|  |  |
| --- | --- |
| CIUDAD Y FECHA | **Bogotá, D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil diecinueve (2019)** |
| REFERENCIA | **Expediente No. 11001333603420190006100** |
| DEMANDANTE | **ANA JULIETH GIL HERRERA** |
| DEMANDADO | **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA** |
| MEDIO DE CONTROL | **TUTELA** |
| ASUNTO | **FALLO DE PRIMERA INSTANCIA** |

Ana Julieth Gil Herrera actuando en nombre propio, interpuso acción de tutela en contra del Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) con el fin de proteger su derecho fundamental al mínimo vital, trabajo, seguridad social y protección laboral reforzada.

1. **LA DEMANDA:**

**La accionante solicita que se ordene al Representante Legal del SENA que proceda a adoptar las medidas necesarias para que la mantengan en el cargo que actualmente desempeña o de lo contrario nombrarla en otro empleo provisional de igual o superior categoría y salario.**

Como **hechos** sustento de las pretensiones anotadas se aducen los siguientes:

Manifiesta la accionante que su núcleo familiar está compuesto por sus dos hijos menores de edad, del cual, uno de ellos tiene síndrome de Down y que desde el 20 de junio de 2012 se desempeña en el cargo de Secretaria en provisionalidad en el SENA.

Añade que mediante convocatoria 436 de 2017 la Comisión Nacional del Servicio Civil abrió convocatoria para proveer cargos de carrera administrativa del SENA, donde se ofertó el cargo que desempeña en la entidad.

Una vez agotadas las etapas del concurso, la lista de elegibles en encuentra en firme desde el 7 de noviembre de 2018.

También manifiesta que radicó ante la entidad solicitud de protección especial teniendo en cuenta que tiene la calidad de cabeza de familia con menores de edad a cargo y con una persona en condición de discapacidad, según la accionante, la entidad no contesto su petición de fondo.

Por último, argumenta que la entidad tiene la posibilidad de reubicarla en otro cargo toda vez que después del 13 de marzo de 2019 quedará desprotegida porque se posesiona la persona de carrera en su cargo.

**2. ACTUACIÓN PROCESAL**

* 1. La presente demanda fue radicada el 12 de marzo de 2019.
  2. Mediante providencia del 13 de marzo de 2019 se admitió la demanda y se ordeno notificar a la entidad demandada.

**3. LA IMPUGNACIÓN**

Notificado el representante legal del SENA el 14 de marzo de 2019, guardó silencio.

**4. LAS PRUEBAS:**

El demandante aportó las siguientes pruebas para acreditar los supuestos de hecho de la demanda:

4.1. Copia simple de registros civiles de nacimiento (folio 6 al 7 del cp).

4.2. Copia simple de la cc. De Ana Julieth Gil Herrera (folio 8 del cp).

4.3. Declaración extrajuicio (folio 9 del cp).

4.4. Copia de certificado de estudio (folio 10 del cp).

4.5. Copia de historia clínica (folio 12 al 14 del cp).

4.6. Copia de denuncia presentada en la Fiscalia (folio 16 al 17 del cp).

4.7. Copia de la resolución No. 000110 por medio de la cual se nombra en provisionalidad a Ana Julieth Gil Herrera en el SENA (folio 18 del cp).

4.8. Copia de la Resolución No. 010630 de 2018 por medio del cual se efectúa un nombramiento en periodo de prueba y se declara la insubsistencia de un nombramiento provisional (folio 19 al 20 del cp).

4.9. Copia de la Resolución No. CNSC-20182120135595 del 17 de octubre de 2018 por la cual se conforma una lista de elegibles (folio 21 al 22 del cp).

4.10 Copia de la Resolución No. CNSC-20171000000116 del 24 de julio de 2017 (folio 23 al 36 del cp).

4.11. Copia de solicitud presentada la accionante ante el SENA (folio 37 del cp).

**5. CONSIDERACIONES:**

* 1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, en el articulado general y, en particular, en los Artículos 1°, 5° y 8° del Decreto – Ley 2591 de 1991 “*Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”*, la Acción de Tutela se dirige o encamina a la protección inmediata de los Derechos Constitucionales Fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares, en este último evento, en los casos señalados de manera expresa y restrictiva por la ley. También procederá la acción, en aquellos eventos en que sea utilizada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, entendiéndose por tal, aquél que se concreta en un daño producido como consecuencia de la vulneración de un derecho de rango superior y que no puede protegerse de otra manera. Dentro de este entendido, de manera excepcional se autoriza el recurso a la tutela pero, se insiste, sólo en aquellos eventos en que esté destinada a evitar la configuración de un perjuicio que, dada su magnitud y calidades específicas, hace de la misma el mecanismo idóneo de protección, siendo entonces aplicado de manera transitoria, sin perjuicio de que el afectado cuente con otros medios de protección al derecho vulnerado. En tal hipótesis, se considera que la Acción de Tutela es el único mecanismo dotado de la eficacia jurídica requerida, dadas las circunstancias específicas del caso y es por ello que el legislador autoriza su ejercicio.

En síntesis, como la misma norma reglamentaria lo indica, la pretensión que caracteriza dicho instrumento jurídico, se contrae a garantizar al agraviado el pleno goce de su derecho, restableciéndolo al estado anterior a la violación, cuando fuere posible y conduce, previa solicitud, a la expedición de una declaración judicial que contenga una o varias órdenes de efectivo e inmediato cumplimiento.

* 1. Observa el Despacho que el derecho fundamental del cual pretende obtener protección el accionante es al mínimo vital, trabajo, seguridad social y protección laboral reforzada, toda vez que la entidad no ha tomado las medidas necesarias para reubicar a la accionante en otro empleo de la misma o mejor categoría, teniendo en cuenta que la persona de carrera se encuentra próxima a posesionar en el empleo que ocupa la accionante.

Así las cosas, cabe preguntarse **¿Debe tutelarse los derechos fundamentales del accionante ante las actuaciones de la entidad?**

La respuesta al anterior interrogante es negativa por las siguientes razones:

**La estabilidad intermedia de los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad que desempeñan cargos de carrera administrativa:**

*“La carrera administrativa es el mecanismo preferente para el acceso y la gestión de los empleos públicos, en donde quien supere satisfactoriamente las etapas del concurso de méritos adquiere un derecho subjetivo de ingreso al empleo público, exigible tanto frente a la Administración como a los funcionarios públicos que están desempeñando el cargo ofertado en provisionalidad. Por esta razón, la Corte ha sostenido que los cargos ejercidos en provisionalidad no pueden equipararse a los de carrera administrativa en cuanto a su vinculación y retiro, en tanto existen marcadas diferencias entre los funcionarios inscritos en carrera administrativa y los funcionarios públicos provisionales[[1]](#footnote-1).*

*En relación con los primeros, se trata de funcionarios que acceden a estos cargos mediante un concurso de méritos, por lo que su permanencia en ellos implica mayor estabilidad al haber superado las etapas propias del concurso, lo que impide el retiro del cargo a partir de criterios meramente discrecionales. De ahí, que el acto administrativo por medio del cual se desvincula a un funcionario de carrera administrativa deba, además de otros requisitos, ser motivado para que la decisión sea ajustada a la Constitución[[2]](#footnote-2).*

*Por su parte, los funcionarios públicos que desempeñan en provisionalidad cargos de carrera, gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que implica, sin embargo, que el acto administrativo por medio del cual se efectúe su desvinculación debe estar motivado, es decir, debe contener las razones de la decisión, lo cual constituye una garantía mínima derivada, entre otros, del derecho fundamental al debido proceso y del principio de publicidad[[3]](#footnote-3).*

*Ahora bien, esta Corporación ha reconocido que cuando un funcionario ocupa en provisionalidad un cargo de carrera y es, además, sujeto de especial protección constitucional, “concurre una relación de dependencia intrínseca entre la permanencia en el empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, particularmente el mínimo vital y la igualdad de oportunidades. De allí que se sostenga por la jurisprudencia que la eficacia de esos derechos depende del reconocimiento de estabilidad laboral en aquellos casos, a través de un ejercicio de ponderación entre tales derechos y los principios que informan la carrera administrativa”[[4]](#footnote-4).*

*Si bien estas personas no tienen un derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, pues este debe proveerse por medio de un concurso de méritos, sí debe otorgárseles un trato preferencial como acción afirmativa[[5]](#footnote-5), antes de efectuar el nombramiento de quienes ocuparon los primeros puestos en la lista de elegibles del respectivo concurso de méritos, con el fin de garantizar el goce efectivo de sus derechos fundamentales. Ello en virtud de los mandatos contenidos en los incisos 2º y 3º del artículo 13 Superior, relativos a la adopción de medidas de protección a favor de grupos vulnerables y personas en condición de debilidad manifiesta, y en las cláusulas constitucionales que consagran una protección reforzada para ciertos grupos sociales, tales como las madres cabeza de familia (art. 43 CP), los niños (art. 44 CP), las personas de la tercera edad (art. 46 CP) y las personas con discapacidad (art. 47 CP)[[6]](#footnote-6).”[[7]](#footnote-7)*

También la Corte Constitucional ha sostenido que en cuanto a la estabilidad laboral relativa que gozan los funcionarios que ocupan cargos en provisionalidad y que merecen una especial protección constitucional debe tenerse en cuenta ciertos requisitos, entre ellos:

1. Disponer lo necesario para garantizar que sean los últimos en ser desvinculados.

2. De ser posible, se procure su reubicación en empleos que aún se encuentren vacantes, iguales o equivalentes a aquellos que venían ocupando en provisionalidad, mientras estos son cubiertos en propiedad mediante el sistema de carrera.

También ha sostenido la Corte que los servidores públicos que ocupan un cargo en provisionalidad gozan de una estabilidad laboral relativa, sin embargo, pueden ser removidos por causas legales, entre las que se encuentran la provisión del cargo que ocupaba por una persona de carrera. Es decir, que la estabilidad laboral relativa de las personas vinculadas en provisionalidad cede frente al mejor derecho de quienes sobresalieron en el concurso y su estabilidad laboral está condicionada al tiempo de duración del proceso de selección y hasta cuando sean reemplazados por quien ocupe el cargo en virtud del concurso.

Por otro lado, el hecho de que la persona sea un sujeto de especial protección constitucional, esa sola circunstancia no le otorga un derecho indefinido a permanecer en este tipo de vinculación laboral, en cambio a las personas que acceden por concurso de méritos si surge la obligación constitucional de trato preferencial.

En el presente caso, menciona la accionante que es madre cabeza de familia, que tiene dos hijos del cual uno de ellos tiene síndrome de Down, además que se desempeña como Secretaria nombrada en provisionalidad en el SENA, que en virtud de la convocatoria No. 436 de 2017 la Comisión Nacional del Servicio Civil abrió convocatoria para proveer cargos de carrera administrativa de la entidad, en donde se oferto el cargo que ella desempeña. El concurso esta culminado y la lista de elegibles se encuentra en firme desde el 7 de noviembre de 2018. Manifiesta también que ella reporto ante la entidad la situación en la cual se encuentra, todo con el fin de que la entidad tomara las medidas pertinentes para su caso. Sin embargo, dice que la entidad no le contestó su petición de fondo y que se siente desprotegida toda vez que la persona de carrera debe llegar en este mes a ocupar su cargo.

Revisado el expediente, se encontró la Resolución No. 010630 de 2018 por medio del cual se hizo un nombramiento en periodo de prueba y como consecuencia de ello, el nombramiento en provisionalidad de la señora Ana Julieth Gil Herrera se declarara insubsistente a partir de la fecha en la que la persona de carrera tome posesión.

Por otro lado, también se encontró que en la parte motiva de la resolución la entidad menciono lo siguiente: *“(…) Que ANA JULIETH GIL HERRERA identificada con cédula de ciudadanía No. 52.281.297 acreditó la situación especial de Madre/Padre Cabeza de Familia, motivo por el cual en cumplimiento a lo ordenado por la Corte Constitucional, su retiro se hará afectivo en la últimas fechas previstas para la provisión de empleos en el marco de la convocatoria 436 de 2017 (…)”*

Por lo anterior, encuentra el despacho que la decisión de desvincular a la accionante del cargo que venía desempeñando en provisionalidad una vez se posesione la persona de carrera, se encuentra motivada en una causal objetiva y acorde con lo que se expuso anteriormente.

También se observa que la entidad demandada si tomo las medidas dirigidas a garantizar que la accionante por ser sujeto de especial protección constitucional que ocupaba en provisionalidad el cargo ofertado en la convocatoria 436 de 2017, fuera de las ultimas en ser desvinculadas de la entidad.

Así las cosas, no se encuentra que la entidad demandada SENA haya desconocido los derechos fundamentales alegados por la accionante, como ya se dijo, la decisión estuvo sustentada y además adoptó los mecanismos para que su retiro fuera de los últimos en efectuarse.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TREINTA Y CUATRO (34) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**FALLA:**

**PRIMERO:** **NIÉGUESE** la Acción de Tutela impetrada por ANA JULIETH GIL HERRERApor las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** Comuníquese por el medio más expedito la presente providencia al accionante ANA JULIETH GIL HERRERA y al Representante Legal del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA - y/o a quien haga sus veces.

**TERCERO:** En caso de que la presente providencia no fuere impugnada, remítase, para efectos de su revisión, a la Honorable Corte Constitucional, en los términos del artículo 31 del Decreto - Ley 2591 de 1991.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,**

**OLGA CECILIA HENAO MARÍN**

Juez

SLDR

1. Sin embargo, desde la sentencia T-800 de 1998 (MP Vladimiro Naranjo Mesa) se estableció que “la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que lo haga en provisionalidad; en otros términos, el nombramiento en provisionalidad de servidores públicos para cargos de carrera administrativa, como es el caso, no convierte el cargo en uno de libre nombramiento y remoción. Por ello, el nominador no puede desvincular al empleado con la misma discrecionalidad con que puede hacerlo sobre uno de libre nombramiento y remoción, a menos que exista justa causa para ello”. En el mismo sentido, la Corte Constitucional en la sentenciaT-660 de 2005 (MP Jaime Córdoba Triviño) señaló que “la jurisprudencia constitucional ha sido consistente en estimar que las garantías de estabilidad laboral propias de los empleos de carrera administrativa también resultan aplicables a quienes ejercen dichos cargos en condición de provisionalidad, puesto que este mecanismo de designación no tiene el efecto de transformar la naturaleza del cargo de carrera a de libre nombramiento y remoción. Por ende, el acto administrativo que retira del servicio a funcionarios de esta categoría no puede fundarse solamente en el ejercicio de la facultad discrecional del nominador, como sucede para el caso de los empleos de libre nombramiento y remoción, sino que tiene que motivarse. Esta misma doctrina también ha señalado que la falta de motivación del acto administrativo que desvincula a un servidor en provisionalidad constituye una vulneración del derecho al debido proceso.  Ello debido a que la reserva de las razones que fundaron la separación del empleo pone en situación de indefensión al afectado, en la medida en que no podría controvertirlas ante la jurisdicción del contencioso administrativo”. [↑](#footnote-ref-1)
2. El parágrafo 2º del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 “por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”, establece que “[e]s reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado”. [↑](#footnote-ref-2)
3. La Corte Constitucional ha desarrollado una línea jurisprudencial consolidada sobre el deber de motivación de los actos de desvinculación de los funcionarios públicos que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, la cual fue sentada desde la sentencia T-800 de 1998 (MP Vladimiro Naranjo Mesa). En esta providencia, la Corte conoció la acción de tutela interpuesta con ocasión de la desvinculación de una mujer madre cabeza de familia, que desempeñaba en provisionalidad el cargo de auxiliar de enfermería, el cual era de carrera. Esta Corporación confirmó las sentencias de instancia, mediante las cuales se ordenaba el reintegro de manera transitoria, mientras la jurisdicción de lo contencioso decidía sobre la legalidad del acto por medio del cual se dispuso su desvinculación. Para tal efecto, la Corte explicó que el derecho a permanecer en un cargo determinado no es fundamental, sin embargo consideró que por las particularidades del caso, procedía la acción de tutela para proteger otros derechos fundamentales a fin de evitar un perjuicio irremediable, pues con base en las circunstancias particulares de la peticionaria se vislumbraba que “la pérdida del trabajo […] y su consiguiente vacancia, la enfrentaría, junto con su hijo, a un perjuicio irremediable que no podría ser corregido a tiempo, si no es porque la acción de tutela permite evitarlo”. Además, la Corte sostuvo por vez primera que “el nombramiento en provisionalidad de servidores públicos para cargos de carrera administrativa, como es el caso, no convierte el cargo en uno de libre nombramiento y remoción. Por ello, el nominador no puede desvincular al empleado con la misma discrecionalidad con que puede hacerlo sobre uno de libre nombramiento y remoción, a menos que exista justa causa para ello”. Esta postura ha permanecido inalterada como lo detalló la Corte en la SU-917 de 2010 (MP Jorge Iván Palacio Palacio, SPV Nilson Pinilla Pinilla). En esta ocasión, la Corte Constitucional asumió el conocimiento de 24 expedientes de tutela, los cuales fueron acumulados luego de advertir la existencia de conexidad temática ya que todos los accionantes desempeñaban cargos de carrera en provisionalidad en diferentes entidades públicas, siendo desvinculados de sus empleos sin que los actos de retiro hubieren sido motivados. Este Tribunal *(i)* reiteró la posición sentada por la Corte desde el año mil novecientos noventa y ocho (1998) referente a la falta de motivación de los actos administrativos de desvinculación de funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, y *(ii)* resaltó la estrecha relación que guarda la exigencia de motivar los actos administrativo con importantes preceptos de orden constitucional como lo son el principio democrático, la cláusula del Estado de Derecho, el debido proceso y el principio de publicidad. La Sala Plena de la Corte Constitucional señaló en relación con el contenido de la motivación lo siguiente: “El acto de retiro no sólo debe ser motivado sino que ha de cumplir ciertas exigencias mínimas respecto de su contenido material, de modo que el administrado cuente con elementos de juicio necesarios para decidir si acude o no ante la jurisdicción y demanda la nulidad del acto en los términos del artículo 84 del CCA. Lo contrario significaría anteponer una exigencia formal de motivación en detrimento del derecho sustancial al debido proceso, pues si no se sabe con precisión cuáles son las razones de una decisión administrativa difícilmente podrá controvertirse el acto tanto en sede gubernativa como jurisdiccional. || Es por lo anterior por lo que la Corte ha hecho referencia al principio de “razón suficiente” en el acto administrativo que declara la insubsistencia o en general prescinde de los servicios de un empleado vinculado en provisionalidad, donde “deben constar las circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, por las cuáles se decide remover a un determinado funcionario, de manera que no resultan válidas aquellas justificaciones indefinidas, generales y abstractas, que no se predican directamente de quien es desvinculado”…”. Concluyó que “respecto del acto de retiro de un servidor público que ejerce un cargo en provisionalidad no puede predicarse estabilidad laboral propia de los derechos de carrera, pero en todo caso el nominador continúa con la obligación de motivarlo, al tiempo que el administrado conserva incólume el derecho a saber de manera puntual cuáles fueron las razones que motivaron esa decisión”. Entre otras, también pueden consultarse las sentencias T-289 de 2011 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y T-462 de 2011 (MP Juan Carlos Henao Pérez). [↑](#footnote-ref-3)
4. Sentencia T-186 de 2013 (MP Luis Ernesto Vargas Silva). [↑](#footnote-ref-4)
5. En relación con este aspecto de la acción afirmativa pueden ser consultadas las sentencias SU-446 de 2011 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y T-186 de 2013 (MP Luis Ernesto Vargas Silva). Este razonamiento se impuso por la Sala Plena de la Corporación en la providencia SU-446 de 2011, en la cual se planteó que, aunque primaban los derechos de acceder al cargo de los empleados de carrera, la entidad (Fiscalía General de la Nación) tenía el deber constitucional de emplear medidas de acción afirmativa tendientes a proteger efectivamente el especial contexto de las personas vinculadas en provisionalidad. [↑](#footnote-ref-5)
6. Al respecto, ver, entre otras la sentencia T-462 de 2011 (MP Juan Carlos Henao Pérez) y la SU-446 de 2011 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; SV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Humberto Antonio Sierra Porto; AV Luis Ernesto Vargas Silva). [↑](#footnote-ref-6)
7. Sentencia T-373 de 2017. [↑](#footnote-ref-7)