



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
VILLAVICENCIO
SALA PENAL**

Magistrado Ponente: FROILÁN SANABRIA NARANJO

Radicación: 50001 31.87 002 2017 00145 01
Accionante: Jimmy Daniel Gamba Casallas
Accionado: Sena.
Decisión: Confirma.
Aprobación: Acta No. 0 1 4
Fecha: 02 FEB 2018

1. LA DECISIÓN.

Por vía de impugnación, conoce esta Corporación el fallo del veintinueve (29) de noviembre de dos mil diecisiete (2017), proferido por el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Villavicencio, mediante el cual declaró improcedente el recurso de amparo ejercido por el actor **Jimmy Daniel Gamba Casallas** contra el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, Regional Meta.

2. ANTECEDENTES.

2.1. Fundamentos de la tutela

El dieciséis (16) de noviembre de dos mil diecisiete (2017), **Jimmy Daniel Gamba Casallas** interpuso acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable contra el Sena Regional Meta, en procura de la protección constitucional de los derechos fundamentales

a la igualdad, al debido proceso, al acceso a cargos públicos, al trabajo, al mínimo vital y a la subsistencia en condiciones dignas.

Señaló que se postuló al cargo de Profesional Grado 15 en el Programa SENNOVA del Centro de Gestión de Mercadeo y Tecnologías de la Información Regional Bogotá D. C., dentro de la convocatoria de la planta de cargos temporales para el Sena creada mediante Decreto 553 del treinta (30) de marzo de dos mil diecisiete (2017), con vigencia del diecisiete (17) de julio al treinta y uno (31) de diciembre del mismo año, fecha para la cual se hallaba vinculado a la institución mediante el contrato de prestación de servicios No. 811 del veintitrés (23) de enero de dos mil diecisiete (2017), con duración hasta el treinta y uno (31) de diciembre, en el Centro de Diseño y Metrología de la Regional Bogotá.

Que no fue elegido por no obtener el puntaje más alto de la prueba de conocimiento, sin embargo, al quedar entre los tres mejores resultados de revisión de hoja de vida para el cargo de Profesional Grado 15 del Programa SENNOVA del Centro de Gestión de Mercadeo y Tecnologías de la Información para el cual concursó, fue convocado a audiencia pública de escogencia de plazas para los empleos temporales no provistos por lista directa y al optar por Villavicencio, fue nombrado mediante resolución No. 600 del pasado veintiséis (26) de septiembre en el cargo temporal de Profesional Grado 8 del Programa SENNOVA del Centro de Industria y Servicios del Meta, creado por el citado decreto 553 de 2017; nombramiento que le fue comunicado por correo electrónico el diecinueve (19) de octubre el cual aceptó, al mismo tiempo que formalizó la solicitud de cesión del contrato de prestación de servicios que había suscrito con el Sena, siendo firmada la cesión el veinticuatro.(24) del mismo mes.

Refirió que se trasladó a esta ciudad a ejercer el cargo pero no fue posesionado y al formular petición a la institución para que le explicara los motivos para tomar esa determinación, le respondió que estaba

proyectada la resolución de revocatoria del nombramiento, pendiente de la firma de la Subdirectora del Centro de Industria y Servicios del Meta.

Agregó que en razón de lo anterior interpuso la demanda de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, pues la premura de los términos que consagra la Convocatoria, “no permitiría acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa para dirimir el conflicto”, ya que para cuando finalizara el proceso se habría consumado la violación a sus derechos fundamentales.

En ese orden, solicitó ordenar al Sena que, en forma inmediata, proceda a posesionarlo en el cargo¹.

2.2. Trámite y decisión de primera instancia

La acción de tutela correspondió en primera instancia al Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Villavicencio que, por auto del dieciséis (16) de noviembre del presente año, avocó el conocimiento de la demanda y ordenó vincular a la Dirección del Sena y a la Subdirección del Centro de Industria y Servicios, Regional Meta, para el ejercicio del derecho de defensa y contradicción².

Surtido el trámite correspondiente, mediante fallo del veintinueve (29) de los mismos mes y año el *a quo* negó por improcedente el amparo constitucional, pues de acuerdo con lo explicado por el Director Regional del Sena el accionante no cuenta con los requisitos legales para ocupar el cargo, que exige título de ingeniero de sistemas y no de ingeniero electrónico que es el que ostenta, motivo por el cual su nombramiento presentó “un vicio” y condujo a que la entidad se abstuviera de posesionarlo y a elaborar, en su lugar, proyecto de revocatoria directa

¹ Folios 3-21 c. o. tutela

² Folio 101 c. o. tutela

del acto administrativo. En este caso, entonces, el accionante puede acudir a la jurisdicción contencioso administrativa a exigir su derecho, amén de que no se está frente a la existencia de un perjuicio irremediable, con la connotación de inminente y grave, que haga evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos fundamentales³.

2.3. Impugnación

El accionante solicitó revocar el fallo de primera instancia y conceder en su lugar el amparo constitucional, pues en su criterio quedó demostrado que el Sena vulneró sus derechos, ya que “a través de comunicaciones generó certeza de mi vinculación laboral y originó mi solicitud de cesión del contrato, por lo que hoy me encuentro desempleado; toda institución se encuentra en cierre de vigencia y es casi imposible encontrar una vacante que me permita los mismos ingresos que recibía con el contrato que tenía antes de solicitar la cesión”.⁴

Recalcó que en su caso la tutela procede como mecanismo transitorio para prevenir un perjuicio irremediable; y para que sirviera de marco a esta decisión, aludió a un fallo del Tribunal Administrativo del Huila proferido dentro del proceso de tutela Rad. No. 41001233300020170041300, que, en un caso análogo, resolvió la demanda a favor de la accionante; decisión que trajo a colación en reclamo del derecho a la igualdad⁵.

³ Folios 152-157 c. o. tutela

⁴ Folios 166-168 c. o.

⁵ Folios 19 y 167 c. o. tutela.

3. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

3.1. La acción de tutela.

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, reglamentado por el Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela se constituye en un mecanismo excepcional que tiene como objetivo la protección judicial inmediata de los derechos constitucionales fundamentales de las personas, cuando tales derechos han sido vulnerados o puestos en peligro, por acción u omisión de la autoridad pública, o de los particulares en los casos expresamente señalados por la norma en cita.

Sobre la naturaleza de la mencionada acción, se tiene que ostenta carácter subsidiario conforme lo dispone el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, en cuanto no procede cuando el ordenamiento prevé otro mecanismo para la protección del derecho invocado; residual, en la medida en que complementa aquellos medios previstos en el ordenamiento que no son eficaces para la protección de los derechos fundamentales y además, se trata de un instrumento informal, toda vez que se tramitan por esta vía las violaciones, o amenazas de los derechos fundamentales que por su evidencia, no requieren la confrontación propia de un proceso ante la justicia ordinaria.

Aclarada la connotación y características de la acción de tutela, se ocupará la Sala del análisis concreto de la actuación que, a juicio del accionante, ha vulnerado sus derechos fundamentales de petición, vivienda digna, e igualdad contemplados en la Constitución Nacional.

3.2. Análisis del caso concreto.

3.2.1. Improcedencia de la tutela por carencia actual de objeto por daño consumado, en relación con los derechos al debido proceso y al acceso a cargos públicos.

La acción de tutela presentada por Jimmy Daniel Gamba Casallas para la protección constitucional a sus derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a cargos públicos, estaba orientada a que se diera orden al Sena de posesionarlo en el empleo temporal de Profesional Grado 08, del Programa SENNOVA, asignado a la planta de personal del Centro de Formación de Industria y Servicios de la Regional Meta, para el cual fue nombrado mediante Resolución No. 600 del 26 de septiembre de 2017, en razón a que la institución se había negado a hacerlo.

Al respecto, se tiene que, el tres (3) de noviembre del citado año, el actor solicitó al Sena la posesión en el cargo⁶ y el siete (7) del mismo mes, la entidad se pronunció negativamente, al evidenciar que *“el Núcleo Básico de Conocimiento de su profesión, Ingeniera Electrónica, no estaba incluido dentro de los requeridos para el cargo de Profesional 08 SENNOVA del Centro de Industria y Servicios del Meta”*, por lo cual, con fundamento en lo previsto por el artículo 5º de la Ley 190 de 1995 y la Ley 1437 de 2011, le notificó que *“estaba proyectada para la firma de la Subdirectora del Centro de Industria y Servicios, la resolución de revocatoria de la resolución de su nombramiento”*⁷.

De esta manera, la designación que el Sena hizo en cabeza del señor Gamba Casallas, no se formalizó con la posesión; y según lo expresado en la Sentencia T-457/92, *“el funcionario sólo adquiere los derechos y deberes propios del cargo en el momento en que tome posesión del mismo, por ser el nombramiento un acto-condición que se formaliza con el hecho de la posesión”*.

⁶ Folios 97, 98 c. o.

⁷ Folios 95, 96 c. o.

El Sena cuestionó el nombramiento y la posesión del accionante por no cumplir con los requisitos para desempeñar al cargo, pero no siguió los lineamientos legales previstos en la ley para ello y de ese modo vulneró el debido proceso al afectado y su derecho a acceder a cargos públicos.

Precisamente, sobre el tema, la jurisprudencia constitucional ha precisado que, si la afectación proviene de la duda sobre la titularidad o de la violación de otro derecho fundamental, la consideración sobre una violación al derecho fundamental al acceso y desempeño de funciones públicas depende de que aquellas cuestiones sean resueltas de antemano. Esto, por cuanto el derecho de acceso a cargos públicos depende de la posesión para su efectiva realización y, negarla a una persona ya nombrada, a no ser que falte alguno de los requisitos legales, implica la violación del derecho en cuanto imposibilita su ejercicio⁸.

En el presente caso, el Sena, luego de expedir la resolución No. 600 de 2017 por la cual hizo el nombramiento del señor Gamba Casallas en el Empleo Temporal de Profesional Grado 08, del Programa SENNOVA, le comunicó que no cumplía con los requisitos requeridos para ocupar dicho cargo, en particular, el atinente a su profesión y se abstuvo de darle posesión.

Al respecto, el artículo 5° de la Ley 190 de 1995, efectivamente, consagra que *“en caso de haberse producido un nombramiento o posesión en un cargo o empleo público o celebrado un contrato de prestación de servicios con la administración sin el cumplimiento de los requisitos para el ejercicio del cargo o la celebración del contrato, se procederá a solicitar su revocación o terminación, según el caso, inmediatamente se advierta la infracción”*.

En tanto que, el artículo 18 del Decreto 760 de 2005, señala el procedimiento a cumplir: *“producido el nombramiento o el encargo en un empleo de carrera sin el cumplimiento de los requisitos exigidos para su ejercicio,*

⁸ T-257/12

la autoridad nominadora, realizará una audiencia con el presunto afectado en la cual este podrá ejercer el derecho de defensa y de contradicción. Comprobados los hechos, el nombramiento o el encargo deberá ser revocado”.

De acuerdo con este marco legal, se tiene que, como se había producido el nombramiento del accionante y no reunía los requisitos para el cargo, el Sena debió haber revocado el acto administrativo, previa una audiencia con el afectado, con el fin de que pudiera ejercer su derecho de defensa y de contradicción, siguiendo el procedimiento establecido en el citado artículo 18 del Decreto 760 de 2005.

Ese marco procedimental no se cumplió y a causa de ello se negó al actor la oportunidad procesal de defenderse y controvertir las razones por las cuales no se efectuaría su posesión, lo cual devino en una vulneración al derecho al debido proceso; tal como concluyó la Corte Constitucional en un caso análogo, tratado y decidido en la Sentencia T-257/12.

Con todo, la tutela deberá ser declarada improcedente por carencia actual de objeto por daño consumado, pues la amenaza o la vulneración a los derechos fundamentales denunciada por el actor produjo el perjuicio que se pretendía evitar con el recurso de amparo, ya que el término de duración del nombramiento fenecía el treinta y uno (31) de diciembre de dos mil diecisiete (2017), fecha en la cual, por expresa disposición del decreto 553 de 2017 y de la Resolución No. 600 del mismo año, quedaba retirado del servicio automáticamente.

En efecto, según lo previsto en el artículo 1º del Decreto 553 de 2017, por el cual fue creada la planta de Empleos Temporales en el Sena, el término de duración de estos empleos, incluido aquel para el cual fue nombrado el señor Gamba Casallas, era el comprendido entre el 17 de julio y 31 de diciembre de 2017. Así también quedó determinado en el Parágrafo 1º del Artículo 1º de la Resolución No. 600 del 26 de

septiembre de 2017, por la cual se le hizo el nombramiento en el Empleo Temporal de Profesional Grado 08, del Programa SENNOVA, creado por el Decreto 553 de 2017 y asignado a la planta de personal del Centro de Formación de Industria y Servicios del Meta de la Regional Meta:

“Parágrafo 1°. Término de duración del nombramiento en Empleo Temporal. Teniendo en cuenta la vigencia del empleo que se provee mediante esta Resolución, señalada en el Decreto 553 de 2017, y la disponibilidad de recursos presupuestales con que cuenta el SENA a la fecha, el término de duración del nombramiento en empleo temporal ordenado mediante esta Resolución tiene como término de duración hasta el 31 de diciembre de 2017, al vencimiento del cual quien lo ocupa quedará retirado del servicio automáticamente, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 21 de la Ley 909 de 2004 (en la parte adicionada por el artículo 6 del Decreto Ley 894 de 2017) y el inciso final del artículo 2.2.5.3.5 del decreto 1083 de 2015 “Único Reglamentario del Sector de la Función Pública” (en la parte modificada y adicionada por el Decreto 648 de 2017” (subraya la Sala).

De acuerdo a lo anterior, una orden del Juez de tutela en este momento encaminada a la protección de los derechos del accionante al debido proceso y a acceder a cargos públicos, caería en el vacío, pues el treinta y uno (31) de diciembre último venció el término de duración del nombramiento en el empleo del cual éste reclamaba la posesión.

Por tanto, se declarará la improcedencia de la tutela, pero con la prevención a la entidad accionada para que se abstenga de ejercer actos que entrañen desconocimiento a los derechos fundamentales de las personas designadas en los cargos de la planta de personal, como ocurrió en el caso objeto de examen.

3.2.2. De los demás derechos reclamados:

En la solicitud de amparo, el accionante adujo que el hecho vulnerador a causa de la no posesión del cargo, conllevó también la violación a sus

derechos fundamentales al trabajo, al mínimo vital y a la igualdad, sin embargo no asumió la carga argumentativa y principalmente, probatoria que le era exigible para demostrar en qué consistía dicha afectación; por lo que surge improcedente su protección constitucional.

En cuanto al derecho a la igualdad que el actor plantea con fundamento en un fallo del Tribunal Administrativo del Huila, se precisa que, por disposición del numeral 2º del artículo 48 de la Ley 270 de 1996, las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela solo producen efectos inter partes, es decir, que tienen carácter obligatorio únicamente para las partes que intervinieron en aquella acción constitucional; por lo que dicho fallo no irradia efectos al caso a estudio.

Bajo las anteriores consideraciones, se impartirá confirmación al fallo de primera instancia.

En mérito de lo anteriormente expuesto, el Tribunal Superior de Villavicencio, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

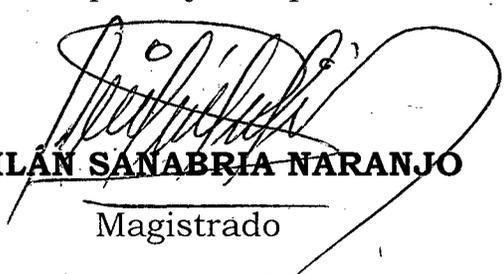
RESUELVE:

Primero. Confirmar el fallo impugnado que declaró improcedente el amparo constitucional invocado por el señor **Jimmy Daniel Gamba Casallas** contra el Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, por carencia actual de objeto por daño consumado en relación con los derechos al debido proceso y al acceso a cargos públicos; y con la prevención al demandado para que, en lo sucesivo, se abstenga de incurrir en irregularidades procedimentales como la que generó la violación a las garantías constitucionales fundamentales del actor, de conformidad con las razones esgrimidas en esta providencia.

12

Segundo. Negar el amparo constitucional frente a los derechos al trabajo, al mínimo vital y a la igualdad, por no haberse demostrado por el actor su afectación.

Notifíquese y cúmplase.



FROILÁN SANABRIA NARANJO

Magistrado



PATRICIA RODRIGUEZ TORRES

Magistrada



JOEL DARIO TREJOS LONDOÑO

Magistrado