

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO TREINTA DE FAMILIA

Bogotá D. C., veintitrés (23) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Rad: 11001-31-100-30-2020-00205-00

Clase de proceso: Acción de Tutela

Procede este Despacho a proferir sentencia dentro de la Acción de Tutela instaurada a través de apoderada judicial por el ciudadano **JHON ALEXANDER CASTILLO LEÓN** identificado con la C.C 79.805.062 contra el **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA**.

**ANTECEDENTES**

A través de apoderada judicial el ciudadano **JHON ALEXANDER CASTILLO LEÓN** identificado con la C.C 79.805.062 inicia acción de tutela contra el **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA** por considerar que se le está vulnerando el derecho fundamental a la **IGUALDAD, TRABAJO, MINIMO VITAL y DIGNIDAD HUMANA**.

**HECHOS Y PRETENSIONES**

El 14 de octubre de 2011, el Juez Doce de Familia de Bogotá D.C; concede la custodia al señor **JHON ALEXANDER CASTILLO LEÓN** de su hijo JDCL quien actualmente cuenta con la edad de 11 años, por lo que desde esa fecha es padre cabeza de familia.

El accionante **JHON ALEXANDER CASTILLO LEÓN** tiene a su cargo exclusivamente todos los gastos de manutención y de educación de su hijo, así como sus propios gastos de sostenimiento.

El accionante se vinculó como instructor al **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA** desde el año 2014 bajo la modalidad de contratista.

El 07 de mayo de 2018 se posesiono mediante acta No. 70 nombramiento provisional en calidad de instructor G16 en la especialidad de PREPENSA identificado en la OPEC 59119.

Mediante la convocatoria 436 de 2017 la Comisión Nacional del Servicio Civil –CNSC llamó a concurso abierto de méritos para proveer 3687 empleos con 4973 vacantes de carrera administrativa en el SENA, entre los cargos ofertados estaba el identificado con la OPEC No. 59119.

Una vez el señor **JHON ALEXANDER CASTILLO LEÓN** tuvo conocimiento de la Circular Nro. 3- 2018 del 07 de septiembre de 2018 con asunto “Reporte de situaciones especiales para tener en cuenta al proveer empleos de carrera administrativa con listas de elegibles de la convocatoria 436 de 2017”, el 07 de noviembre de 2018 radica por escrito a la coordinación del Grupo Administrativo Mixto Regional Cundinamarca, su situación especial de PADRE CABEZA DE FAMILIA, emitiendo respuesta mediante el oficio No. 2 – 2018-005811 del 27 de diciembre de 2018, negando la misma de plano con el argumento de que se presentó de forma extemporánea, pasando por alto los párrafos 2° y 3° del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, el que dispone que la oportunidad para que la administración tenga en cuenta estas posibles especiales, es antes o en el momento de efectuar los respectivos nombramientos en periodo de prueba, no uno o dos años de aquel hecho.

El accionante **JHON ALEXANDER CASTILLO LEÓN** se inscribió a la convocatoria 436 de 2017 Servicio Nacional de Aprendizaje, en el cargo de instructor, identificado con el código OPEC 59119, concurso que surtió todas las etapas y su representado ocupó el segundo lugar con un puntaje de 79.04, pese a lo anterior, aquel no fue tenido en cuenta en la lista de elegibles, argumentándose que fue admitido sin reunir los requisitos exigidos en la convocatoria “no cumplía con la experiencia relacionada con las funciones del empleo a proveer OPEC 59119 (PREPrensa)”.

El 22 de mayo de 2020 a través del comunicado con No. de radicado 2-2020-011080 el **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA** notifica a su poderdante la Resolución No. 25-9232-00631 del 30 de abril de 2020 “por la cual se efectúa un nombramiento en periodo de prueba y se declara la insubsistencia de un nombramiento provisional”, que omite el derecho a presentar los recursos de ley.

Que el **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA** no protege los derechos fundamentales del señor **JHON ALEXANDER CASTILLO LEÓN** al no tenerlo en cuenta como una persona de protección especial.

En razón a lo anterior pretende que el Juzgado tutele los derechos fundamentales invocados y se ordene al **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA** decretar la nulidad parcial de la Resolución No. 25-9232- 00630 “por la cual se efectúa un nombramiento en periodo de prueba y se da por terminado un nombramiento provisional”.

Por otra parte, se vincule al señor **JHON ALEXANDER CASTILLO LEÓN** a un cargo igual o de mejores condiciones que se ajuste a su perfil profesional.

## **PRUEBAS**

La parte accionante anexa a su solicitud, los siguientes documentos:

- Fotografía del fallo dictado en audiencia del 12 de octubre de 2011 por el Juez Doce de Familia de Bogotá D.C, mediante el cual radica la custodia y el cuidado personal del NNA JDCL en cabeza de su progenitor.
- fotografía acta de declaración con fines extraprocesales rendida por PACHON RINCON ESTHER SHIRLEY.
- Fotografía de EPS Sanitas respecto de JHON ALEXANDER CASTILLO LEON.
- Fotografía del registro civil de nacimiento de JUAN DAVID CASTILLO LEMUS.
- Fotografía de acta de declaración juramentada con fines extraprocesales - Acta No. 6410 rendida por el señor JHON ALEXANDER CASTILLO LEON.
- Fotografía pantallazo a la información de la solicitud “certificado de escolaridad presente año”.
- Fotografía pantallazo a la página de la institución educativa CAFAM correspondiente al año lectivo 2020, grado sexto.
- Fotografía del contrato de arrendamiento apartamento 302 interior 13 Conjunto Residencial los Almendros.
- Fotografía del escrito de tutela promovido por el señor JHON ALEXANDER CASTILLO LEON en contra de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL-CNSC y el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA.
- Fotografía del fallo constitucional dictado por el día 12 de junio de 2020 Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento.
- Fotografía de la comunicación del 22 de mayo de 2020 emitida por el SENA y dirigida al señor JHON ALEXANDER CASTILLO LEÓN con asunto “terminación nombramiento provisional por convocatoria 436 de 2017”.
- Fotografía de la Resolución No. 25-9232-00631 de 2020 “por la cual se efectúa un nombramiento en periodo de prueba y se da por terminado un nombramiento provisional”.

El accionado SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE –SENA arrimo:

- Fallo constitucional dictado el 26 de febrero de 2020, por el Juzgado Cuarto Penal para Adolescentes con Función de Conocimiento de Bogotá.
- Fallo constitucional dictado el 01 de abril de 2019 por el Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Villavicencio – Meta.
- Fallo constitucional dictado el 13 de marzo de 2019 por el Juzgado Primero Penal del Circuito.

- Escrito del 01 de marzo de 2019, dirigido a la Secretaria General del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA.

Concepto marco 09 de 2018 Departamento Administrativo de la Función Pública.

Resolución 1 -0105 de 2020 “por la cual se da por terminada y se asignan funciones de Coordinación en un Grupo Interno de Trabajo”.

Circular No. 3-2018-000159 del 07 de septiembre de 2018 con asunto: “ Reporte de situaciones especiales para tener en cuenta al proveer empleos de carrera administrativa con lista de elegibles de la Convocatoria 436 de 2017”.

La COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, arrimo:

-Resolución No.CNSC -20182120190205 del 24 de diciembre de 2018 “ por la cual se conforma la Lista de Elegibles para proveer una (1) vacante del empleo de carrera identificado con el código OPEC No.59119 denominado Instructor, código 3010, Grado 1 , del Sistema General de Carrera del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA – ofertado a través de la Convocatoria No. 436 de 2017- SENA ”.

Convocatoria No. 436 de 2017- SERVICIO NACIONAL DEL APRENDIZAJE- FIRMEZA DE LISTAS DE ELEGIBLES.

### **ACTUACIÓN PROCESAL**

1.- Admitida la tutela el 16 de julio de 2020, se ordenó la notificación del **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE- SENA**, para que en el término de dos (2) días se pronunciara sobre los hechos materia de la presente acción; además la vinculación de la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL-CNSC**, para que en el mismo término procedieran de conformidad.

2.- El 16 de julio de 2020, se notificó al **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE- SENA** y a la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL-CNSC**, a través del correo institucional del Juzgado, informando sobre la admisión de la presente tutela, adjuntando copia de la referida solicitud.

3.- **El SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE- SENA** y la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL-CNSC**, brindaron contestación a la acción constitucional dentro de la oportunidad conferida.

4.-Este Despacho Judicial procedió a dictar fallo el día 29 de julio de 2020; y mediante providencia del 08 de septiembre de 2020, el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá – Sala de Familia; en providencia del 08 de septiembre de 2020, dispuso declarar la nulidad de lo actuado en el trámite y vincular al señor **RICARDO AMAYA LEIVA**.

5.-El Despacho en estricto cumplimiento de lo ordenado por el Ad- Quem, mediante auto del 15 de septiembre de 2020, dispuso vincular al señor **RICARDO AMAYA LEIVA**, para que en el término de dos (2) días se pronunciara sobre los hechos materia de la presente acción.

2.- El 18 de septiembre de 2020, se notificó al señor **RICARDO AMAYA LEIVA**, a través del correo institucional del Juzgado, informando sobre la admisión de la presente tutela, adjuntando copia de la referida solicitud.

3.- El señor **RICARDO AMAYA LEIVA**, dentro del término legal procedió a brindar contestación a la acción constitucional.

### **CONTESTACIÓN SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA.**

La entidad accionada refirió: “(...) Para el caso particular, la CNSC conformó lista de elegibles para el empleo OPEC No.59119, a través de la Resolución No. 20182120190205 del 24 de diciembre de 2018, acto administrativo sobre el cual una vez en firme, el SENA tenía la obligación de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 2.2.6.2.1 del Decreto 1083 de 2015

“Artículo 2.2.6.2.1 Envío de lista de elegibles en firme. En firme la lista de elegibles la Comisión Nacional del Servicio Civil enviara copia al jefe de la entidad para la cual se realizó el concurso, para que dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al envío de la lista de elegibles y en estricto orden de mérito se produzca en nombramiento en periodo de prueba en el empleo objeto del concurso, el cual no podrá ser provisto bajo ninguna otra modalidad, una vez recibida la lista de elegibles”.

En consecuencia, aquellos provisionales que se encuentren nombrados en empleos reportados en la convocatoria 436 de 2017, como es el caso del accionante, deberán ser retirados como consecuencia del cumplimiento al principio de mérito establecido en la Constitución Política.

Respecto a la condición de padre/madre de cabeza de familia del accionante, es necesario precisar que si en gracia de discusión se aceptara que goza de la condición de padre cabeza de familia, no significa que por ello, pueda predicarse la estabilidad definitiva en un cargo de carrera administrativa, pues como se ha argumentado a lo largo de este escrito, la vinculación que tiene la accionante con el SENA es PROVISIONAL hasta la fecha en que el cargo de carrera sea provisto con una persona en virtud de cualquiera de las formas de provisión definitiva del empleo, que en este caso corresponde a provisión en cumplimiento de la lista de elegibles conformada mediante concurso de méritos ”.

## **CONTESTACIÓN COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL-CNSC**

La entidad vinculada refirió: “(...) La acción de tutela como instrumento de protección, para este caso, es improcedente contra la Comisión, porque la competencia constitucional y legal de la entidad llega solo a la expedición y firmeza de las respectivas listas de elegibles de conformidad con las etapas del proceso de selección reguladas por los artículos 31 de la Ley 909 de 2004 y 14 a 16 del Decreto Ley 760 de 2005, por eso la solicitud de amparo es improcedente respecto a la CNSC, al margen de que sea procedente respecto de las demás autoridades implicadas.

Con fundamento en lo anterior, se reitera que frente a la CNSC existe una ausencia de legitimación en la causa por pasiva, dado que no es esta la entidad llamada a resolver el problema jurídico planteado por la accionante”.

## **CONTESTACIÓN RICARDO AMAYA LEIVA.**

El vinculado, refirió: “(...) En el caso del accionante, la CNSC aún no le ha dado respuesta de su recurso de reposición, por consiguiente, se desconoce cuál pueda ser la decisión de la CNSC, ya que esta puede ser favorable o desfavorable, entonces lo que tenía que hacer el accionante sería buscar por este medio se le diera respuesta a su recurso de reposición, tal vez por el tiempo que ha transcurrido, mas no para solicitar las pretensiones que ha expuesto, como quiera, que el Juez de tutela no está para remplazar a la entidad que a este asunto le compete”.

## **CONSIDERACIONES**

### **Aspectos preliminares**

Este Juzgado es competente para conocer de la presente acción, por mandato de los artículos 86 de la Constitución Nacional, 37 del Decreto 2591 de 1991; numeral 1°, inciso 2°, del Decreto 1382 de 2000; y 38 de la Ley 489 de 1998.

La solicitud satisface las formalidades legales y no se advierten anomalías que invaliden lo actuado, lo cual habilita al Despacho para decidir de fondo el asunto.

### **Naturaleza jurídica de la acción de tutela**

La jurisprudencia constitucional ha pregonado de antaño que la acción de tutela fue instituida como un mecanismo extraordinario para la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas, frente a la amenaza o violación que pueda derivarse de la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, en los casos previstos en la ley, sin que pueda erigirse en una vía sustitutiva de los medios

ordinarios de defensa que el ordenamiento jurídico ha consagrado para salvaguardarlos.

Es claro, entonces, que este instrumento judicial se torna improcedente cuando la persona afectada tuvo o tiene la oportunidad de obtener la protección del derecho que estima amenazado, por los cauces ordinarios y ante las autoridades competentes, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

### **Procedencia de la acción de tutela.**

El art. 86 de la Constitución Política de Colombia, dispone: *“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”*.

En el caso bajo examen, el ciudadano **JHON ALEXANDER CASTILLO LEÓN** identificado con la C.C 79.805.062, quien actúa a través de apoderada judicial, se encuentra legitimado en la causa por activa para interponer la acción de tutela, en virtud del citado postulado constitucional.

Por su parte, la legitimación por pasiva dentro del trámite de amparo hace referencia a la capacidad legal del destinatario de la acción de tutela para ser demandado, pues está llamado a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental en el evento en que se acredite la misma en el proceso. En el asunto de la referencia, el **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE- SENA**, es un establecimiento público del orden nacional, a quien se le aduce vulneración de los derechos invocados y de quien se solicita cese su actuar vulnerador.

Frente al accionado, **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL-CNSC**, el Despacho desde ya advierte que existe falta de legitimidad en la causa por pasiva, toda vez, que con su actuar no han dado lugar siquiera a la amenaza y/o riesgo de los derechos invocados por el actor.

### **INMEDIATEZ**

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela puede interponerse “en todo momento” porque no tiene término de caducidad.

La Corte Constitucional en Sentencia T-044/19 señaló, frente a este requisito: “El requisito de la inmediatez pretende entonces que exista “una correlación temporal entre

la solicitud de tutela y el hecho judicial vulnerador de los derechos fundamentales”, de manera que se preserve la naturaleza de la acción de tutela, concebida como un remedio de aplicación urgente que demanda una protección efectiva y actual de los derechos invocados.

Sobre el particular es preciso señalar que el actor en el escrito de tutela señaló que este requisito se encuentra superado toda vez que el 22 de mayo de 2020 a través del comunicado No. 2-2020-011080 el SERVICIO NACIONAL DEL APRENDIZAJE –SENA notifica al señor CASTILLO LEÓN la Resolución No.25-9232-00631 de fecha 30 de abril de 2020 “ por la cual se efectúa un nombramiento en periodo de prueba y se declara la insubsistencia de un nombramiento provisional ” y solo dos meses y 14 días después, procedió a elevar el mecanismo subsidiario de tutela para la protección de sus derechos fundamentales.

## **SUBSIDIARIEDAD**

El Decreto 2591 de 1991 establece expresamente que solo procede la tutela cuando “el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial”. Entonces, la procedencia de la acción se encuentra condicionada por el principio de subsidiariedad, bajo el entendido de que no puede desplazar los recursos ordinarios o extraordinarios de defensa, ni mucho menos a los jueces competentes en la jurisdicción ordinaria o contencioso administrativa.

El Despacho advierte que con la interposición de la tutela se busca la protección de los derechos fundamentales **IGUALDAD, TRABAJO, MINIMO VITAL y DIGNIDAD HUMANA** y es la vía que encuentra el actor para asegurar su ejercicio; sin embargo, pasara más adelante el Juzgado hacer un análisis exhaustivo sobre este requisito, a efecto de establecer si se cumple el presupuesto de subsidiariedad en el presente asunto.

## **Derecho Fundamental Invocado Como Vulnerado**

### **DERECHO FUNDAMENTAL AL TRABAJO**

La jurisprudencia constitucional también ha considerado el derecho al trabajo como “... *un derecho fundamental que goza de especial protección del Estado y, es uno de los bienes que para todos pretende conseguir la organización social, según el preámbulo, y uno de los valores fundamentales de la República, conforme al artículo 1º. Ibidem..*”. Y si bien ha considerado que es susceptible de tutela, la prosperidad de la acción en el campo laboral depende de que los derechos que se pretenden tutelar consagrados en la Constitución a favor de los trabajadores hayan sido desarrollados por la ley o los



tratados internacionales, que permitan precisar su contenido y delimitar sus alcances. (Sentencia C- 107/02).

### **DERECHO FUNDAMENTAL AL MINIMO VITAL**

El derecho al mínimo vital ha sido definido por esta Corte como "la porción de los ingresos del trabajador o pensionado que están destinados a la financiación de sus necesidades básicas, como son la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la recreación, la atención en salud, prerrogativas cuya titularidad es indispensable para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana, valor fundante del ordenamiento jurídico constitucional".(Sentencia T-678/17)

### **DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD**

En Sentencia C-288/14, la Corte Constitucional indicó: "La carrera administrativa también busca la preservación y vigencia de los derechos fundamentales de las personas de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos y ejercitar su **derecho al trabajo en igualdad de condiciones y oportunidades, con estabilidad y posibilidad de promoción, según la eficiencia en los resultados en el cumplimiento de las funciones a cargo (CP, arts. 2o., 40, 13, 25, 40, y 53).**

Desde la perspectiva constitucional, la comprensión de la función pública en clave de derechos fundamentales, impone una interpretación sistemática de la cláusula del Estado Social de Derecho (art.1); el derecho a la igualdad (art.13); los derechos políticos de los colombianos (art.40.7); el establecimiento de funciones públicas mediante ley o reglamento y las limitantes para acceder a cargos públicos (art. 122 con su reforma mediante el A.L. 01 de 2009); la regla del ingreso a la carrera por concurso de méritos y el principio de igualdad de oportunidades (art.125); al igual que la creación de la Comisión Nacional del Servicio Civil (art.130) .

En este sentido, el sistema de carrera administrativa está íntimamente vinculado con la protección del derecho político a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos (Art. 40-7 C.P.) en condiciones que satisfagan la **igualdad de oportunidades**. La exigencia de un concurso público de méritos permite, a partir de un procedimiento abierto y democrático, que los ciudadanos, sin distingo ni requisitos diferentes a las calidades profesionales que se exijan para el cargo correspondiente, pongan a consideración de las autoridades del Estado su intención de hacer parte de su estructura burocrática. Además, como se ha indicado, dicho mecanismo de selección

debe responder a parámetros objetivos de evaluación, lo que impide tratamientos discriminatorios injustificados en el acceso al servicio público”.

## **DERECHO FUNDAMENTAL A LA DIGNIDAD HUMANA**

Entendido como derecho fundamental autónomo, la Corte ha determinado que la dignidad humana equivale: (i) al merecimiento de un trato especial que tiene toda persona por el hecho de ser tal; y (ii) a la facultad que tiene toda persona de exigir de los demás un trato acorde con su condición humana. Por tanto, la dignidad humana se erige como un derecho fundamental, de eficacia directa, cuyo reconocimiento general compromete el fundamento político del Estado. (Sentencia T-291/16)

### **Planteamiento del problema jurídico.**

Corresponde a esta juzgadora determinar si los entes accionados SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA y la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL vulneraron los derechos invocados por el accionante al emitir la Resolución No.25-9232-00630 “por medio de la cual se efectúa un nombramiento en periodo de prueba y se da por terminado un nombramiento provisional” sin tener en cuenta la calidad de PADRE CABEZA DE HOGAR que dice ostentar.

Dentro de la documental que llama la atención del Despacho, se encuentran las siguientes:

Circular No. 3-2018-000159 del 07 de septiembre de 2018 con asunto: “Reporte de situaciones especiales para tener en cuenta al proveer empleos de carrera administrativa con lista de elegibles de la Convocatoria 436 de 2017 en aquel se indicó (en lo pertinente): Madre o Padre cabeza de familia: para acreditar esta condición , el servidor público debe presentar el (os) siguiente (s) documentos (s):

- a. Oficio manifestando bajo juramento que cumple con todas las condiciones anotadas anteriormente, indicando en cada una de ellas la situación específica.
- b. Copia del registro civil de nacimiento del hijo y/o del familiar.
- c. Documento que acredita la condición de discapacidad del hijo, de su pareja y/o de su familiar.

Procedimiento. Las personas interesadas en acreditar una o varias de estas situaciones especiales, deben presentar al SENA comunicación dirigida al Coordinador del Grupo de Apoyo Administrativo Mixto de la Regional donde labora, o al Coordinador del Grupo de Relaciones Laborales para quienes laboran en la Dirección General, la cual debe ser radicada en la dependencia de administración de documentos de su sede de trabajo a más tardar el 21 de septiembre de 2018 (...)

Los Grupos de Apoyo Administrativo Mixto deben verificar la completitud y veracidad de la información presentada y elaborar un listado consolidado de los servidores públicos vinculados al SENA con nombramiento provisional que tienen una situación especial, (...) el formato diligenciado deberá ser enviada al Grupo de Relaciones Laborales a más tardar el 03 de octubre de 2018”.

Pese a que el accionante indicó en el escrito de tutela en el hecho séptimo que radico escrito a la Coordinación del Grupo Administrativo Mixto Regional Cundinamarca, indicando su situación especial de PADRE CABEZA DE FAMILIA, el 07 de noviembre de 2018, no se arrió la documental que permitiera acreditar tal hecho, aunado a que la entidad accionada (SENA), refirió que los documentos fueron presentados de manera extemporánea, lo que se infiere del término dispuesto por la entidad.

En el escrito de la contestación de la acción de tutela se refirió por parte de la entidad accionada SENA: “(...)al accionante nunca se le reconoció dicha calidad, porque claro es que hasta la fecha no ha aportado documentos en los cuales se evidencie que cumple dicha condición y ahora pretende que mediante esta acción, se le dé una protección que para efectos de su condición de provisionalidad, en nada lo excluye de la terminación frente al mérito y el nombramiento ordinario de un elegible directo o seleccionado por la CNSC del Banco Nacional de las Lista de Elegibles (BNLE) , en caso de que se declare desierta la OPEC 59119”.

Escrito del 01 de marzo de 2019, dirigido a la Secretaria General del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA. EN el que se indicó: “(...) acorde con la normativa y la jurisprudencia indicadas en la presente comunicación, se tiene que la entidad deberá proceder a efectuar los nombramientos en periodo de prueba con las personas que ocuparon el primer lugar en la lista de elegibles producto del proceso de selección adelantado por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

En cuanto a los empleados con nombramiento provisional que están en situación de estabilidad laboral reforzada, deben ser retirados del servicio con el fin de proveer los empleos respectivos con quienes superaron el concurso de méritos.

No obstante, corresponde a la Administración aplicar medidas afirmativas de tal manera que se proceda con el especial cuidado previendo dispositivos tendientes a no lesionar sus derechos.

En ese sentido, una vez la entidad provea los empleos en periodo de prueba que fueron objeto de concurso y que tiene listas de elegibles vigentes, pueden verificar en su planta de personal los empleos vacantes temporal o definitivamente y efectuar un nuevo nombramiento provisional con quienes están en situación de estabilidad laboral

reforzada, sin desconocer el derecho preferencial al encargo con los empleados de carrera”.

Ahora bien, prescribe el párrafo 2 y 3 del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015: **“PARÁGRAFO 2º.** Cuando la lista de elegibles elaborada como resultado de un proceso de selección esté conformada por un número menor de aspirantes al de empleos ofertados a proveer, la administración, antes de efectuar los respectivos nombramientos en período de prueba y retirar del servicio a los provisionales, deberá tener en cuenta el siguiente orden de protección generado por:

1. Enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad.

**2. Acreditar la condición de padre o madre cabeza de familia en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.**

3. Ostentar la condición de prepensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.

4. Tener la condición de empleado amparado con fuero sindical.

**PARÁGRAFO 3.** Cuando la lista de elegibles esté conformada por un número igual o superior al número de empleos a proveer, la administración deberá adelantar **acciones afirmativas para que en lo posible los servidores que se encuentren en las condiciones señaladas en el párrafo anterior sean reubicados en otros empleos de carrera o temporales que se encuentren vacantes, y para los cuales cumplan requisitos, en la respectiva entidad o en entidades que integran el sector administrativo**”. El subrayado pertenece al Juzgado.

En escrito de contestación por parte de la entidad accionada, se señaló: “ 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 del 07 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.

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 expidiera en último lugar las lista de elegibles de los cargos ocupados por esas personas y conforme a la propuesta de escalonamiento realizada por el SENA, propuesta que en ultimas 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, entre la cual se encuentra la del accionante.

Así las cosas, la Entidad está previendo los mecanismos internos que permitan garantizar que las personas en situaciones especiales sean las ultimas en ser desvinculadas.

Conforme a lo anterior y con especial cuidado de no lesionar los derechos de quienes se encuentran en situación especial el SENA realizó las siguientes acciones afirmativas:

Emitió la circular 3-2018-000159 en la que solicitó reportar las situaciones especiales indicadas en el Decreto 648 de 2017.

Se consolidó el listado de personas con situaciones especiales.

Se realizó análisis de la información reportada por parte de los grupos de pensiones, y seguridad y salud en el trabajo.

Se solicitó complementar la información consolidada a los grupos de apoyo administrativo.

Se emitió el oficio 01-2-2019-00258 del 24 de enero de 2019 solicitando concepto al DAFP.

Se emitió CI 8-2019-011355 del 25 de febrero de 2019, solicitando no dar posesión a personas en situación especial hasta nueva orientación”.

De lo anterior es claro que el SENA, como entidad nominadora ha adelantado las acciones afirmativas para proteger al máximo posible los derechos de los provisionales en situación especial, que debían ser retirados con ocasión a la vinculación de las personas que ocuparon lugares de mérito en las listas de elegibles conformadas en el marco de la Convocatoria 436 de 2017.

Sin que sea dable el reintegro o la reubicación tal como lo solicita el accionante, pues sostiene la accionada que: “Así mismo es importante mencionar que los cargos que a la fecha se encuentren vacantes en la planta de personal, están siendo provistos a través de encargo de los servidores públicos con derechos de carrera administrativa, en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, modificado por el artículo primero de la Ley 1960 de 2019.

Posterior a ello y en caso que el cargo continúe vacante, se debe proceder con la vinculación de personal y provisionalidad, cumpliendo con los términos previstos en la Circular No. 01-3-2019-000222 del 18 de diciembre de 2019, a través de la cual se fijaron los requisitos para que las Regionales gestionen la vinculación de las personas con situaciones especiales reiteradas con ocasión de la convocatoria 436 de 2017, debidamente al accionante sea retirado por efectos del concurso y se encuentre acreditada la condición especial, conforme a los requisitos dispuestos en la Circular No.3-2019-000159, en caso que cumpla con las condiciones, será oportunamente informado por la Regional”.

Lo cierto es que el Sena procedió a nombrar en el cargo que ocupaba de manera provisional el accionante, a quien quedó en el primer puesto en la lista de elegibles, registro que fuera remitido por la CNSC producto del concurso de méritos realizado entre otros, para el referido cargo.

Sobre el concepto de la lista de elegibles la Corte Constitucional en Sentencia SU 446/2011, reseñó: “La lista o registro de elegibles es un acto administrativo de carácter particular que tiene por finalidad establecer la forma de provisión de los cargos objeto de concurso, **con un carácter obligatorio para la administración**. Junto con la etapa de la convocatoria, es una fase hito y concluyente del sistema de nombramiento por vía del concurso público, dado que a través de su conformación, la entidad pública con fundamento en los resultados de las distintas fases de selección, organiza en estricto orden de mérito el nombre de las personas que deben ser designadas en las plazas ofertadas en la convocatoria, observando para ello, las precisas reglas fijadas en ésta(...). Con la conformación de la lista o registro de elegibles se materializa el principio del mérito del artículo 125 de la Constitución, en la medida en que, con él, la administración debe proveer los cargos de carrera que se encuentren vacantes o los que están ocupados en provisionalidad debidamente ofertados”.

Para el caso en concreto tenemos que El SENA reportó a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC, un total de 4973 vacantes, con el fin de que se realizara concurso público y abierto para su provisión definitiva; la Comisión Nacional del Servicio Civil –CNSC dio apertura a la convocatoria 436 de 2017, la que se desarrolló conforme las etapas previstas en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004.

El accionante participó en la mentada convocatoria, no obstante, y tal como se evidencia de la lista de elegibles no se encuentra por mérito en los primeros órdenes para el empleo al cual se presentó, por eso ha de advertirse que la acción de tutela, no puede alterar la forma de vinculación al Estado, contrariando lo establecido en el artículo 125 de la Constitución Política de Colombia.

Conforme las pruebas allegadas, se pudo establecer que el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA no ha incurrido en la vulneración de los derechos invocados por el accionante, pues frente al beneficio del “reten social” y sobre las particularidades de estabilidad laboral reforzada en razón a tener la calidad de padre cabeza de familia; ha de indicarse que de la documental arrojada se advierte que la desvinculación del cargo del accionante se dio en razón al nombramiento en periodo de prueba de quien ocupó un lugar meritorio en la respectiva lista de elegibles de la convocatoria 436 de 2017; el que además y tal como lo exige la ley y la jurisprudencia, se encuentra debidamente motivado; por lo anterior, se hace claro para el Despacho que la vinculación en provisionalidad, es un nombramiento de carácter transitorio, razón por la cual, los empleos que se encuentran en vacancia definitiva, o mediante

nombramiento provisional o encargo deben ser provistos a través de concurso de mérito, es así, que los provisionales cuentan con una estabilidad laboral relativa y temporal hasta tanto no haya elegibles con derechos de carrera adquiridos a través del mérito.

Al respecto la Corte Constitucional, ha dicho : *“En el escenario específico de quienes alegan su calidad de beneficiarios del denominado “retén social”, la jurisprudencia constitucional ha sostenido, de manera reiterada y uniforme, que la acción de tutela es procedente para reclamar dicha condición por dos motivos principalmente: (i) Las personas beneficiarias del “retén social” son sujetos de especial protección que, además, se encuentran en situaciones de particular vulnerabilidad, dado que se trata de madres o padres cabeza de familia, personas en situación de discapacidad o próximas a pensionarse. (ii) **Los efectos del “retén social” se producen dentro del marco de procesos de reestructuración administrativa que culminan rápidamente.** Por tanto, la jurisdicción contencioso administrativa no es el mecanismo idóneo ni eficaz para reclamar los beneficios derivados de estos programas pues se hace predecible que para cuando se produzca el fallo contencioso administrativo “la respectiva entidad ya se encuentre liquidada y no se tenga a quien reclamar el reintegro laboral y el pago de los respectivos salarios”.*

Por lo anterior este Despacho considera que para el caso de marras no se cumple los requisitos exigidos para alegar el beneficio de “reten social”. Ahora bien, se alega por parte del accionante que es padre cabeza de hogar y por ello se encuentra en debilidad manifiesta.

La Alta corporación, ha sentado jurisprudencialmente los presupuestos para que una mujer sea considerada madre cabeza de familia y estos son : *“(i) que la mujer tenga a su cargo la responsabilidad de hijos menores de edad o de otras personas “incapacitadas” para trabajar; (ii) **que la responsabilidad exclusiva de la mujer en la jefatura del hogar sea de carácter permanente;** (iii) **que exista una auténtica sustracción de los deberes legales de manutención por parte de la pareja o del padre de los menores de edad a cargo;** y (iv) **que exista una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia”.***

Supuestos facticos que el accionante no demostró pues solo se limitó a indicar que era padre cabeza de hogar, que en virtud de decisión judicial ostenta la custodia de su menor hijo, y cabe resaltar que de la misma se observa que se encuentra regulada cuota alimentaria a favor del NNA, desconociéndose por el Despacho si la responsabilidad recae de manera exclusiva en él; aunado a que no cumplió con las fechas estipuladas por la entidad para acreditar la mentada condición.

La nulidad de la resolución No. 25- 9232-00630 “ por la cual se efectúa un nombramiento en periodo de prueba y se da por terminado un nombramiento provisional” que pretende sea declarada a través de la acción tutelar, no es procedente por lo ya indicado, debiéndose agotar por el interesado, las acciones judiciales pertinentes con las que cuenta, tornándose improcedente este mecanismo Constitucional, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, lo que se pasa a analizar.

Sobre estos requisitos para que proceda la acción de tutela como mecanismo transitorio la Corte Constitucional ha dicho:

*“La noción de perjuicio que trae el inciso 2° del numeral 1° del art. 6° del Decreto 2591 y que en su noción básica reproduce el inciso primero del art. 1° del Decreto 306 de 1992, contiene dos elementos que permiten su precisión, a fin de que su amenaza autorice el uso de la acción de tutela como mecanismo transitorio: el primero referido a su carácter “irremediable” y el segundo a que sólo pueda ser reparado en su integridad mediante “indemnización”. Se entiende por irremediable el daño para cuya reparación no existe medio o instrumento. Es el daño o perjuicio que una vez se produce, no permite retrotraer las circunstancias al estado anterior a la vulneración del derecho; y en este sentido debe tomarse la expresión “perjuicio irremediable”. El segundo elemento así lo viene a confirmar cuando predica que el daño, trátase de sus categorías moral ó material, que tiene bien acogidas la jurisprudencia colombiana de tiempo atrás, cuando de considerar la eventualidad del perjuicio irremediable se trata puede ser indemnizado en su integridad”. (Sentencia T-468, del 17 de julio de 1992)”.*

Como bien lo ha indicado la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional, ha sido clara en sostener que la acción de tutela es improcedente para obtener el reconocimiento de derechos laborales, pues por su naturaleza excepcional y subsidiaria, ésta no puede reemplazar las acciones ordinarias.

Concluye este despacho Constitucional que no se está vulnerando derecho fundamental alguno, y no se probó que se utilizara como mecanismo para evitar un perjuicio irremediable, pues al accionante, se le han respetado los términos y oportunidades en desarrollo del concurso para el cargo que ocupaba en provisionalidad, en el que, además participó; y también en el proceso de las medidas afirmativas efectuadas por el Sena, para tener en cuenta las circunstancias que hoy alega el accionante, sin que se hubiese acreditado tal calidad ante dicha entidad, pues en todo caso, no lo hizo dentro de la oportunidad establecida.

Así mismo y analizados los hechos objeto de estudio ordena el Despacho la desvinculación de la presente acción constitucional a la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC** como quiera que de las actuaciones desplegadas por esta, no se advierte que haya incurrido en violación de los derechos invocados por la accionante.



Por lo expuesto, este Despacho Constitucional no tutelara las pretensiones y derechos reclamados por el accionante.

Respecto al actuar temerario se ha indicado por la Honorable Corte Constitucional en Sentencia T- 730/15: “el artículo 38 de Decreto 2591 de 1991 estableció la figura de la temeridad, con miras a impedir la afectación en la administración de justicia en lo que se refiere al ejercicio de la acción de tutela, cuyo funcionamiento se vería perjudicado cuando una persona, sin una justificación razonable, elevase la misma causa ante jueces de la Republica, contra las mismas partes y buscando la satisfacción de idénticas pretensiones”.

Sobre el anterior tópico, precisa el Despacho que no se configura la actuación temeraria ya que al hacer comparación de los escritos de tutela se evidencia en primer término que hay diferencias frente al amparo de derechos fundamentales y las pretensiones no resultan semejantes, pese a advertirse identidad en las partes.

**EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL JUZGADO TREINTA DE FAMILIA DE BOGOTÁ D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

#### **RESUELVE**

**PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE** el amparo solicitado a través de apodera judicial por **JHON ALEXANDER CASTILLO LEÓN** identificado con la C.C 79.805.062, por las razones expuestas en esta providencia.

**SEGUNDO:** Contra el presente fallo procede impugnación por la vía jerárquica.

**TERCERO:** Remitir el expediente a la Honorable Corte Constitucional, para la eventual revisión del fallo de tutela, en caso de no ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

**CUARTO:** Notificar esta decisión a las partes por el medio más expedito. Líbrense comunicaciones.

**NOTIFÍQUESE,**

**Firmado Por:**

**VIVIANA MARCELA PORRAS PORRAS**

**JUEZ**  
**JUEZ - JUZGADO 030 DE CIRCUITO FAMILIA DE LA CIUDAD DE BOGOTA,**  
**D.C.-SANTAFE DE BOGOTA D.C.,**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:  
**3ff57b9f4195716a36a6891d3a900e130a539b34bf0453096135197af95df37a**  
Documento generado en 23/09/2020 03:20:37 p.m.