

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

CONSEJERA PONENTE: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C., once (11) de diciembre de dos mil trece (2013)

Radicación No. 17001-23-33-000-2013-00550-01

Tutelante: José Fernando Castro Rodríguez

Tutelado: Comisión Nacional del Servicio Civil y Directora General del Servicio Nacional de Aprendizaje- SENA

Acción de Tutela- Fallo de segunda instancia

Procede la Sala a resolver la impugnación presentada por el señor José Fernando Castro Rodríguez, contra la sentencia de 14 de noviembre de 2013, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Caldas “*no tuteló*” los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso, al trabajo, “*a la unidad familiar*” y a la salud, invocados por el actor.

I. ANTECEDENTES

1. La tutela

Con escrito radicado el 24 de octubre de 2013 en el Centro de Servicios Judiciales de la Rama Jurisdiccional de La Dorada-



Caldas (fls. 1 a 12), el señor José Fernando Castro Rodríguez, actuando en nombre propio, interpuso acción de tutela contra la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Directora General del SENA, a fin de que se protejan sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso, al trabajo, “*a la unidad familiar*” y a la salud, los cuales considera vulnerados por parte de las entidades accionadas.

En consecuencia, solicitó que se ordene a la parte accionada, su traslado al SENA Regional Valle.

2. Hechos

El actor expuso los siguientes supuestos fácticos que la Sala sintetiza así:

El señor José Fernando Castro Rodríguez se presentó a la Convocatoria No. 001 de 2005 que realizó la Comisión Nacional del Servicio Civil para proveer empleos en el SENA, para el cargo de Instructor en Gestión Administrativa de Servicios Financieros No. 51135.

Una vez realizadas las pruebas correspondientes, “*ganó*” dicha convocatoria, por lo cual le correspondió escoger una vacante en las plazas disponibles, eligiendo el municipio de La Dorada, en el SENA regional Caldas.

Desde hace aproximadamente 7 meses ha acudido a las directivas de la Dirección Nacional del SENA buscando que se



realizó su traslado a Palmira- Valle en la Regional SENA Valle del Cauca, ya que ese es el lugar donde reside su núcleo familiar.

Que las múltiples peticiones de traslado han sido contestadas desfavorablemente.

3. Fundamentos

Expone el actor que como consecuencia del distanciamiento de su familia, ha sufrido problemas de salud, motivo por el cual acudió a los servicios médicos de Coomeva EPS, siendo remitido a un especialista en psicología, el cual le dictaminó *“trastorno de adaptación; Procedimiento: pautas de manejo para autorregulación emocional, se solicita 12 psicoterapias”*.

Expuso que el médico tratante le recomendó que permaneciera en la ciudad de Palmira- Valle junto a su familia, para efectos de poder continuar con su tratamiento en forma adecuada, ya que dicha situación permite que su estado de salud evolucione satisfactoriamente.

Que aun con su estado de salud y las recomendaciones médicas, en reiteradas oportunidades presentó solicitudes a través de correos electrónicos al SENA, *“obteniendo a estas respuestas desfavorables”*.



4. Trámite

Por auto de 29 de octubre de 2013 se admitió la tutela y se ordenó comunicar esta decisión a la Comisión Nacional del Servicio Civil y a la Directora General del SENA.

Realizadas las respectivas comunicaciones, las entidades accionadas se manifestaron como sigue:

4.1 Servicio Nacional de Aprendizaje- SENA

La Coordinadora del Grupo de Relaciones Laborales de la entidad expuso que el accionante *“de manera libre y voluntaria”* adoptó la decisión de aceptar el cargo para el cual había concursado, sin que en ese momento manifestara impedimento o advirtiera que le generaría traumatismo la ciudad donde había escogido desempeñar sus funciones.

Afirmó que una vez el accionante presentó la solicitud de traslado, se aplicó el procedimiento adecuado y luego de analizar el caso concreto, se determinó que *“realizar un movimiento de personal es muy complejo cuando no hay posibilidad de intercambios”*, y que de acceder a su petición implicaría que la regional donde actualmente desempeña sus funciones *“pierda en su planta dicho cargo y el recurso humano que lo ocupa, afectando seriamente la misión institucional de impartir formación profesional”*.



Consideró que la tutela es improcedente por cuanto el actor cuenta con otros mecanismos de defensa judicial para demandar los actos administrativos en los que la CNSC conformó las listas de elegibles y como resultado de ello resultó nombrado en La Dorada- Caldas; que aunado a lo anterior, tampoco ha agotado todos los procedimientos administrativos y recursos tendientes a materializar el traslado, pues *“incluso a la fecha se está tramitando visto bueno de la Regional Valle para el efecto”*.

4.2. Comisión Nacional del Servicio Civil

El Asesor Jurídico de la entidad expuso que la CNSC no participa en la coadministración de las relaciones laborales y situaciones administrativas que presenten las entidades públicas, menos cuando se trata de administrar su planta de personal, toda vez que el nominador es el encargado de tomar las decisiones que correspondan frente a las necesidades organizacionales y de provisión de empleos que surjan dentro del desarrollo y gestión del empleo público.

Argumentó que la solución a la petición realizada por el actor solo está en cabeza del SENA pues dicha entidad es la competente para autorizar o no el traslado del señor José Fernando Castro Rodríguez en virtud de su responsabilidad frente a la administración de su planta de persona.

5. Sentencia de primera instancia



El Tribunal Administrativo de Caldas (fls. 209 a 213) decidió no tutelar los derechos fundamentales invocados por el actor por cuanto no observó vulneración a ellos por parte de las entidades accionadas.

Expuso que el actor de forma voluntaria escogió como sitio de trabajo la ciudad de La Dorada- Caldas y que en esa decisión no intervino el SENA; y que respecto al tema de sus problemas de salud, se observa del expediente que *“se le están prestando los servicios médicos necesarios para el tratamiento de la enfermedad diagnosticada, cumpliendo así con los criterios establecidos por la jurisprudencia Constitucional”*.

6. La impugnación

Inconforme con la decisión, el señor José Fernando Castro Rodríguez la impugnó (Fls. 219 a 226) con escrito en el que manifestó que **i)** frente a la escogencia del sitio de trabajo, no hay discusión sobre ello, pero que *“debe quedar claro”* es que una vez se instaló en La Dorada- Caldas, *“no se sintió cómodo en ella y empezó a sentir desadaptación por la ausencia de su familia”* y **ii)** en cuanto a los servicios médicos que se le prestan, de *“las 12 psicoterapias”* que le recomendó el médico tratante, *“NO SE HA PODIDO REALIZAR NINGUNA”* toda vez que cuando las solicitó *“la clínica le dijo que ya no presta ese servicio ya que el sicólogo se retiró porque no le pagaban sus honorarios”*.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Panorama General de la Acción de tutela



El artículo 86 de la Constitución Política consagra la tutela como un mecanismo judicial encaminado a la protección de los derechos fundamentales constitucionales cuando estos se vulneren o amenacen por la acción o la omisión de las autoridades públicas o por particulares en algunos casos especiales.

Este instrumento de defensa se caracteriza por su trámite preferente, su residualidad y su subsidiariedad, a la luz del precepto superior que la consagra y del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 que la reglamenta, lo que permite advertir que el ejercicio de la tutela no es absoluto. En efecto, está limitado por las causales de improcedencia allí contenidas, relativas a la existencia de otros mecanismos de defensa judicial para garantizar la protección del derecho invocado; a la necesidad de acudir al recurso de habeas corpus cuando la naturaleza del derecho así lo exija; a la posibilidad del ejercicio de la acción popular dado el contenido de los derechos invocados y; cuando se instaure en contra de actos administrativos de carácter general, impersonal y abstracto.

2. El asunto bajo análisis

A partir de los antecedentes corresponde a la Sala determinar si, como lo consideró el *a quo*, no se deben tutelar los derechos fundamentales invocados por el actor, toda vez que no se evidenció vulneración a ellos por parte de las entidades accionadas; o si por el contrario, dichos derechos si fueron cercenados.



De entrada advierte la Sala que la decisión de primera instancia será modificada para en su lugar negar el amparo a los derechos fundamentales invocados, por los motivos que a continuación se expondrán.

3. Derecho a la igualdad.

Consagrado en el artículo 13¹ de la Constitución Política, expone la garantía de un trato igualitario de las personas que se encuentran en un mismo supuesto de hecho. También inmiscuye la igualdad para la aplicación de la ley para lo cual dispone un trato equitativo a quienes están en la misma situación contemplada en ellas.

Al respecto, la Corte Constitucional² ha expresado que:

“El acceso a carrera mediante concurso dirigido a determinar los méritos y calidades de los aspirantes, es una manifestación concreta del derecho a la igualdad y al desempeño de funciones y cargos públicos. La libertad del legislador para regular el sistema de concurso de modo que se garantice la adecuada prestación del servicio público, no puede desconocer los derechos fundamentales de los aspirantes que se satisfacen mediante la participación igualitaria en los procedimientos legales de selección de los funcionarios del Estado”.

4. Carrera Administrativa

¹ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

² Sentencia C-041 de 1995.



El artículo 27 de la Ley 909 de 2004 realiza una definición de carrera administrativa en los siguientes términos:

“Artículo 27. CARRERA ADMINISTRATIVA. La carrera administrativa es un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer; estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. Para alcanzar este objetivo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna”.

Por otro lado, el numeral 6° del artículo 3° del Acuerdo 159 de 2011, por medio del cual se reglamenta la conformación, organización y uso de las Listas de elegibles y del Banco Nacional de Listas de elegibles para las entidades del Sistema General de Carrera Administrativa, dispone:

“6. Audiencia pública para escogencia de empleo: Es el mecanismo utilizado para que los elegibles en estricto orden de mérito, puedan escoger el lugar de su preferencia, cuando el empleo para el cual concursaron cuenta con más de una vacante, con diferente ubicación geográfica”.

6. Estudio de fondo del caso concreto

En este evento, el asunto se concreta en que el accionante se inscribió en la convocatoria No. 001 de 2005 para el cargo 51135, realizada por la CNSC para proveer cargos en el SENA, y que una vez conformada la lista de elegibles, se programó audiencia pública para escogencia de empleo, dentro de la cual el actor eligió como sitio para la prestación del servicio La dorada- Caldas, situación que afirma, le ha generado problemas de salud debido a la separación con su núcleo familiar, motivo por el cual ha solicitado al SENA su traslado para el Valle del Cauca, petición a la que no se ha accedido.



Pues bien, observa esta Sala que conforme a la Ley 909 de 2009 y el Acuerdo 159 de 2011, una vez que se conforma la lista de elegibles, se debe citar a las personas que la conforman para que en audiencia pública realicen la escogencia de empleo, cumpliendo con el estricto orden de mérito; que dicho procedimiento efectivamente fue realizado, y no fue controvertido por el accionante.

La escogencia como lugar de trabajo en La Dorada- Caldas, la realizó el actor por su propia voluntad, sin que para ello haya intervenido el SENA en forma alguna.

Ahora bien, la Corte Constitucional ha admitido la intervención del juez de tutela, en los casos en que la decisión de traslado de algún funcionario, *“haya sido de forma arbitraria, intempestiva o violatoria de los derechos fundamentales de quien acciona, o a su núcleo familiar”*; situación que en el caso concreto no se observa por cuanto, como se expresó líneas antes, el actor de forma voluntaria escogió como sitio de trabajo la ciudad de La Dorada- Caldas; sin que pueda pretenderse por vía de tutela se imponga a la administración modificar su estructura y a tomar decisiones de carácter administrativo las cuales son de facultad interna de cada entidad.

En cuanto al estado de salud del actor, el juez de tutela debe velar para que le sea garantizado al actor, pero como se observa del escrito de tutela y los documentos aportados al expediente, el señor José Fernando Castro Rodríguez está siendo tratado por un profesional de la salud en La Dorada- Caldas, y aun cuando expuso que el médico tratante le recomendó *“12 psicoterapias”*, las cuales no se ha podido realizar, no existe prueba alguna que corrobore esta afirmación.

Por lo anteriormente expuesto, la Sala modificará el fallo de



tutela de primera instancia proferido por el Tribunal Administrativo de Caldas en el que decidió “no tutelar” los derechos fundamentales invocados por el actor, para en su lugar, negar el amparo constitucional.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero.- Modificar el fallo de tutela del 14 de noviembre de 2013 proferido por Tribunal Administrativo de Caldas que “no tuteló” los derechos fundamentales, para en su lugar, **negar** el amparo constitucional a los derechos invocados por el actor.

Segundo.- Enviar el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia (artículo 32, inciso 2°, del Decreto 2591 de 1991).

Notifíquese a los interesados por el procedimiento previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 y cúmplase.

SUSANA BUITRAGO VALENCIA

Presidente

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

ALBERTO YEPES BARREIRO