



Cartagena de Indias D. T. y C. veintisiete (27) de mayo de dos mil diecinueve (2019).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, PARTES E INTERVINIENTES.

Medio de control	ACCIÓN DE TUTELA (IMPUGNACIÓN)
Radicado	13-001-33-33-004-2019-00062-01
Demandante	FREDY JULIO DÍAZ
Demandado	SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA REGIONAL BOLÍVAR
Tema	Mínimo vital, salud, seguridad social, igualdad debido proceso y estabilidad laboral reforzada.
Magistrado Ponente	LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala a resolver la impugnación presentada por la parte accionada, SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA contra la sentencia de fecha ocho (08) de abril de 2019 proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena a través del cual se concedió el amparo de solicitud de tutela al accionante, el señor FREDY JULIO DÍAZ.

III. ANTECEDENTES

1. DEMANDA

1.1. MEDIDAS PROVISIONALES¹

La parte actora, propuso como medidas provisionales las siguientes:

“ Prevenir a SERVICIO NACIONAL DE APREDISAJE (SIC) – SENA Regional Bolívar para que de forma inmediata restablezca mis derechos laborales, entre estos, la seguridad social integral en caso de haber sido desvinculado de ellos y demás que preventivamente sean necesarios para mi vida, salud

¹ Fl. 2





y familia si se tiene en cuenta mi estado de salud y operación programada o autorizada.

Prevenir a NUEVA EPS en calidad de prestadora de servicios en salud para que en adelante no valla ha (SIC) interrumpir las atenciones relacionadas con citas médicas, exámenes, medicamentos y procedimientos que me sean ordenados o pendientes de practicar aduciendo como causal de despido su desvinculación laboral con mi empleador SERVICIO NACIONAL DE APREDISAJE (SIC) – SENA Regional Bolívar.

Se decrete la suspensión de los efectos del Comunicado No. 13-22019-001193 de 21/02/2019 y Resolución No. 000130 de 2019 de fecha 07 de febrero de 2019''

1.2. PETICIONES²

Se señalan como petición de la Acción de Tutela lo siguiente:

"Se ordene a mi empleador SERVICIO NACIONAL DE APREDISAJE (SIC) – SENA Regional Bolívar A reincorporarme al cargo que venía desempeñando en la empresa u otro de mejor nivel de acuerdo a mis capacidades, las restricciones y recomendaciones médicas hechas por los médicos tratantes.

En consecuencia de lo anterior mantenerme vinculado a los servicios médicos asistenciales en el SGSSI para evitar un daño futuro e irremediable en mi vida y salud, esto, en garantía del amparo de mis Derechos Fundamentales de la Estabilidad Laboral Reforzada, la seguridad social, la salud y el debido proceso de un trabajador enfermo y demás que el despacho considere vulnerados.

Que se ordene a los accionados a seguir realizando los aportes a seguridad social a fin de seguir realizándome los tratamientos ordenados, terapias y demás procedimientos que sean necesarios integralmente a fin de lograr mi rehabilitación y recuperación.

Ordenar a mi empleador SERVICIO NACIONAL DE APREDISAJE (SIC) – SENA Regional Bolívar Al pago de la indemnización contenida en el artículo 26 de

² Fls. 2-3



la Ley 361 de 1997 por despido de la persona discapacitada, sin justa causa, ni existencia de orden expedida por la Oficina del Ministerio del Trabajo.''

1.2. HECHOS³

Se señalan como hechos relevantes los siguientes:

- Cuento con 58 años de edad y me encuentro vinculado con contrato laboral con EL SERVICIO NACIONAL DE APREDISAJE (SIC) – SENA Regional Bolívar, desde el 06 de Noviembre del año 2009 en el Cargo Provisional de Instructor del Área Automotriz.
- Como consecuencia de la relación laboral, afiliado en el Sistema General de Seguridad Social Integral – SGSSI a NUEVA EPS, ARL Positiva y la AFP COLPENSIONES.
- Padezco, TRASTORNOS DE DISCO LUMBALR (SIC) Y OTROS CON RADICULO PATIA (SIC), de los cuales aún cursan procedimientos pendientes de rehabilitación, calificación de origen y porcentaje de pérdida de capacidad laboral.
- Adicional a la anterior patología; el 09 de Octubre de 2018 seme practico (SIC) una ECOGRAFIA DE ABDOMEN SUPERIOR que arrojó como resultado: **Presencia de Cálculos que miden entre 5 y 12 mm en el interior de la vesícula biliar.** Examen practicado por el Médico de CEDIMAGEN Dr. Oswaldo Galofre del Risco.
- De tales circunstancias, informe (SIC) el 21 de Septiembre de 2018 a la dirección regional del SENA; igualmente, en escrito les solicite (SIC) "la protección de mis derechos y a la estabilidad laboral reforzada". A lo que; con Oficio No. 2-2018-005704 y NIS 2018-01-259437 RESPONDIERON "Que habían realizado el respectivo estudio del caso, y cumple con lo establecido en la circular 3-2018-000159". Que posteriormente se reportó a la Coordinación del Grupo de Relaciones Laborales de la Secretaría General de la entidad para que fuera tenida la situación al momento de proveer los empleos de carrera administrativa de la convocatoria 436 de 2017.
- El día 12 de enero de 2019, seme programa (SIC) procedimiento y fui intervenido Quirúrgicamente en la Clínica San José de Torices por presentar la VESICULA BILIAR ENGROZADA, EDEMATIZADA PRESENTAR ADERENCIAS (SIC) FIRMES DE EPILON A SU CARA ANTEIOR, me realizan LIBERACION DE ADHERENCIAS CON HOOK – Seme extrae (SIC) la

³ Fls. 1-2





vesícula entre otros procedimientos conforme a Historia Clínica que se acompaña de la Dra. Marlli Molano Mendoza.

- Luego, el 28 de enero de 2019, fui atendido por el Dr. Rubén Sabogal Barrios – Neurocirujano quien me ordeno (SIC) DX: Post. Ax hemi dival por presentar limitaciones dolor intenso, presentar signos inflamatorios con espasmos musculares y seme (SIC) ordenaron otros exámenes.
- El 01/02/2019, Exámenes con especialista en Gastroenterología, de psiquiatría, de Neurología de Urología cada uno con cita nuevamente en 30 días. El 14/03/2019, Seme (SIC) ordenaron exámenes por Trastorno mixto de ansiedad y depresión.
- El 06/03/2019 seme ordeno (SIC) examen de creatinina, **se diagnosticó el Síndrome de COLA DE COLA DE CABALLO (SIC)**; que es igual, a la **(Comprensión de las raíces nerviosas situadas en la base de columna vertebral y provoca pérdida de sensibilidad en las piernas)**, Esto, como consecuencia del antecedente de haberseme practicado cirugía de columna por radiculopatía post traumática con dolor lumbo radicular izquierdo acompañado de pérdida de sensibilidad en pierna izquierda y alteración de la marcha.
- El 11/03/2019, seme (SIC) realiza un UROTAC en suero u otros fluidos. Seme (SIC) realizaron cortes axiales con espesor de 2mm a través de la cavidad abdominopelvica y arroja como resultado: (...) **“En el riñón derecho se observa calculo (SIC) en el cáliz inferior, que tiene 11mm, densidad de 708UH y está localizado a 103mm de la piel posterior”** y concluye: Nefrolitiasis (SIC) derecha, (litiasis calicial). Alteración urodinámica (SIC). Condición post colestomica. Med. Radiólogo Luis Roberto Taboada.
- Por esta (SIC), molestias de salud, la prácticas de exámenes a fin de definir patología y determinar la viabilidad de operarme. Me fue otorgada INCAPACIDAD desde el 06 de marzo de 2019 hasta el 04 de abril de la misma anualidad.
- Sin embargo; EL SENA, el día 18 de marzo de 2019, ha hecho llegar a mi domicilio mediante correo la carta de terminación de mi contrato de trabajo. Sin tener en cuenta que estoy en periodo de incapacidad ya que la prórroga de incapacidad que tengo vence el **04/04/2019**. Y a su vez me hace presumir que los procedimientos pendientes no se me practicarían por posible desvinculación laboral.
- El 20 de marzo de 2019, el Médico tratante Dr. José Osorio Ch. – Urólogo adscrito a la NUEVA EPS me ha programado cirugía para la



extracción de los Cálculos renal del riñón Derecho de 11mm. Ordena pre QXUROTERORENOSCOPIA FLEXIBLE MAS LITOFRAGMENTACION DEL CALCULO CON LASER HOLMIUM. Conforme a la historia clínica que se aporta. Procedimiento que, depende de la programación de fecha para su realización por orden al Centro Médico LITOTRIZIA S.A., ubicado en Bocagrande.

- Finalmente, cabe destacar que **NO HE TENIDO CONOCIMIENTO, NI TAMPOCO SE ME HA PUESTO DE PRESENTE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ALGUNO REALIZADO ANTE LA OFICINA DEL MINISTERIO DEL TRABAJO Y QUE PREVIA AUTORIZACION PARA QUE SE PRODUJERA MI DESPIDO; LO QUE, CONSTITUYE UN DESPIDO INJUSTO EN NUESTRO ORDENAMIENTO LEAL LABORAL Y UN QUEBRANTO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA PORTEGIDA CONSTITUCIONALMENTE.**

2. CONTESTACIÓN DE TUTELA

NUEVA EPS⁴

La NUEVA EPS, en escrito presentado el 28 de marzo de 2019, sostiene que el señor FREDY JULIO DÍAZ se encuentra actualmente activo en el régimen contributivo de esa EPS, por lo que puede acceder a los servicios de salud incluidos en el Plan Básico de Salud y los No PBS a través del mecanismo MIPRE.

Aduce que no le asiste legitimidad en la causa por pasiva en este asunto, por lo que solicita ser desvinculada de la presente acción.

EDGAR ERNESTO RAMÍREZ VILLOTA⁵

El señor, EDGAR ERNESTO RAMÍREZ VILLOTA, fue vinculado al proceso, mediante auto de fecha 22 de marzo de 2019 (Fls. 56-57), proferido por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, como quiera que podría tener interés en las resultas del proceso, máxime cuando en un eventual fallo condenatorio podrían verse afectados sus derechos, en ese sentido, el A-Quo se dispuso vincular al señor EDGAR ERNESTO RAMÍREZ VILLOTA, por ser la persona que resultó nombrada de acuerdo a la lista de

⁴ Fls. 65-88

⁵ Fls. 89-92





elegibles remitida por la Comisión Nacional del Servicio Civil, en el cargo provisionalmente por el actor.

Mediante escrito presentado el 02 de abril de 2019, el señor EDGAR ERNESTO RAMÍREZ VILLOTA ejerció su derecho de defensa en este asunto, aduciendo aportar los documentos que dan cuenta que participó en la Convocatoria No. 436 de 2017 del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA para el cargo de instructor con No. OPEC 59424, añadiendo que realizó todo el procedimiento y sometiéndose a todas las pruebas que se realizaron, de manera transparente y puntual, siendo seleccionado al final para ocupar una de las dos vacantes ofertadas.

Agrega que se le realiza Resolución de nombramiento, la cual la aceptó, siendo posteriormente citado para posesionarse el 02 de abril de 2019, pero al asistir a la posesión se encuentra que hay un problema y no puede realizar este proceso, ya que se encuentra una tutela en curso, donde él fue vinculado, ya que el cargo estaba ocupado por un funcionario que instauró tutela.

Aduce el señor EDGAR ERNESTO RAMÍREZ VILLOTA, que esto le está perjudicando, ya que el proviene del Departamento del Putumayo, polo opuesto al Departamento de Bolívar, y ha tenido que desplazarse desde dicho lugar con su esposa, dejando familia, trabajo y bienes para tomar posesión del cargo.

Sostiene el señor EDGAR ERNESTO RAMÍREZ VILLOTA que está siendo víctima de un proceso legal en curso, en el cual no tiene ninguna responsabilidad, ni mucho menos culpa, ya que el concurso y la vacante la ganó de forma transparente como consta, y que ni siquiera conoce al accionante.

En razón de lo anterior aduce que se presenta una carencia actual de objeto por hecho superado, toda vez que el accionante ha recibido respuesta frente a su solicitud, realizándose los tramites que permitan la continuidad del proceso médico laboral del cual es titular.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁶

A través de sentencia de fecha ocho (08) de abril de 2019, el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena decidió amparar los

⁶ Fls. 84-92.



derechos fundamentales a la seguridad social, salud e igualdad del actor; por otro lado, decidió denegar las demás pretensiones, considerando que la entidad accionada al momento de desvincular al accionante, no transgredió en ningún caso sus derechos. El A-Quo sustentó el fallo de tutela teniendo en cuenta lo siguiente:

La razón por la que se da por terminado el nombramiento del accionante no obedece a un trato discriminatorio, no se puede presumir que esa desvinculación se produjo por causarse produjo por causa de las enfermedades e incapacidades que viene presentando, por el contrario se funda en razones de proveer el cargo por una persona que ha superado un concurso de méritos; ni tampoco obedece a atribuciones abusivas o arbitrarias, el acto de desvinculación se encuentra debidamente motivado, e incluso toma en consideración la situación particular del accionante, previéndose su retiro en las últimas fechas prevista para la provisión de empleos.

Contrario a lo que afirmaba el accionante, no era necesario acudir ante la Oficina del Ministerio del Trabajo para que autorizara su desvinculación, pues no es posible considerar que gozaba de estabilidad laboral absoluta, debido a que su permanencia dependía de que el cargo no llegase a ser provisto por alguien en propiedad, en el sistema de carrera administrativa.

No obstante lo anterior, la accionada debía adoptar medidas afirmativas en procura de lograr y garantizar un trato al accionante con ocasión en su condición especial de salud, dado que viene con incapacidad médica y requiriendo servicios médicos, debiendo, bien sea, disponer lo necesario para garantizar que fuera el último en ser desvinculado; o de ser posible, procurar su reubicación en empleos que aún se encuentren vacantes, iguales o equivalentes a aquel que venía ocupando en provisionalidad, mientras son cubiertos en propiedad mediante el sistema de carrera administrativa; o disponiendo mantener su afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud hasta que finalicen los tratamientos médicos necesarios para su recuperación o sea asumido por otro empleador

Así las cosas, resulta procedente acceder a la protección de los derechos fundamentales a la salud, seguridad social e igualdad. Este último en la medida que debe recibir la misma protección de aquellos que por sus



condiciones especiales son retirados del servicio para la provisión de cargos de carrera.

4. IMPUGNACIÓN⁷

Mediante escrito de impugnación (Fls. 130-159) la entidad accionada solicita a esta Sala que revoque el fallo proferido por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, y en su lugar proceda a denegar los derechos deprecados, sustentando su solicitud de impugnación con base en las siguientes razones:

En primer lugar, aduce que en cumplimiento del artículo 125 Constitucional, el SENA reportó a la Comisión Nacional del Servicio Civil – Entidad Facultada por el artículo 130 de la Constitución Política – un total de 4.973 vacantes, con el fin de que se realizara concurso público y abierto para su provisión definitiva, de acuerdo con lo previsto en el Decreto 1083 de 2015, modificado por el Decreto 648 de 2017.

De acuerdo con lo mencionado, la CNSC dio apertura a la Convocatoria 436 de 2017, en la cual todas las personas interesadas en participar y que cumplieran con los requisitos de los empleos reportados, podían comprar los derechos de participar y posteriormente inscribirse a través del aplicativo SIMO, dispuesto por la entidad en mención.

Con base en lo anterior, un total de 108.364 personas compraron derechos de participación y un total de 107.083 realizaron la inscripción. Así se concluye la participación masiva de los ciudadanos a nivel nacional, interesados en ocupar un cargo en el SENA, de los cuales, agotada la etapa de verificación de los requisitos mínimos. 61.742 personas resultaron admitidas y posterior a la aplicación de las pruebas escritas, 23.476 personas continuaron el proceso.

Así pues, agotadas las etapas de la convocatoria para los cargos del Nivel Asistencial, Técnico, Profesional y Asesor (Administrativos) e Instructores, la CNSC dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004, continuó el proceso de selección con la conformación de las listas elegibles para aquellos cuyos cargos se encuentran en firme.

⁷ Fls. 98-100.





El SENA con el fin de dar cumplimiento a las acciones afirmativas ordenadas por la Corte Constitucional, respecto de los provisionales en situaciones especiales, profirió la Circular No. 3-2018-000159 de 7 de septiembre de 2018, a efectos de que los provisionales manifestaran su situación con los documentos respectivos, situación que fue constatada por cada una de las regionales.

Para este caso, el accionante reportó ante la entidad su situación de discapacidad, lo anterior con el fin de realizar el reporte de situaciones especiales para tener en cuenta al momento de proveer los empleos de carrera administrativa con las lista de elegibles a la Comisión Nacional del Servicio Civil.

El listado consolidado de todas las personas a nivel nacional que se reportaron en situaciones especiales, fue reportada a la comisión nacional del servicio civil a efectos que expidieran en último lugar las listas de elegibles de los cargos ocupados por esas personas y conforme a la propuesta de escalonamiento realizada por el SENA, propuesta que en últimas fue rechazada por dicha entidad y que por ende, expidió todas las listas de elegibles de los cargos administrativos el 26 de octubre de 2018.

Así las cosas, la entidad procedió a desvincular a los provisionales que acreditaron dichas situaciones, con fecha de retiro en el mes de abril, siendo este mes en el cual se realizarían las últimas provisiones de los empleos reportados en la Convocatoria 436 de 2017, dando estricto cumplimiento a lo dispuesto por la Corte Constitucional.

En ese mismo orden de ideas, es necesario señalar que el SENA tiene reportadas 602 situaciones especiales, donde se presentan casos de mujeres en estado de gravidez, prepensionados, enfermedades catastróficas y padres/madres cabezas de familia, que se les está dando prioridad a los caso más graves para reubicar a esas personas.

Por último indica la accionada, que no se cuentan con tantos cargos disponibles para atender todas las situaciones especiales.

5. TRÁMITE

La acción de la referencia fue admitida el día 22 de marzo de 2019 (Fl. 56-57), notificada el día 26 de marzo de 2019 (Fls. 58-61).





El día 26 de marzo de 2019, el SENA remitió a la secretaría del Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, la información de los integrantes de la lista de elegibles de la OPEC 59424 expedida por la CNSC. (Fls.62-63)

El día 28 de marzo de 2019, la NUEVA EPS, rindió informe y presentó contestación de la Acción de Tutela de la referencia (Fls. 64-84).

El día 2 de abril de 2019, el señor EDGAR ERNESTO RAMÍREZ VILLOTA presentó informe y presentó contestación de la Acción de Tutela de la referencia (Fls. 89-112).

El 8 de abril de 2019, el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena dictó el fallo de primera instancia (Fls. 114-127).

El día 11 de abril de 2019, el SENA, presentó el escrito de impugnación contra la sentencia de primera instancia (Fls. 130-159).

Finalmente, el expediente ingresó al Despacho para estudio de la impugnación, y el día 22 de abril de 2019 concedió la impugnación para que sea resuelta por esta Corporación (Fl. 161).

III. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Es competente esta Corporación para conocer de la impugnación propuesta por la parte accionada, por tratarse de un fallo proferido en primera instancia por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena.

El artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, enseña que la impugnación de los fallos de tutela será conocida por el superior jerárquico del Juez de primera instancia, siendo esta Corporación el superior de los Jueces Administrativos del Circuito de Cartagena.

2. PROBLEMA JURÍDICO

En el caso bajo análisis, teniendo en cuenta el objeto de la impugnación la Sala considera necesario resolver el siguiente problema jurídico:



¿Vulneró el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA los derechos fundamentales a la Seguridad Social, a la Salud y a la Igualdad del accionante al no garantizarle un tratamiento preferencial acorde a su condición especial de salud posterior a su desvinculación?

Si la respuesta al problema jurídico es positiva, se debe confirmar el fallo impugnado; en caso contrario se revocará.

3. TESIS

Esta Sala de decisión revocará parcialmente el fallo impugnado, respecto al amparo del derecho a la igualdad; al tiempo que lo confirmará en lo demás, considerando que la entidad accionada no adoptó ninguna clase de medidas afirmativas encaminadas a procurar y garantizar un trato preferencial al accionante en su condición de debilidad manifiesta.

La anterior tesis se soporta en los siguientes argumentos:

4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

4.1. LA ACCIÓN DE TUTELA -SU NATURALEZA JURÍDICA.

Con la expedición de la Constitución de 1991 se instituyó en nuestro ordenamiento la Acción de Tutela como herramienta idónea para la protección de los Derechos Constitucionales Fundamentales.

4.1.1. -Requisitos de procedencia.

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, la jurisprudencia constitucional, y los artículos concordantes del Decreto 2591 de 1991 por el cual se regula el trámite de la acción de tutela, esta requiere para su procedencia el cumplimiento de ciertos presupuestos, los que son analizados ulteriormente.

La Subsidiariedad o Residualidad:

Se refiere a que la Acción de tutela procede únicamente cuando no existe otro medio de defensa judicial para hacer valer los derechos fundamentales que se estimen vulnerados o amenazados, es decir, que los asociados



debemos agotar las herramientas judiciales que el legislador haya establecido, para poder acudir ante el Juez Constitucional.

Sin perjuicio de lo anterior, no se aplicará la subsidiariedad cuando el Actor pretenda, con la Acción de Tutela, evitar un perjuicio irremediable con ocasión a la vulneración del derecho esbozado, o cuando los mecanismos ordinarios se tornen ineficaces, teniendo en cuenta las condiciones de debilidad manifiesta en que se pueda encontrar la persona a causa de factores físicos, económicos o sociales, ajustándose así al criterio esgrimido por la Corte Constitucional, como se cita a continuación:

"De acuerdo con el artículo 86 superior, la acción de tutela procede, como mecanismo de protección de los derechos fundamentales, cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial pues se trata de un mecanismo subsidiario de protección y no de uno susceptible de remplazar los medios judiciales ordinarios. Con todo, el mismo precepto superior consagra un supuesto en el que la acción de tutela procede a pesar de la existencia de tales medios judiciales: Hay lugar al amparo constitucional de los derechos cuando se interpone como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, perjuicio que, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, solo concurre cuando es inminente, grave y de urgente atención"⁸.

Al respecto el inciso 3º del artículo 86 superior dice:

"Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable".

La inmediatez:

La Acción de Tutela debe ser interpuesta en un tiempo razonable, teniendo en cuenta la ocurrencia del hecho o la omisión generadora de la amenaza o violación del derecho invocado.

La razón de ser de la inmediatez es la prevalencia misma del derecho fundamental conculcado, en el entendido de que no tendría objeto amparar un derecho en el que la violación se haya consumado sin que se pueda restablecer éste a su estado natural.

La especialidad:

⁸ Corte Constitucional. Sentencia SU- 901 de 2005. Expediente N° T-905903. Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño.



La razón de ser o el objeto de la Acción de Tutela es la protección de los Derechos Constitucionales Fundamentales especiales, es decir, procede únicamente para proteger esta clase de derechos y no para otros, ahí la especialidad de la Acción.

Sin embargo es posible que la Acción de Tutela proceda para proteger derechos de otra categoría (v.gr. los Derechos Colectivos) cuando estos tengan conexidad directa con los Derechos Constitucionales Fundamentales.

5. LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA:

5.1. ACTIVA

La legitimación en la causa por activa es aquel nexo sustancial que debe coexistir entre las partes de un proceso y el interés sustancial del litigio, es decir es la persona habilitada por la ley para actuar procesalmente.

En materia de acción de tutela, sobre la legitimación en la causa por activa el Decreto 2591 de 1991 en su artículo 10 establece:

"Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud."

Sobre este tema la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional⁹ ha manifestado:

"El legislador de 1991 instituyó en el artículo 86 la acción de tutela como un mecanismo especial para que todos los ciudadanos pudieran reclamar ante los jueces, por sí mismos o por quien actué a su nombre, la protección de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando resulten vulnerados o amenazados por las autoridades públicas o particulares encargados de la prestación de un servicio público.

En ese mismo sentido, el artículo 10 del Decreto Estatutario 2591 de 1991, el cual reglamentó la acción de tutela, establece que ésta puede ser ejercida por "cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales". Así entonces, el amparo debe demandarse por el titular de los derechos presuntamente vulnerados, quien puede hacerlo por sí mismo o a través de representante. Igualmente, se permite la agencia de derechos ajenos, cuando

⁹ Sentencia t- 406 de 2017 MP: Iván Humberto Escrucería Mayolo





el facultado legalmente para hacerlo "no esté en condiciones de promover su propia defensa"; por intermedio de la Defensoría del Pueblo o los personeros municipales.

De acuerdo con la normatividad, existen cuatro conductos a través de los cuales se puede interponer la acción de tutela por parte de la persona presuntamente vulnerada en sus derechos:

(i) Por sí misma. En este caso no se precisa de profesional del derecho.

(ii) Cuando se trata de personas jurídicas, incapaces absolutos o menores de edad, el facultado para presentar la demanda es el representante legal.

(iii) A través de abogado, caso en el cual se requiere de un poder que expresamente otorgue la facultad para interponer la acción tuitiva.

(iv) Por intermedio de un agente oficioso, o sea, una persona indeterminada, la cual no requiere de poder, pero debe especificar que lo hace en esa calidad y siempre que el titular del derecho "no esté en condiciones" de promoverla directamente. (Negrillas fuera del texto)

Respecto de la agencia oficiosa la Corte Constitucional¹⁰ ha señalado:

"Cuando la acción de tutela es interpuesta por intermedio de agente oficioso, la jurisprudencia constitucional ha señalado los siguientes elementos normativos: (i) el agente oficioso debe manifestar que está actuando como tal; (ii) del escrito de tutela se debe poder inferir que el titular del derecho está imposibilitado para ejercer la acción de tutela, ya sea por circunstancias físicas o mentales; (iii) la informalidad de la agencia, pues esta no implica que deba existir una relación formal entre el agente y los agenciados; (iv) la ratificación de lo actuado dentro del proceso."

5.2. PASIVA.

En relación con la legitimación por pasiva en el trámite de la acción de tutela el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991 dispone:

"Artículo 13. **La acción se dirigirá contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental.** Si uno u otro hubieren actuado en cumplimiento de órdenes o instrucciones impartidas por un superior, o con su autorización o aprobación, la acción se entenderá dirigida contra ambos, sin perjuicio de lo que se decida en el fallo. De ignorarse la identidad de la autoridad pública, la acción se tendrá por ejercida contra el superior". (Negrillas fuera de texto)

La entidad accionada, el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA Regional Bolívar, en principio tiene competencia para garantizar el derecho fundamental a la Salud, Seguridad Social e Igualdad de sus trabajadores. Por lo tanto, está legitimada en la causa por pasiva frente a la presunta

¹⁰ Sentencia T-004/13 MP: Mauricio González Cuervo



vulneración o amenaza de los derechos fundamentales que el actor narra en su escrito de tutela.

6. De los Derechos Fundamentales Invocados

6.1. Derecho a la Seguridad Social

Respecto del derecho a la Seguridad Social, la H. Corte Constitucional¹¹ ha señalado:

"La Seguridad Social es reconocida en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho constitucional fundamental. De esta manera, los artículos 48 y 49 de la Carta Política establecen la seguridad social por un lado, como un derecho irrenunciable, y por otro lado, como un servicio público, de tal manera que, por la estructura de este derecho, es el Estado el obligado a dirigir, coordinar y controlar su efectiva ejecución. La protección que le otorga el ordenamiento constitucional al derecho a la seguridad social se complementa y fortalece por lo dispuesto en el ámbito internacional pues son varios los instrumentos internacionales que reconocen el derecho de las personas a la seguridad social. Conforme a la jurisprudencia constitucional, el derecho a la seguridad social es un real derecho fundamental cuya efectividad se deriva "de (i) su carácter irrenunciable, (ii) su reconocimiento como tal en los convenios y tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano en la materia y (iii) de su prestación como servicio público en concordancia con el principio de universalidad. Sin embargo, el carácter fundamental del derecho a la seguridad social no puede ser confundido con su aptitud de hacerse efectivo a través de la acción de tutela. En este sentido, la protección del derecho fundamental a la seguridad social por vía de tutela solo tiene lugar cuando (i) adquiere los rasgos de un derecho subjetivo; (ii) la falta o deficiencia de su regulación normativa vulnera gravemente un derecho fundamental al punto que impide llevar una vida digna; y (iii) cuando la acción satisface los requisitos de procedibilidad exigibles en todos los casos y respecto de todos los derechos fundamentales"

6.2. Derecho a la Salud

La categorización de la salud como derecho fundamental autónomo fue finalmente consagrada por el legislador en la Ley 1751 de 2015. Los desarrollos de la jurisprudencia constitucional en torno a la naturaleza y alcance de este derecho, fueron su principal sustento jurídico y sirvieron para establecer normativamente la obligación del Estado de adoptar todas las medidas necesarias para brindar a las personas acceso integral al servicio de salud; derecho que, de encontrarse de alguna manera amenazado, puede ser protegido por vía de acción de tutela.

Al respecto, la H. Corte Constitucional¹², ha manifestado:

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia T-164/13. M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹² Corte Constitucional. Sentencia T-104/10, M.P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.





"La salud pasa de ser un derecho de los ciudadanos en relación con el Estado en el ámbito de prestación de un servicio público, para ser entendida como un derecho pleno, irrenunciable y exigible de la persona.

El derecho fundamental a la salud integra tanto la obligación del Estado de asegurar la prestación eficiente y universal de un servicio público de salud que permita a todas las personas preservar, recuperar o mejorar su salud física y mental, como la posibilidad de hacer exigible por vía de tutela tales prestaciones para garantizar el desarrollo pleno y digno del proyecto de vida de cada persona. "

6.3. Estabilidad Laboral – Cargos de Provisionalidad – Medidas Afirmativas

En relación con la estabilidad laboral relativa de que gozan los empleados que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, la Corte Constitucional¹³ ha señalado algunas medidas que pueden adoptarse para garantizar los derechos fundamentales de quienes ameritan una especial protección constitucional por estar en condiciones de vulnerabilidad, manifestando:

"Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación, gozan de una estabilidad relativa, en la medida en que sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera, tal como ocurrió en el caso en estudio o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación. En consecuencia, la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos. "

Entonces, pese a la potestad de desvincular a los empleados públicos nombrados en provisionalidad en un cargo de carrera, para no vulnerar los derechos fundamentales de aquellas personas que están en condición de vulnerabilidad deben observarse unos requisitos propios de la estabilidad relativa o intermedia de que son titulares, entre ellos:

(i) La adopción de medidas de acción afirmativa tendientes a proteger efectivamente el especial contexto de las personas vinculadas en provisionalidad, y

(ii) La motivación del acto administrativo de desvinculación.

Para la Corte Constitucional, antes de procederse al nombramiento de quienes superaron el concurso de méritos, las personas con una situación

¹³ Corte Constitucional. Sentencia SU-446/18. M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.



especial han de ser los últimos en removerse y en todo caso, en la medida de las posibilidades, deben vincularse nuevamente en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que venían ocupando, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones especiales al momento de su desvinculación y al momento del posible nombramiento. *"La vinculación de estos servidores se prolongará hasta tanto los cargos que lleguen a ocupar sean provistos en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional, contenidos, entre otras, en la sentencia SU-917 de 2010"*.

7. CASO CONCRETO

7.1. Hechos probados

Revisada la demanda y sus anexos, observa la Sala que se encuentran probados los siguientes hechos:

- Obra en el expediente copia de cédula de ciudadanía del accionante. (Fl. 9)
- Obra en el expediente copia de los oficios de remisión de concepto de rehabilitación de la NUEVA EPS. (Fl. 10-11)
- Obra en el expediente copia de resultados de ecografía de abdomen del accionante. (Fl. 12)
- Obra en el expediente copia de comunicación No. 2-2018-005704 del 11 de octubre de 2018 del SENA, en la que da respuesta a solicitud especial del accionante. (Fl.13)
- Obra en el expediente copia de historia clínica del tutelante. (Fl. 14-36)
- Obra en el expediente copia de certificado de incapacidad. (Fl. 37)
- Obra en el expediente copia de comunicación No. 13-232019-001193 del 21 de febrero de 2019, de terminación de nombramiento en provisionalidad por convocatoria 436 de 2017, dirigido al actor. (Fls. 38-39)
- Copia de resolución No. 000130 de 2019, por la cual se efectúa un nombramiento en periodo de prueba y se da por terminado un nombramiento provisional. (Fls. 40-43)
- Copias de autorizaciones de servicios de salud de la NUEVA EPS. (Fls. 45-46)
- Copia de historia clínica por urología. (Fl. 47-53)
- Copia de cedula de ciudadanía del señor EDGAR ERNESTO RAMÍREZ VILLOTA. (Fl. 90)
- Pantallazos de la página web de la CNSC, concurso de selección Convocatoria No. 436 de 2017, del participante EDGAR ERNESTO RAMÍREZ VILLOTA. (Fls. 91-103)



- Copia de la comunicación de aceptación de nombramiento en periodo de prueba por parte del señor EDGAR ERNESTO RAMÍREZ VILLOTA. (Fl. 104)
- Copia de comunicación de nombramiento en periodo de prueba. (Fls. 105-106)
- Pantallazos del correo electrónico, citación para posesión. (Fls. 111-112)

7.2. Análisis de los hechos probados frente al marco normativo y jurisprudencial expuesto.

El señor FREDY JULIO DÍAZ, deprecó solicitud de tutela contra el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA Regional Bolívar, con el fin de que se le amparen sus derechos fundamentales al Mínimo Vital, a la Seguridad Social, a la Salud, a la Igualdad, al Debido Proceso y a una Estabilidad Laboral Reforzada.

El A-Quo, en sentencia de ocho (08) de abril de 2019, concedió el amparo frente a los derechos a la Seguridad Social, a la Salud y a la Igualdad, bajo el argumento de que la entidad accionada no adoptó medidas afirmativas para hacer menos gravosa la situación del actor, de manera que pudiera continuar con las condiciones necesarias para su rehabilitación; por otro lado, el Juez de primera instancia decidió que los invocados derechos al Mínimo Vital, Estabilidad Laboral y Debido Proceso, no deben ser objeto de amparo, por cuanto la desvinculación del accionante se encuentra debidamente fundada y no obedeció a situaciones de discriminación, ni a razones abusivas o arbitrarias.

Mediante escrito de fecha once (11) de abril de 2019, el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, presentó impugnación contra el fallo de tutela de fecha ocho (08) de abril de 2019, solicitando a esta Corporación la revocatoria del fallo impugnado, y en su lugar negar los derechos deprecados por el accionante, teniendo en cuenta que la entidad ha procedido a proteger sus derechos integralmente, garantizando su retiro dentro de las últimas fechas previstas para la provisión de empleo, conforme a la jurisprudencia constitucional vigente, y dicho retiro no frustra su derecho de acceso a la pensión de vejez.

En este contexto, procede la Sala a resolver el problema jurídico planteado, teniendo en cuenta el marco normativo y jurisprudencial, así como los hechos probados y el objeto de la impugnación.



Procede esta Corporación a determinar si la accionada viola los derechos fundamentales deprecados.

De la solicitud de tutela, el fallo de primera instancia y la impugnación por parte de la entidad accionada, se tiene que el señor FREDY JULIO DÍAZ padece de múltiples patologías (Fls. 14-36) que afectan sus condiciones normales de vida, y por consiguiente su desempeño laboral; se observa en el sub judice, que la situación del accionante se reportó a la Coordinación del Grupo de Relaciones Laborales de la Secretaría General de la entidad para que fuera tenida en cuenta al momento de la provisión de los cargos de carrera administrativa de la Convocatoria 436 de 2017; así mismo, que el accionante fue comunicado de la terminación de nombramiento en provisionalidad, debido al nombramiento en periodo de prueba del señor EDGAR ERNESTO RAMÍREZ VILLOTA, y que su desvinculación se haría efectiva partir del mismo día en el cual el señor EDGAR ERNESTO RAMÍREZ VILLOTA tomara posesión del cargo para el cual concursó.

El accionante, solicitó su reintegro en un cargo del mismo nivel o superior, o al menos, la continuidad de su afiliación al sistema general de seguridad social en salud; a su turno, el SENA manifestó en el escrito de impugnación que en la entidad cuentan con 607 situaciones especiales reportadas a nivel nacional, y que se les está dando prioridad a los casos graves, dado que no cuentan con suficientes cargos para reubicar a todas las situaciones especiales.

Advierte la Sala, que de conformidad con la jurisprudencia en cita, el SENA, debía adoptar medidas afirmativas para no hacer más gravosa la situación del accionante; en primer lugar, en lo relativo a que su desvinculación debía ser prevista para las últimas provisiones de empleos de carrera administrativa, situación que se observa en el sub judice, por cuanto el acto de posesión del señor EDGAR RAMÍREZ VILLOTA estaba programada para el día 2 de abril de 2019¹⁴, mes en el cual se surtieron los últimos nombramientos de carrera administrativa; por otro lado, que tratándose de sujetos en situación de debilidad manifiesta derivada de una grave afectación de salud, además de las anteriores acciones afirmativas, la Corte Constitucional¹⁵ ha previsto que, en los eventos en que la persona deba dejar su cargo ocupado en provisionalidad y no sea posible su vinculación

¹⁴ Fls. 111-112.

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-096/18 M.P. Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez.





en un empleo similar por inexistencia de vacantes, le corresponde al empleador mantener su afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud, de tal suerte que se garantice la continuidad de los servicios médicos necesarios para el tratamiento de su enfermedad, hasta que los mismos finalicen o un nuevo empleador asuma tal obligación.

Así las cosas, esta Sala de decisión considera acertada la decisión del A-Quo, por cuanto el SENA, no adoptó cabalmente las medidas afirmativas señaladas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, toda vez que al nombrar en periodo de prueba al señor EDGAR RAMÍREZ VILLOTA, no continuó realizando los aportes de seguridad social al accionante; conducta que resulta vulneradora de los derechos fundamentales a la Seguridad Social y a la Salud.

Por otro lado, considera la Sala que en el sub iudice no está acreditada la vulneración al derecho a la igualdad; pues el accionante no acreditó qué personas que se encontraran en su misma situación fáctica y jurídica han recibido un trato diferente; razón por la cual se revocará parcialmente el numeral primero del fallo impugnado, en el sentido de negar el amparo respecto al derecho a la igualdad.

Por todo lo anterior, la Sala revocará parcialmente el fallo impugnado respecto al amparo del derecho a la igualdad, al tiempo que lo confirmará en cuanto al amparo de los derechos a la seguridad social y a la salud.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VI.- FALLA

PRIMERO: REVOCAR parcialmente el numeral primero del fallo impugnado, en cuanto al derecho a la igualdad, y en su lugar negar el amparo de dicho derecho.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de fecha ocho (08) de abril de dos mil diecinueve (2019) proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena.

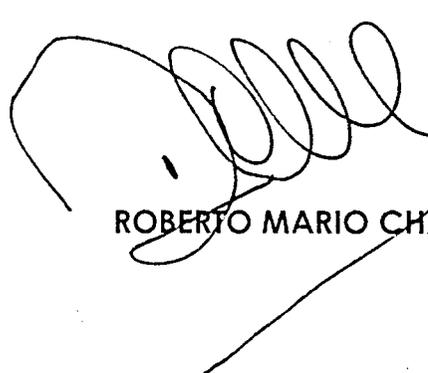
TERCERO: COMUNICAR el contenido de esta providencia a las partes y al Juez Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena.

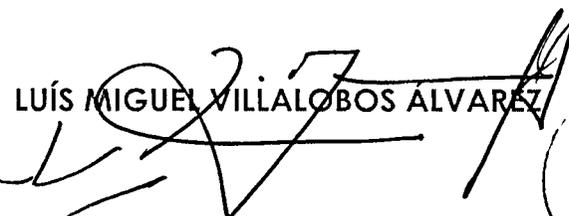


CUARTO: ENVIAR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión dentro de los diez (10) días siguientes de ejecutoriada ésta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS


ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS


LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ALVAREZ


JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL