no prosperó el incidente de desacato propuesto.

Cuestionó además que si la CNSC no tuvo conocimiento del cambio de perfil a turismo, cómo realizó en respuesta al desacato lo que denominó como un estudio del cargo identificado con la IDP 7351, recalcando que la respuesta dada a su derecho de petición no fue de fondo ni concreta.

Solicitó además que de ampararse sus derechos, se incluyera subsidiariamente, la orden de conminar al SENA, para que en caso de existir



en la planta global de la entidad vacantes disponibles de instructor Código 301, y en la medida de lo posible, dada la condición de especial protección de la señora EUMELIA AGUILAR, se le reubicara y trasladara a otro cargo en forma temporal hasta que sea provisto por concurso de méritos; de este pronunciamiento se corrió traslado a los accionados y vinculados.

3- El **ASESOR DE LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL** refirió que la demandante cuenta con una simple expectativa de que durante la vigencia de la lista pueda esta ser utilizada para proveer “el mismo empleo”, sin embargo ello no da origen al derecho de su nombramiento, máxime cuando la lista de la cual hace parte perdió ejecutoria.

Añadió que que desconoce la entidad la existencia de vacante alguna, pues no se encuentra dentro de la órbita de sus competencias, la coadministración de las plantas de personal, careciendo de falta de legitimación en la causa por pasiva, cuestionando a su vez el presupuesto de la inmediatez, habiendo promovido la accionante la demanda hasta el mes de junio de 2021, cuando conocía de la firmeza de la lista desde enero del año en curso.

Recalcó que la controversia gira en torno a la normatividad que rige el concurso de méritos, la vigencia, firmeza y uso de las listas de elegibles, lo que se encuentra reglamentado en el Acuerdo rector del concurso, así como en el Criterio Unificado del 16 de enero de 2020, actos administrativos de carácter general respecto de los cuales cuenta la accionante con un medio idóneo para controvertirlos, no siendo la tutela la vía indicada para cuestionar su legalidad, más cuando no demostró esta la inminencia, urgencia y gravedad del asunto, así como la existencia de un perjuicio irremediable, pues estar dentro de una posición meritoria no da origen a su nombramiento, situación que puede o no darse.

Por otra parte refirió que no resulta procedente el uso de listas solicitado para la conformación de nuevas vacantes, pues con ello se daría aplicación a la Ley 1969 de 2019 de manera retrospectiva, cuando la Convocatoria del SENA



inició con anterioridad a su entrada en vigencia, por lo que las listas de ella derivadas solo pueden ser utilizadas para proveer vacantes de los empleos ofertados en el proceso de selección o para cubrir vacantes de los “mismos empleos”, y no para empleos creados con posterioridad y equivalentes como lo pretende la accionante.

Destacó a su vez que la lista de elegibles cobró firmeza el 15 de enero de 2019, por lo que tuvo vigencia hasta el 14 de enero de 2021, siendo así que todos los aspirantes que se encuentran en la misma, perdieron su calidad de elegibles; indicó que además durante la vigencia de la lista, no se reportó movilidad en esta por parte del SENA, por ningún tipo de novedad.

Refirió que en relación al derecho de petición elevado por la accionante el 22 de marzo de 2021, se entregó una respuesta oportuna, clara y de fondo, remitida al correo electrónico por ella informado, solicitando en consecuencia se declarara improcedente el amparo promovido.

4-. El COORDINADOR DEL GRUPO REGIONAL DE GESTIÓN DE TALENTO HUMANO DEL SENA- REGIONAL SANTANDER refirió que de conformidad con la Convocatoria N° 436 de 2017, los aspirantes solamente podían inscribirse a un empleo público, siendo cada OPEC diferente.

Añadió que de conformidad con el Decreto 1083 de 2015, la lista de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, durante su vigencia, solo pueden ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, recalcando que, según el Criterio Unificado de la CNSC, la Ley 1960 del 27 de junio de 2019, solo es aplicable a los nuevos concursos de méritos que se adelanten.

Manifestó además que las listas de elegibles tienen una vigencia de dos años a partir del momento en que adquiriera firmeza, vencido lo cual no es posible



proveer el empleo a través del uso de las mismas y se deberá surtir un nuevo proceso de selección.

Precisó que el nombramiento de la señora EUMELIA AGUILAR VARGAS se hizo en cumplimiento de un fallo de tutela que ordenó reubicar en el cargo de instructor grado 01-20 IDP7351 del CENTRO DE TECNOLOGÍAS AGROINDUSTRIALES DE LA REGIONAL VALLE, el CENTRO DE SERVICIOS EMPRESARIALES Y TURISTICOS DE LA REGIONAL SANTANDER, con el fin de trasladarla a este empleo – es decir se le ubicó en una vacante de otro centro de formación que se trasladó para acatar la sentencia -, por lo que no pertenece el mismo el IDP 7351 al Centro de Servicios Empresariales y Turísticos de la Regional Santander, estando relacionada la OPEC 60069 con el CSET IDP 11819.

Anotó que cuenta la accionante con otros medios de defensa judicial contra las decisiones que cuestiona, pudiendo acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa, dado el carácter excepcional de la acción de tutela, máxime cuando no acreditó la causación de ningún perjuicio irremediable, ni la vulneración de sus derechos fundamentales, habiendo contado con dos años para realizar su reclamación.

Destacó que desde la preinscripción conocía la accionante que solo podía inscribirse en una sola OPEC y que bajo su responsabilidad debía consultar los empleos a proveer mediante el concurso de méritos, lo que esta aceptó, sin que se pueda acceder a lo pretendido porque cada OPEC tiene un núcleo básico de conocimiento diferente y una experiencia específica, además porque implicaría ello vulnerar los derechos quienes participaron en la convocatoria bajo códigos OPEC diferentes, siendo la convocatoria la norma reguladora de todo concurso que obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para su realización y a los participantes, solicitando se denegara el amparo promovido por improcedente.

5- La señora **EUMELIA AGUILAR VARGAS** señaló encontrarse ocupando el cargo de instructor identificado con el IDP 7351, en provisionalidad,



conociendo que ello no le genera derechos de carrera y cede preferentemente ante la lista de elegibles de un concurso de méritos.

Refirió que en caso de fallarse a favor de la accionante, quedaría esta excluida del cargo, lo que ya debió vivir en una oportunidad, cuando se posesionaron los elegibles de la Convocatoria 436 de 2017 SENA, habiendo fallado el JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO en una acción de tutela por ella interpuesta, conminar al SENA para que en la medida de que hubiese vacantes, la reubicara en un cargo de similares características al que para la fecha de la desvinculación se encontraba desempeñando, si para el momento del retiro o de su posible nombramiento acreditaba su calidad de madre cabeza de familia o persona afectada con enfermedad catastrófica, disposición en cumplimiento de la cual fue nombrada en la IDP 7351.

Solicitó en consecuencia se protegiera su condición de madre cabeza de familia, víctima desplazada por la violencia y además dada la enfermedad catastrófica que sufre su hijo DIEGO ALFONSO GARCIA AGUILAR, quien padece la enfermedad de Crohn, y depende de ella para su sostenimiento, reposando en el SENA todos los soportes que le confieren una estabilidad laboral reforzada.

Elevó como pretensión se conminara al SENA, que en caso de existir en la planta global de la entidad vacantes disponibles de instructor Código 3010, y en la medida de lo posible dada la especial protección que merece, sea trasladada a un cargo de forma temporal hasta que sea provisto por concurso de méritos.

6- La señora **DIANA MILENA MEJIA CABEZA** allegó memorial señalando que el 21 de junio de 2021, recibió respuesta del SENA- GRUPO DE RELACIONES LABORALES, la que indicó no es de fondo ni concreta, y se presta para generar confusión en cuanto al procedimiento que se cuestiona del cambio de perfil de la IDP 7351.



Refirió que en la respuesta se indica que el cambio de perfiles y su autorización corresponde a la DIRECCIÓN DE FORMACION PROFESIONAL, en lo que el GRUPO DE RELACIONES LABORALES no tiene injerencia, omitiendo que aquel hace parte de esta dependencia, siendo la ENI quien aprueba los perfiles de instructor, como se desprende de unos ejemplos que referenció, siendo así que no medió el procedimiento para el cambio de perfil, y fue solo una respuesta dada para dejar el fallo proferido por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER en el vacío.

7-. El COORDINADOR DEL GRUPO DE GESTIÓN DE TALENTO HUMANO DE LA REGIONAL SANTANDER DEL SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA dando alcance a su primer informe, allegó respuesta suministrada al derecho de petición elevado por la accionante, y constancia de su notificación.

CONSIDERACIONES

La Constitución Política, en su artículo 86 consagra la acción de tutela como un mecanismo de defensa judicial al que pueden acudir quienes reclamen la protección inmediata de sus derechos fundamentales cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, por particulares encargados de la prestación de un servicio público o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

Corresponde al Despacho determinar si los derechos de PETICIÓN y al DEBIDO PROCESO de la señora DIANA MILENA MEJIA CABEZA han sido vulnerados por la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA, al haber omitido - según se aduce en el libelo - dar una contestación de fondo y concreta a lo por ella solicitado ante estas entidades, y haberse además efectuado el cambio de perfil de la IDP 7153, con posterioridad a la vigencia de la lista de elegibles, sin atender el procedimiento para ello contemplado, dejando en el vacío el fallo de tutela que amparó sus derechos, al determinar sin soporte alguno que no era este un cargo



equivalente al que se postuló, cuando se trató de una vacante no convocada que no aparece en los registros de la entidad, y cuyo proceso de cambio de perfil no se surtió adecuadamente al interior del SENA.

En este punto es de advertir que por regla general no es este el medio para controvertir decisiones administrativas tomadas en el curso de un proceso de selección dentro de un concurso de méritos, no obstante lo cual excepcionalmente procede el amparo constitucional de acuerdo a las circunstancias específicas de cada caso, al evaluar la idoneidad de los demás mecanismos de defensa judicial ante la existencia de un perjuicio irremediable y la necesidad inminente de garantizar la salvaguarda de los derechos fundamentales vulnerados por una actuación manifiestamente ilegítima de la administración, así se ha dicho:

"3.2. Pues bien, la idoneidad del medio de defensa alternativo exige una evaluación en concreto de los mecanismos de defensa existentes, razón por la cual debe estudiarse cada caso en particular, a efectos de determinar la eficacia del medio de defensa, si este tiene la aptitud necesaria para brindar una solución eficaz y expedita al quebrantamiento o amenaza del derecho fundamental que se alega vulnerado. Vistas así las cosas, si el mecanismo es eficaz, la tutela resulta ser improcedente, a menos que, como quedó expresado, se demuestre la existencia de un perjuicio irremediable que imponga la protección constitucional transitoria. 3.3. En relación con los concursos de méritos para acceder a cargos de carrera, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que, en principio, la acción de tutela debe declararse improcedente."¹

"En múltiples oportunidades esta Corporación ha precisado que la acción de tutela es improcedente, como mecanismo principal y definitivo, para proteger derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, ya que para controvertir la legalidad de ellos el ordenamiento jurídico prevé las acciones contencioso-administrativas, en las cuales se puede solicitar desde la demanda como medida cautelar la suspensión del acto. Dicha improcedencia responde a los factores característicos de residualidad y subsidiariedad que rigen esta acción de origen constitucional. No obstante, la jurisprudencia constitucional ha trazado dos subreglas excepcionales en las cuales el carácter subsidiario de la acción de tutela no impide su utilización a pesar de existir mecanismos alternos de defensa judicial al alcance del interesado. Esas subreglas se sintetizan en que procede excepcionalmente la tutela contra actos administrativos que regulan o ejecutan un proceso de concurso de méritos (i) cuando el accionante la ejerce como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual

¹ Sentencia T-682/16



debe cumplir con los requisitos de ser inminente, de requerir medidas urgentes, de ser grave y de ser impostergable; y, (ii) cuando el medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca y que en caso de no ser garantizado, se traduce en un claro perjuicio para el actor. La Corte ha aplicado ésta última subregla cuando los accionantes han ocupado el primer lugar en la lista de elegibles y no fueron nombrados en el cargo público para el cual concursaron, circunstancia ésta en la que ha concluido que el medio idóneo carece de la eficacia necesaria para proveer un remedio pronto e integral y, por ende, ha concedido la protección definitiva por vía tutelar. En este último caso, corresponde al juez de tutela evaluar si el medio alternativo presenta la eficacia necesaria para la defensa del derecho fundamental presuntamente conculcado.”²

En este punto importante resulta advertir que conforme fue acreditado en las diligencias, la demandante promovió con anterioridad acción de tutela, oportunidad en la que el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER – en sede de segunda instancia – amparó el 26 de noviembre de 2020, sus derechos al mérito, debido proceso y acceso al empleo público, ordenando a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y al SENA que dentro del marco de sus competencias, efectuaran el estudio de equivalencias de los empleos vacantes no convocados en el cargo de Instructor con eje temático “Servicio de alojamiento”, especialmente el identificado con IDP7351, surgido con posterioridad a la Convocatoria 436/2017, y una vez efectuado lo anterior y de verificarse que se tratara de una vacante igual o equivalente al empleo denominado Instructor, código 3010 G en “servicio de alojamiento” OPEC 60069 para el cual la accionante concursó, ordenó al SENA realizara el nombramiento en periodo de prueba de la señora DIANA MILENA, como integrante del primer lugar de la lista de elegibles, debiendo tener en cuenta que el vencimiento de la misma se generaría el 24 de enero de 2021.

Se tiene igualmente que con posterioridad la accionante promovió trámite incidental de desacato, que el JUZGADO SEPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA se abstuvo de aperturar mediante auto 14 de enero de 2021, atendiendo a que de acuerdo a lo acreditado en las diligencias, el SENA realizó el estudio de las vacantes de la planta de personal que cumplen con el perfil, determinando que no existían empleos

² Sentencia T 090 de 2013



vacantes no convocados en el territorio nacional, así como que no habían equivalentes al cargo al que se postuló la accionante, misma información que fuera allegada por la CNSC que aseguró que no existían empleos vacantes equivalentes al cargo en el que la accionante ocupó el segundo lugar en la lista de elegibles.

Sobre este aspecto, encuentra el Juzgado que carece de asidero lo afirmado por la demandante al asegurar que el fallo de tutela que amparó sus derechos cayó en el vacío, cuando fue en virtud del mismo que las entidades demandadas procedieron a efectuar el estudio de equivalencias – asunto en el que no ahondara este Despacho por haber sido ya objeto de pronunciamiento judicial -, aunque con resultado desfavorable para sus intereses, resultando importante destacar que lo relativo al cumplimiento de la señalada sentencia, escapa de la órbita de competencia este Estrado, siendo como es que de presentar la accionante alguna inconformidad sobre la manera en que procedieron las demandadas a acatar el fallo o de eventualmente considerar que el mismo fue desatendido en los específicos términos que se dictó, pues según indica en el libelo “el cambio de perfil fue de plumazo, solo para eludir el citado fallo”, debe dirigirse ante el JUZGADO SEPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA, para que allí se resuelva lo propio, así se ha dicho: **“Como ha señalado esta Corporación en diversas oportunidades, de acuerdo con los artículos 23 y 27 del Decreto 2591 de 1991, corresponde a los jueces que conocen en primera instancia de los procesos de tutela velar por el cumplimiento de los fallos que se profieran dentro de los mismos, así estos hayan sido dictados en segunda instancia o por la Corte Constitucional en sede de revisión. En este orden de ideas, dicho funcionario mantiene la competencia hasta tanto se de cabal cumplimiento a la orden impartida y cese la vulneración de los derechos fundamentales del demandante, o desaparezcan las causas de amenaza de los mismos (artículo 27 ibídem).”³**

³ Sentencia T-632/06



Precisado lo anterior, es de advertir, que como se dijo la acción de tutela es por regla general improcedente para controvertir el contenido de actos administrativos, contra los cuales se encuentran dispuestos en el ordenamiento acciones en la jurisdicción contenciosa, ante quien desde ya se considera debe acudir la demandante si es su intención cuestionar las determinaciones tomadas por la CNSC y el SENA en el estudio de equivalencias realizado al cargo por ella reclamado, así como en lo relativo al traslado del cargo por ella requerido y el perfilamiento que se dio al mismo, siendo competencia del Juez Natural evaluar la oportunidad en que se promueva la acción y si ha o no operado la caducidad – sin que tampoco el advenimiento de tal fenómeno habilite la vía constitucional, cuya naturaleza no es supletoria ni alternativa -, al respecto se ha dicho:

“Atendiendo a lo expuesto, esta Corporación en sentencia T-514 de 2003, estableció que no es, en principio, la acción de tutela 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 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... ‘(...) la paulatina sustitución de los mecanismos ordinarios de protección de derechos y de solución de controversias por el uso indiscriminado e irresponsable de la acción de tutela entraña (i) que se desfigure el papel institucional de la acción de tutela como mecanismo subsidiario para la protección de los derechos fundamentales, (ii) que se niegue el papel primordial que debe cumplir el juez ordinario en idéntica tarea, como quiera que es sobre todo éste quien tiene el deber constitucional de garantizar el principio de eficacia de los derechos fundamentales (artículo 2 Superior)[5] y (iii) que se abran las puertas para desconocer el derecho al debido proceso de las partes en contienda, mediante el desplazamiento de la garantía reforzada en que consisten los procedimientos ordinarios ante la subversión del juez natural (juez especializado) y la transformación**



de los procesos ordinarios que son por regla general procesos de conocimiento (no sumarios)”⁴

Así las cosas y atendiendo al lineamiento jurisprudencial expuesto en antecedencia resulta importante advertir la naturaleza residual que caracteriza la acción constitucional, ello en virtud del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 que contempla como causal de improcedencia la existencia de otros recursos o medios de defensa judiciales, en consecuencia, cuando el accionante dispone de diferentes vías para la protección de los derechos que estima vulnerados, ello excluye la competencia del juez de tutela, a quien no le corresponde inferir en la órbita de otras jurisdicciones, a menos que evidencie la transgresión de un derecho fundamental, el cual para su protección no contemple otros recursos jurídicos que resulten suficientes para asegurar su amparo, sobre lo anterior jurisprudencialmente se ha señalado:

“...De acuerdo con reiterada y uniforme jurisprudencia de esta Corporación⁴, en armonía con lo dispuesto por los artículos 86 de la Carta Política y 6° del Decreto 2591 de 1992, la acción de tutela es un mecanismo judicial, para la protección inmediata de los derechos fundamentales, de carácter subsidiario. Ésta procede siempre que en el ordenamiento jurídico no exista otra acción idónea y eficaz para la tutela judicial de estos derechos. Esta Corporación ha reiterado que **no siempre el juez de tutela es el primer llamado a proteger los derechos constitucionales, toda vez que su competencia es subsidiaria y residual, es decir procede siempre que no exista otro medio de defensa judicial de comprobada eficacia, para que cese inmediatamente la vulneración.** Según esta exigencia, entonces, si existen otros medios de defensa judicial, se debe recurrir a ellos pues de lo contrario la acción de tutela dejaría de ser un mecanismo de defensa de los derechos fundamentales y se convertiría en un recurso expedito para vaciar la competencia ordinaria de los jueces y tribunales. **De igual manera, de perderse de vista el carácter subsidiario de la tutela, el juez constitucional, en este ámbito, no circunscribiría su obrar a la protección de los derechos fundamentales sino que se convertiría en una instancia de decisión de conflictos legales.** Nótese cómo de desconocerse el carácter subsidiario de la acción de tutela se distorsionaría la índole que le asignó el constituyente y se deslegitimaría la función del juez de amparo. Puntualizando, se puede indicar que, de acuerdo con el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, ésta resulta improcedente cuando es utilizada como mecanismo alternativo de los medios judiciales ordinarios de defensa previstos por la ley. Sin embargo, en los casos en que existan medios judiciales de protección ordinarios al alcance del actor, la acción de tutela **será procedente si el juez constitucional logra determinar que: (i) los mecanismos y**

⁴ Sentencia T-234/15



recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados; (ii) se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio, pues, de lo contrario, el actor se vería frente a la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable frente a sus derechos fundamentales; y, (iii) el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es sujeto de especial protección constitucional...”⁵

Ahora bien, tratándose de la acción de tutela contra actos expedidos por la administración, se ha señalado que le corresponde al Juez Constitucional examinar detalladamente una serie de requisitos para determinar la prosperidad del amparo deprecado así,

“Al estudiar la procedencia de la acción, el juez debe constatar que se cumplen los siguientes requisitos formales, que no son más que los requisitos generales de procedibilidad de la acción, adecuados a la especificidad de los actos administrativos y de las providencias judiciales: (i) que el asunto sometido a estudio del juez de tutela tenga relevancia constitucional; (ii) que el actor haya agotado los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios, antes de acudir al juez de tutela; (iii) que la petición cumpla con el requisito de inmediatez, de acuerdo con criterios de razonabilidad y proporcionalidad; (iv) en caso de tratarse de una irregularidad procesal, que ésta tenga incidencia directa en la decisión que resulta vulneratoria de los derechos fundamentales; (v) que el actor identifique, de forma razonable, los hechos que generan la violación y que ésta haya sido alegada al interior del proceso judicial, en caso de haber sido posible; (vi) que el fallo impugnado no sea de tutela ... lo esencial para determinar la procedencia de la acción de tutela en contra de un acto administrativo o de una sentencia judicial, es la concurrencia de tres situaciones: (i) el cumplimiento de los requisitos formales de procedibilidad, (ii) la existencia de alguna o algunas de las causales genéricas establecidas por la Corporación para hacer procedente el amparo material y, (iii) el requisito sine que non, consistente en la necesidad de intervención del juez de tutela, para evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental. En ese marco, corresponde al juez constitucional evaluar los presupuestos de procedibilidad en cada caso concreto, la acreditación de una causal genérica y la necesidad de evitar un perjuicio”

De lo expuesto se desprende claramente como la accionante acudió al amparo constitucional, omitiendo el trámite establecido para resolver este tipo de controversia, pretendiendo que por esta vía se cuestionen las determinaciones que las entidades competentes han tomado en ejercicio de sus funciones, cuando es evidente que existe una controversia que desborda

⁵ Sentencia T-177/11



la protección ius fundamental, involucrando el análisis de situaciones específicas en las que media una clara disputa judicial, como el trámite adelantado para el cambio de perfil realizado para el cargo que reclama, el nombramiento que pretende se efectúe aun habiéndose vencido la lista de elegibles en la que ocupó el segundo lugar, y el perfil y ubicación que debe darse al cargo identificado con la IDP 7153, resultando en este punto importante destacar que “la tutela no converge con las vías judiciales ordinarias previstas por el legislador, **para el interesado no es discrecional escoger entre aquellas y el amparo constitucional.** Los medios ordinarios serán la vía principal y directa para la discusión del derecho y la acción de tutela sólo operará como mecanismo subsidiario y excepcional”⁶, siendo así que el mecanismo idóneo para ventilar el conflicto planteado sería la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, a través de la cual podría discutir el contenido del o los actos que estima vulneran sus derechos, contando con la posibilidad al momento de interposición de la acción contenciosa de solicitar la suspensión provisional, la cual garantizaría de ser procedente que el acto quedara sin efectos mientras se decide la acción, herramienta respecto a la cual se ha discurrido:

“fue concebida para la defensa del ordenamiento superior de las eventuales agresiones de actos administrativos, que amparados en su presunción de legalidad, incurran en una ilegalidad manifiesta, que surja de la mera comparación del acto administrativo impugnado con textos normativos superiores que se aduzcan como desconocidos por la Administración, sin que se requiera efectuar un mayor estudio a la confrontación directa de sus contenidos. Con la adopción de esta medida cautelar se detienen temporalmente los efectos de los actos administrativos y, por lo mismo, se suspende su fuerza obligatoria.... Por lo tanto, la procedencia de la suspensión provisional de un acto administrativo está condicionada a que la violación al ordenamiento jurídico que se le imputa al mismo sea evidente, ostensible, notoria, palmar, a simple vista o *prima facie*, conclusión a la que se debe llegar, según ha dicho la Sala, mediante un sencillo y elemental cotejo directo entre el acto administrativo demandado y las normas que se invocan como transgredidas, en un proceso comparativo a doble columna, que no requiere de mayores esfuerzos interpretativos o probatorios, porque, en el caso de requerir un análisis profundo o un estudio de igual naturaleza de los medios probatorios aducidos con la demanda, no resulta posible su decreto, y las consideraciones de legalidad o ilegalidad en torno al acto se deben posponer para la sentencia”⁷

⁶ Sentencia T-384/09.

⁷ Auto Consejo De Estado de 1 De Abril De 2009



Así mismo es de advertir que no se observa en el presente evento la causación de un perjuicio irremediable que amerite la intervención urgente a través de esta vía constitucional, evidenciándose que de ninguna manera acreditó la accionante, la gravedad del perjuicio que se le ocasionaría de no acceder a lo pretendido, como para que el Juez de Tutela invadiendo competencias que no le corresponden entrara a examinar el fondo del asunto y controvertir una decisión tomada por las autoridades competentes, encontrándose que no acreditó ninguna circunstancia de vulnerabilidad que la haga sujeto de especial protección constitucional o el que dependa de lo pretendido para la garantía de sus derechos fundamentales, encontrándose a la fecha según se desprende del dominio del correo electrónico aportado, laborando en el SENA, no cumpliéndose así con los requisitos que jurisprudencialmente se han señalados como necesarios para su configuración, a saber:

“...Se ha dicho en variada jurisprudencia, que para poder determinar si existe o no un perjuicio irremediable en un caso concreto, se deben tener en cuenta ciertos elementos, como son: A). El perjuicio ha de ser **inminente: que amenaza o está por suceder prontamente, esto es, tiende a un resultado cierto derivado de una causa que está produciendo la inminencia;** B). Las medidas que se requieren para **conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, se debe precisar una medida o remedio de forma rápida que evite la configuración de la lesión;** C) **se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona;** y D). **La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna...**”⁸

A todo lo anterior se aúna el que no evidencie este Despacho que las conductas cuestionadas por la accionante resulten manifiestamente ilegítimas o desproporcionadas, observándose que al estudio de equivalencia que refirieron tanto la CNSC como el SENA haber realizado con la conclusión de la inexistencia de empleos vacantes no convocados para el perfil del cargo Instructor Grado 01 con el código OPEC N° 60069, se suma el que enfáticamente el SENA refiere en las elucubraciones realizadas ante el JUZGADO SEPTIMO ADMINISTRATIVO DE BUCARAMANGA, como ante este

⁸ Sentencia T-293/11



Despacho e incluso en respuesta a la petición elevada por la demandante – asunto al que se hará mención más adelante –, que la ubicación geográfica del cargo identificado con la IDP N° 7351, es el CENTRO DE TECNOLOGIAS AGROINDUSTRIALES de la Regional Valle del Cauca – argumento que de entrada se opone a la prosperidad de las aspiraciones de la accionante –, vacante que informó fue reubicada transitoriamente en el Centro de Servicios Empresariales y Turísticos de la Regional Santander, con el objetivo de dar cumplimiento a un fallo judicial y nombrar en provisionalidad a la señora EUMELIA AGUILAR VARGAS – perfilación que además señaló haber sido realizada por el Subdirector de Centro en ejercicio de las funciones nominadoras delegadas –, argumentaciones cuya validez ha de ser examinada por el Juez Natural, siendo no obstante las mismas prueba en este estadio procesal, de que la actuación de la administración no se estime ostensiblemente irracional, subjetiva o caprichosa, sino por el contrario soportada jurídicamente, lo que implica la improcedencia de la acción, así se ha dicho en casos como el que nos ocupa:

“...tratándose de actos administrativos en el desarrollo de concursos de méritos, la acción de tutela es, por regla general, improcedente debido a que en la justicia contencioso-administrativa existen los mecanismos judiciales ordinarios para controvertir las decisiones que en el marco de tales concursos se profieren. 20. No obstante lo anterior, también se ha precisado que la regla general de improcedencia tiene dos excepciones, a saber: cuando (i) se **demuestre la existencia de un perjuicio irremediable**, caso en el cual el juez concederá la protección transitoria mientras la jurisdicción competente decide de manera definitiva sobre la legalidad del acto; y cuando (ii) a pesar de que existe un medio defensa judicial, este resulta ineficaz para conjurar la violación del derecho fundamental invocado. Además, se ha precisado que (iii) el acto que se demanda no puede ser un acto de trámite, sino que debe tener la potencialidad de definir una situación especial y sustancial dentro de la actuación administrativa, **siendo además necesario que se produzca a raíz de (iv) una actuación administrativa irrazonable que vulnere alguna garantía constitucional...** Al respecto, el Tribunal debía tener en cuenta que es obligación del juez de tutela -en cada caso concreto- evaluar la idoneidad y la eficacia de los diferentes medios ordinarios de defensa para valorar la posible vulneración de un derecho fundamental.^[52] De esta manera, en el presente caso, el Tribunal Superior de Medellín **omitió analizar que el actor contaba con un medio judicial ordinario al cual podía acudir: las medidas cautelares previstas en el CPACA. Y frente a estas, debió determinar si constituían un mecanismo adecuado para salvaguardar los derechos del accionante, para de esta manera establecer la procedencia de la acción de tutela...** 29. En relación con el análisis de la protección ofrecida por las medidas cautelares en lo contencioso administrativo, se encuentra que estas últimas pueden ser de dos tipos: ordinarias o de urgencia.^[54] Estas últimas, a su vez, pueden ser



adoptadas desde el momento en que se presente una solicitud en ese sentido y sin necesidad de notificar previamente a la otra parte. **De manera que la autoridad judicial puede adoptar una medida cautelar cuando verificadas las condiciones generales previstas para su adopción^[55], evidencie que por la urgencia que se presenta no puede agotarse el trámite previsto y deba adoptarse la medida. Adicionalmente, la decisión es susceptible de los recursos respectivos...**²⁷. Pues bien, sobre la valoración de las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa, la jurisprudencia reciente de esta Corte^[53] ha establecido que estas han sido reformadas con la finalidad de ofrecer una mayor eficacia a la protección de los derechos fundamentales en los procesos que se desarrollan ante los jueces administrativos. Con base en estas razones, en la sentencia SU-355 de 2015 este Tribunal explicó que la nueva regulación en dicho campo es relevante para el examen de subsidiaridad que deben hacer los jueces de tutela... 59. Finalmente, la Sala considera que estas condiciones se encuentran cumplidas, pues **el accionante centra las manifestaciones de su inconformidad en apreciaciones personales sobre las razones de la respuesta, lo que no constituye una vulneración de sus derechos fundamentales. En este sentido, las diferencias de fondo planteadas por el demandante respecto al procedimiento efectuado en el concurso de méritos, deberán ser discutidas mediante las acciones ordinarias ante la justicia contencioso-administrativa, pues el análisis de la procedibilidad de la acción de tutela únicamente se restringía a la verificación de su utilización como mecanismo de protección transitoria.**⁹

Es así que por la naturaleza y complejidad del asunto, debe este ser resuelto a través de la vía contenciosa, máxime cuando las manifestaciones de la accionante fueron controvertidas suficientemente tanto por la CNSC como por el SENA, siendo así que cuando **“existe una intensa contienda probatoria y la parte accionada no sólo ha dado respuesta al reclamo, sino que también ha controvertido las pruebas allegadas al proceso. En esos casos, la discusión probatoria es de tal magnitud que -a efectos de asegurar el respeto del principio de imparcialidad que rige la actividad judicial- deberá acudir a los medios judiciales ordinarios. De lo contrario, esto es, si a pesar de existir serias dudas sobre lo ocurrido, el juez de tutela se viera obligado a adoptar una decisión -que niegue o conceda la protección-, la acción de tutela podría convertirse en fuente de injusticias. Cabe aquí referir lo dicho por la Corte en una de sus primeras providencias al señalar que la decisión del juez de tutela “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**

⁹ Sentencia T-386/16



ha sido violado o está amenazado un derecho fundamental, si acontece lo contrario, o si en el caso particular es improcedente la tutela”, así mismo se ha precisado:

“Así entonces, la tutela no es un medio alternativo, ni menos adicional o complementario para alcanzar el fin propuesto. Tampoco puede afirmarse que sea el último recurso al alcance del actor, ya que su naturaleza, según la Constitución, es la de único medio de protección, precisamente incorporado a la Carta con el fin de llenar los vacíos que pudiera ofrecer el sistema jurídico para otorgar a las personas una plena protección de sus derechos esenciales. Se comprende, en consecuencia, que cuando se ha tenido al alcance un medio judicial ordinario y, más aún, cuando ese medio se ha agotado y se ha adelantado un proceso, no puede pretenderse adicionar al trámite ya surtido una acción de tutela, pues **al tenor del artículo 86 de la Constitución, dicho mecanismo es improcedente por la sola existencia de otra posibilidad judicial de protección, aún sin que ella haya culminado en un pronunciamiento definitorio del derecho.”¹⁰**

Habiéndose así aclarado que no es este el medio idóneo para discutir lo planteado por la accionante, no estando satisfecho el presupuesto de la subsidiariedad para determinar si como lo refiere medió en la actuación de las demandadas un desconocimiento al debido proceso, entrará el Despacho a establecer si como lo aduce, se ha vulnerado además su derecho de petición, advirtiendo que los pronunciamientos emitidos no han sido de fondo ni concretos.

Así las cosas, el derecho de petición se encuentra consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política como la facultad que tiene toda persona a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución, al respecto jurisprudencialmente se han sentado los elementos que deben configurarse para estimarlo cumplido así:

“...“(i) Resolución pronta y oportuna. Es una obligación de las autoridades y de los particulares responder las peticiones en el menor tiempo posible, sin exceder el término de 15 días hábiles establecido en la ley. Sin embargo, artículo 1º de la Ley 1755 de 2015 trae algunas variantes, en las cuales hay un término especial según lo que se solicite mediante el derecho de petición. Se tiene que, cuando la petición está

¹⁰ Sentencia T-541/06



encaminada a obtener documentos, debe haber respuesta dentro de los 10 días siguientes, y en aquellas en las que se eleva una consulta a las autoridades respecto de materias a su cargo, el termino será de 30 días.

(ii) Respuesta de fondo o material, requisito que se cumple siempre que la contestación sea: a) **clara, esto es, que la misma sea inteligible y que contenga argumentos de fácil comprensión;** b) **precisa, de manera que la respuesta atienda directamente a lo solicitado por el ciudadano y que se excluya toda información impertinente y que conlleve a respuestas evasivas o elusivas;** c) **congruente, es decir, conforme con lo solicitado;** y d) **consecuente con el trámite en el que la solicitud es presentada**, “de manera que, si la respuesta se produce con motivo de un derecho de petición elevado dentro de un procedimiento del que conoce la autoridad de la cual el interesado requiere la información, **no basta con ofrecer una respuesta como si se tratara de una petición aislada sino que, si resulta relevante, debe darse cuenta del trámite que se ha surtido y de las razones por las cuales la petición resulta o no procedente.**

(iii) Notificación de la decisión. Este requisito se satisface poniendo en conocimiento del ciudadano la respuesta de la autoridad o del particular, pues de ello se deriva la posibilidad del peticionario de presentar la respectiva impugnación.”¹¹

En cuanto a la oportunidad, se tiene que en el marco de la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, se han adoptado medidas de urgencia, encontrándose entre estas el Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, que para lo que nos ocupa en su artículo 5 contempla **“Ampliación de términos para atender las peticiones.** Para las peticiones que se encuentren en curso o que se radiquen durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria, se ampliarán los términos señalados en el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011, así: **Salvo norma especial toda petición deberá resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción.** Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones: (i) Las peticiones de documentos y de información deberán resolverse dentro de los veinte (20) días siguientes a su recepción. (ii) Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta y cinco (35) días siguientes a su recepción. Cuando excepcionalmente no fuere posible resolver la petición en los plazos aquí señalados, la autoridad debe informar esta circunstancia al interesado, antes del vencimiento del término señalado en el presente artículo expresando los motivos de la demora y señalando a la vez el plazo razonable en que se resolverá o dará respuesta, que no podrá exceder del doble del inicialmente

¹¹ Sentencia T-154/18



previsto en este artículo, En los demás aspectos se aplicará lo dispuesto en la Ley 1437 de 2011".

Trasladado lo anterior al caso que nos ocupa, se tiene que el 22 de marzo de 2021, la señora DIANA MILENA MEJIA CABEZA elevó ante la CNSC derecho de petición solicitando se le brindara información sobre la vacante no convocada reportada por el SENA con la IDP 7351, Instructor Código 3010, indicándole el número OPEC con que se registró para un nuevo concurso, perfil o área temática reportada, fecha de reporte en el SIMO, así como el tiempo que tiene el SENA para reportar una vacante definitiva no convocada una vez se genera la novedad como vacante definitiva de carrera.

Sobre el particular allegó la misma accionante, respuesta dada por el DIRECTOR DE ADMINISTRACIÓN DE CARRERA ADMINISTRATIVA DE LA CNSC de fecha 10 de mayo de 2021, en el que se le informa que es obligación del **Representante Legal o Jefe de Talento Humano, mantener la OPEC actualizada** con ocasión de las novedades que surjan dentro de la planta de personal, siendo las **IDP un sistema de identificación propio del SENA**, por lo que aseguró, ello no es de conocimiento de la Comisión. Se le indicó a su vez que comoquiera que **la administración de las vacantes constituye información institucional propia de cada entidad, sujeta a la variación y movilidad que pueda presentar la planta de personal, debía elevar su petición ante el SENA, pues tales datos son de resorte exclusivo de la misma**, exponiendo finalmente que el SENA reportó en su momento el acto administrativo de nombramiento en periodo de prueba de quien ocupó el primer lugar en la lista de elegibles del empleo identificado con código OPEC 60069.

Contrastada así la petición elevada por la accionante, con la respuesta ofrecida, se encuentra que en lo relativo al primero de los aspectos contenidos en el escrito objeto de la acción, indicó con total precisión la CNSC, que tales datos eran de resorte exclusivo del SENA, asegurando no ser de conocimiento de la entidad la administración de las vacantes, por tratarse de información propia de cada entidad, sin que sobre el particular pueda exigírsele una



contestación diferente o imponerle el que emita un pronunciamiento en el que defina el fondo los planteamientos esbozados por la peticionaria, cuando en la respuesta es enfática la entidad, en advertir que desborda de su competencia la información pretendida – al punto que las IDP son un sistema de identificación propia del SENA -, por lo que en lo relativo a este aspecto ninguna vulneración se vislumbra, así se ha dicho:

“Así pues, la observancia plena de este derecho exige la emisión oportuna de una respuesta de fondo, completa y acorde a lo pedido, que sea comunicada en un plazo razonable, sin que importe que la misma sea desfavorable a los intereses de la parte interesada. Sobre este punto se ha enfatizado que (...) **no se debe confundir el derecho de petición -cuyo núcleo esencial radica en la posibilidad de acudir ante la autoridad y en obtener pronta resolución- con el contenido de lo que se pide, es decir con la materia de la petición.** La falta de respuesta o la resolución tardía son formas de violación de aquel y son susceptibles de la actuación protectora del juez mediante el uso de la acción de tutela, pues en tales casos se conculca un derecho constitucional fundamental. **Por su parte, la naturaleza del acto o la decisión expedida frente al requerimiento puede ser atacada ante la jurisdicción respectiva o la autoridad administrativa competente.**

No obstante, las exigencias sustanciales de la respuesta, que en últimas se resumen en el hecho de que la misma sea de fondo, no podrían desconocer la incidencia de eventualidades que obstaculicen o impidan su cumplimiento, en vigor de aquella máxima del derecho que ordena: “**nadie está obligado a lo imposible.**” En este sentido, **cuando se aduzcan motivos que reflejen la imposibilidad de la administración para dar respuesta a la petición con base en circunstancias que desborden las posibilidades y la voluntad del sujeto, ora porque se trate de asuntos de competencia privativa de otra autoridad, ora porque acaezcan hechos que sobrepasen la esfera de dominio humano, éste estaría eximido de la obligación de ofrecer una respuesta materialmente conexa.**

Sobre ese punto se ha precisado que “**una cosa es que resulte violado el derecho de petición cuando no se resuelve material y oportunamente acerca de la solicitud presentada y otra muy distinta que, ya respondido lo que la autoridad tiene a su alcance como respuesta, el peticionario aspire a que se le conceda forzosamente y de manera inmediata algo que resulte imposible** (...)El derecho de petición no ha sido vulnerado y, por tanto, no cabe la protección judicial, pues la acción de tutela tampoco es procedente para alcanzar efectos fácticos que están fuera del alcance de la autoridad contra la cual se intenta.”¹²

No obstante lo anterior, se advierte que en lo tocante a la segunda de las solicitudes contenidas en la petición, relativa a que se informe a la accionante,

¹² Sentencia T 875 de 2010



el tiempo que tiene la entidad SENA, para reportar al SIMO una vacante definitiva no convocada una vez se genere la novedad como vacante definitiva de carrera, se advierte que nada refirió la CNSC sobre este aspecto, guardando silencio sobre esta específica inquietud, circunstancia que implica la vulneración del derecho de petición - **únicamente** en lo relativo a este punto -, pues habiendo transcurrido más de tres meses desde radicado el escrito, no se ha pronunciado la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL sobre dicho planteamiento, cuando era su deber suministrar una contestación de fondo; así se ha puntualizado sobre la exigencia de pronunciarse **“de manera completa y detallada sobre todos los asuntos indicados en la petición”**:

“La respuesta a una petición, por su parte, puede o no satisfacer los intereses de quien la ha elevado en el sentido de acceder o no a sus pretensiones. No obstante, siempre deberá permitirle al peticionario conocer cuál es la disposición o el criterio del ente respectivo frente al asunto que le ha planteado. Gracias a lo anterior, esta Corporación ha advertido que se alcanza el goce efectivo del derecho fundamental de petición cuando se emiten y reciben respuestas que abarcan en forma sustancial y resuelven, en lo procedente, la materia objeto de solicitud independientemente del sentido de la respuesta”¹³

En consecuencia se habrá de TUTELAR el derecho de PETICIÓN de la señora DIANA MILENA MEJIA CABEZA y se ordenara al Director de Administración de Carrera Administrativa de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, si no lo ha hecho ya, en el término de cinco días contados a partir de la notificación del fallo, emita una respuesta de fondo, clara y concreta – en cualquier sentido - al segundo numeral contenido en el derecho de petición de fecha 22 de marzo de 2021 elevado por la señora DIANA MILENA MEJIA CABEZA, en lo relativo a la información solicitada respecto al tiempo que tiene el SENA para reportar al SIMO una vacante definitiva no convocada, una vez se genera la novedad como vacante definitiva de carrera, notificando debidamente el pronunciamiento respectivo a la accionante.

Ahora bien, en lo relativo a la petición elevada por la accionante ante el SENA, se tiene que el 10 de mayo de 2021, solicitó la señora DIANA MILENA MEJIA

¹³ Sentencia T 214 de 2014



CABEZA, al COORDINADOR ENI ESCUELA NACIONAL DE INSTRUCTORES DEL SENA, se le informara si sobre la IDP 7351, vacante definitiva de carrera administrativa Instructor Código 3010 del CENTRO DE SERVICIOS EMPRESARIALES Y TURISTICOS DE LA REGIONAL DE SANTANDER, se solicitó ante la ENI, autorización para cambio de perfil en el área de turismo, indicando si es el caso, fecha de la solicitud y de aprobación, facilitándole copia de su trazabilidad, así como indicándole que otros cargos en el país – si los hay vacantes – surtieron ante la ENI autorización para cambio de perfil al área de turismo concretamente en servicio de alojamiento, y de haberlos señalarle el centro de costos, fecha de la solicitud y fecha de aprobación, petición que sustentó en el hecho de haber integrado una lista de elegibles en la OPEC 60069 que perdió vigencia, requiriendo hacer un análisis de la trazabilidad sobre tales autorizaciones de cambio de perfil si las hubo.

Sobre el particular se advierte que el 12 de mayo de 2021, el COORDINADOR DE LA ESCUELA NACIONAL DE INSTRUCTORES, remitió al Dr. JONATHAN BLANCO la petición elevada por la accionante, indicando que la ENI no tenía la información solicitada - ; con posterioridad en el curso de la acción constitucional, se acreditó que este último funcionario en calidad de COORDINADOR DEL GRUPO DE RELACIONES LABORALES – SECRETARIA GENERAL DEL SENA, remitió a la accionante respuesta al derecho de petición, aclarándole que **las áreas temáticas de los cargos vacantes, y el perfilamiento de los cargos reportados y no reportados a la CNSC, compete a los DIRECTORES REGIONALES Y SUBDIRECTORES DE CENTRO, por ser quienes tienen delegada la facultad nominadora**, siendo su responsabilidad administrar la planta de personal, en orden de satisfacer las necesidades del servicio y cumplir con las metas y objetivos institucionales, señalando que en el caso de los cargos de instructor, su perfilamiento es analizado y avalado u objetado por la DIRECCIÓN DE FORMACIÓN PROFESIONAL, **no teniendo el Grupo de relaciones laborales ninguna injerencia en este trámite**, pues su función consiste en reportar las vacantes con esos perfiles a la CNSC para que esta entidad analice y defina el uso de las listas de elegibles.



Añadió en la contestación que de acuerdo con el reporte dado por la SUBDIRECTORA CENTRO, atendiendo a que **en fallo de tutela proferido en el proceso de radicado 68001-34-03-002-2019-00012-00, se conminó al SENA para que en la medida de las vacantes reubicara a la señora EUMELIA AGUILAR VARGAS, en un cargo de similares características al que para la fecha de la desvinculación se encontraba desempeñando, se procedió a revisar la planta de personal de la entidad, constatando que existía un cargo vacante de Instructor Grado 1-20 IDP 7351 ubicado en el Centro de Tecnologías Agroindustriales de la Regional Valle, el cual mediante Resolución 0475 de 2019 se reubicó en el Centro de Servicios Empresariales y Turísticos de la Regional Santander, y como consecuencia de ello tomó la señora EUMELIA posesión del cargo mediante acta del 5 de abril de 2019;** por último le adjuntó una base de datos de las vacantes reportadas con corte a mayo a la CNSC con su respectiva identificación y perfilamiento.

Analizada y cotejada así la respuesta dada con la petición elevada, emerge evidente para el Despacho, que el pronunciamiento emitido por el COORDINADOR DEL GRUPO DE RELACIONES LABORALES – SECRETARIA GENERAL DEL SENA, fue de fondo y claro, contrario a lo referido por la demandante, quien con su posición pretende discutir el contenido de la información suministrada, siendo de advertir que en lo relativo al procedimiento realizado para el cambio de perfil del cargo por ella referido, se le indicó con total precisión la manera en que se efectuó el traslado del mismo desde el Centro de Tecnologías Agroindustriales de la Regional Valle del Cauca, al Centro de Servicios Empresariales y Turísticos de la Regional Santander, lo que tuvo lugar en el cumplimiento del fallo de tutela que conminó al SENA a reubicar a la señora EUMELIA AGUILAR VARGAS, siendo así que si a su juicio como lo refirió en el memorial allegado, no medió en tal diligencia el procedimiento requerido para el cambio de perfil y fue solo una respuesta para dejar el fallo del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER en el vacío, no es esta la vía para cuestionarlo y orientar el sentido de la contestación que pretende recibir la accionante, siendo como es que el resolver de fondo no se equipara a acceder a lo pretendido, y si el contenido



del pronunciamiento no satisface los requerimientos de la actora porque lo considera equivocado, desborda tal reproche el ámbito de protección del derecho de petición y debe acudir ante la jurisdicción contenciosa para demandar los actos que considera contrarios a sus derechos – señalándole además respecto a la información pretendida en relación a los cargos que surtieron cambio de perfil, y su trámite, que **el perfilamiento de los cargos reportados y no reportados a la CNSC, compete a los DIRECTORES REGIONALES Y SUBDIRECTORES DE CENTRO, por ser quienes tienen delegada la facultad nominadora**, siendo igualmente predicable en este aspecto lo referenciado en antelación, en relación a que si no comparte la falta de competencia del Grupo de Relaciones Laborales en dicho trámite, no es esta la vía para discutirlo - , por lo que en lo relativo al derecho de petición elevado ante el SENA ninguna vulneración se vislumbra que de lugar al amparo constitucional, al respecto se ha puntualizado:

“La respuesta a una petición, por su parte, puede o no satisfacer los intereses de quien la ha elevado en el sentido de acceder o no a sus pretensiones. No obstante, siempre deberá permitirle al peticionario conocer cuál es la disposición o el criterio del ente respectivo frente al asunto que le ha planteado. **Gracias a lo anterior, esta Corporación ha advertido que se alcanza el goce efectivo del derecho fundamental de petición cuando se emiten y reciben respuestas que abarcan en forma sustancial y resuelven, en lo procedente, la materia objeto de solicitud independientemente del sentido de la respuesta”**¹⁴

“el derecho de petición no implica una prerrogativa en virtud de la cual, el agente que recibe la petición se vea obligado a definir favorablemente las pretensiones del solicitante, razón por la cual no se debe entender conculcado este derecho cuando la autoridad responde oportunamente al peticionario, aunque la respuesta sea negativa.”.

Así las cosas, como se precisó, el amparo solicitado en relación al derecho al debido proceso no está llamado a prosperar, toda vez que la accionante cuenta con la vía contenciosa administrativa para cuestionar los aspectos que

¹⁴ Sentencia T-214/14



ante esta instancia pretende sean dilucidados, escapando por tanto el asunto de la órbita del Juez Constitucional al no cumplirse con el requisito de subsidiariedad, no evidenciándose de forma alguna la ocurrencia de un perjuicio irremediable que amerite en este caso la intervención del juez constitucional, así como tampoco el que la conducta reprochada pueda en esta instancia considerarse una actuación administrativa irrazonable que vulnere sus derechos, vislumbrándose únicamente un desconocimiento del derecho de petición por la solicitud que elevara ante la CNSC, cuyo segundo numeral no ha sido contestado hasta la fecha, por lo que se tutelaré únicamente en lo relativo a este aspecto, imponiéndose la orden a la que se hizo referencia en antelación.

En razón y mérito de lo expuesto, el JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO PARA ADOLESCENTES DE CONOCIMIENTO DE BUCARAMANGA (Sder), administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DENEGAR POR IMPROCEDENTE la acción de tutela formulada por la señora DIANA MILENA MEJIA CABEZA en contra de la COMISION NACIONAL DE SERVICIO CIVIL – CNSC y el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA, por la presunta violación a su derecho al DEBIDO PROCESO.

SEGUNDO: TUTELAR el derecho de **PETICIÓN** de la señora **DIANA MILENA MEJIA CABEZA**, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de la presente decisión.



Rama Judicial
Consejo superior de la Judicatura
República de Colombia

RADICADO: 68001-31-18-001- 2021-00041
ACCIONANTE: DIANA MILENA MEJIA CABEZA
ACCIONADOS: COMISION NACIONAL DE SERVICIO CIVIL –CNSC
SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA
DERECHOS: DEBIDO PROCESO Y PETICIÓN

TERCERO: ORDENAR al **DIRECTOR DE ADMINISTRACIÓN DE CARRERA ADMINISTRATIVA DE LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**, si no lo ha hecho ya, en el término de cinco días contados a partir de la notificación del fallo, emita una respuesta de fondo, clara y concreta – en cualquier sentido - al segundo numeral contenido en el derecho de petición de fecha 22 de marzo de 2021 elevado por la señora DIANA MILENA MEJIA CABEZA, notificando debidamente el pronunciamiento respectivo a la accionante.

CUARTO: De no ser impugnado el presente fallo, envíese en el término de Ley a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


JUDITH BERNAL DE VALDIVIESO
Juez