

REPÚBLICA DE COLOMBIA



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

JUZGADO CATORCE PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE BUCARAMANGA

Bucaramanga, veintinueve (29) de agosto de dos mil veintidós (2.020).

Decide el despacho, en primera instancia, la acción de tutela radicada bajo el No. 68001408801420220010100, instaurada por FERNANDO BOHÓRQUEZ GARCÍA, en contra de la SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE- SENA, habiéndose vinculado a la REGIONAL SANTANDER DEL SENA, JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, NUEVA EPS, MINISTERIO DE TRABAJO, COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, AL SEÑOR JUAN PABLO MORALES VARGAS Y ARL POSITIVA.

ANTECEDENTES

El señor FERNANDO BOHÓRQUEZ GARCÍA, identificado con cédula de ciudadanía No. 13.544.371, presentó acción de tutela contra el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE- SENA, por los siguientes hechos:

Fue nombrado en el SENA en el cargo de instructor código 3010 en provisionalidad mediante resolución No. 002 del 14 de enero de 2013.

Presenta una condición de discapacidad física congénita de nacimiento debido a la falta de su mano izquierda, situación que es conocida por la entidad accionada, pues él lo informó a la Dirección General grupo de relaciones laborales el día 13 de octubre de 2018, para efecto de medidas afirmativas de funcionarios en condición vulnerable.

Narró que en el desempeño de sus funciones adquirió la enfermedad de túnel del carpo en su única mano, patología que fue calificada como de origen laboral mediante valoración del 15 de octubre de 2020 en sede de segunda instancia por parte de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, determinándose una PCL del 16.83% con fecha de estructuración, 02/05/2019.

Refirió que pese a su discapacidad física y enfermedad laboral fue desvinculado de su cargo por primera vez en el mes de mayo de 2019 para dar paso al ganador del concurso de méritos de la convocatoria 436 de 2017, pero sin contar previamente con la autorización del Ministerio de Trabajo.

Dijo que luego de su primer despido fue nuevamente nombrado en virtud de orden judicial mediante resolución No 1-0873 del 22 de mayo de 2019.

Relató que posteriormente y por segunda vez el día 14 de enero de 2021 fue despedido para dar paso al elegible de la convocatoria 436, sin que mediara autorización previa del Ministerio de Trabajo, dada su condición de discapacidad física y su enfermedad laboral.

RADICADO: 2022-101
ACCIONANTE: FERNANDO BOHÓRQUEZ GARCÍA
ACCIONADO: SENA

Manifestó que su segundo despido fue sorpresivo y de un día para otro pues fue notificado el 14 de enero de 2021 con efectos a partir del 15 de enero de 2021, en razón al nombramiento que dentro de la convocatoria 436, se hiciera al señor JUAN PABLO MORALES VARGAS, conforme a la Resolución 68-00011 de 2021, a pesar de que este elegible ya había tenido un nombramiento anterior el día 3 de diciembre de 2020.

Contó que, en su examen médico de egreso, realizado el 22 de febrero de 2021 se indicaron como recomendaciones las siguientes: continuar control por fisioterapia por la ARL, valoración por ortopedia EPS, valoración por neurología en EPS, con restricciones, se recomienda no realizar movimientos repetitivos de mano derecha, no levantar cargas superiores a 5 kilogramos.

Indicó que respecto a su primera desvinculación del día 01 de mayo de 2019, realizó el día 29 de abril de 2022 ante la entidad accionada reclamación de indemnización por 180 días, recibiendo respuesta negativa el día 17 de mayo de 2022. Así mismo relató que el día 17 de marzo de 2022 elevó solicitud de indemnización de 180 días por su segundo despido de fecha 14 de enero de 2021, frente a lo cual también recibió respuesta negativa.

Aseguró que previo a su desvinculación no le fueron tomadas acciones afirmativas ya que él podía haber sido reubicado en un cargo definitivo vacante que se encuentra en el Centro Industrial del Diseño y la Manufactura CIDM de la misma Regional Santander, cargo que ha permanecido vacante hasta el día de hoy, pero que no se hizo bajo el argumento de que no es el mismo perfil.

También relató que después de su desvinculación fue pasando el tiempo con promesas de esperar una vacante que se generara por pensión, situación que nunca se dio porque al presentarse las vacantes se le dijo que no era procedente una reubicación porque ya no era funcionario, a pesar de que en la actualidad en el mismo centro de formación de donde fue desvinculado existen 6 vacantes disponibles no provistas.

SUJETOS DE ESTA ACCIÓN

Accionante: FERNANDO BOHÓRQUEZ GARCÍA, identificado con C.C. No. 13.544.371 de Bucaramanga.

Accionado: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE- SENA.

Vinculada: REGIONAL SANTANDER DEL SENA, JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, NUEVA EPS, MINISTERIO DE TRABAJO, COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL Y AL SEÑOR JUAN PABLO MORALES VARGAS, ARL POSITIVA.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

El accionante pretende el amparo de sus derechos fundamentales al DEBIDO PROCESO, ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA, los cuales, a su juicio, están siendo desconocidos por parte de la SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE-SENA al haberlo desvinculado del cargo que ocupaba en provisionalidad.

RADICADO: 2022-101
ACCIONANTE: FERNANDO BOHÓRQUEZ GARCÍA
ACCIONADO: SENA

Expresamente solicita que se ordene al SENA el pago de 180 días de indemnización por despido ineficaz efectuado el día 01 de mayo de 2019 y de igual modo se ordene indemnización de 180 días de salario por el despido realizado el día 14 de enero de 2021, valores indexados a la fecha.

De otra parte, solicita el actor que se declare que su desvinculación del 1 de mayo de 2019 y del 14 de enero de 2021 fue un despido ineficaz, por lo que carecería de efectos jurídicos.

Finalmente solicitó que se ordenen las medidas extra petitas que el Juzgado considere pertinentes como el posible reintegro del actor a un cargo igual o de mejor condición, reconociéndosele el pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir hasta la fecha en que se efectúe nuevamente su posesión.

RESPUESTA DE LAS ENTIDADES ACCIONADA Y VINCULADAS

SEÑOR JUAN PABLO MORALES VARGAS:

A través de su apoderada Angie Daniela Moreno Morales, contestó que no le constan los hechos narrados por el accionante, por lo que frente a los mismos no se pronuncia.

En cuanto a las pretensiones de la presente acción de tutela, solicitó que las mismas sean acogidas parcialmente, en tanto que el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA, en calidad de empleador, es quién tiene el deber de garantizar y restablecer los derechos al debido proceso y a la estabilidad reforzada, vulnerados al accionante. Sin embargo, el restablecimiento de estos derechos, no puede de ninguna manera, constituir una vulneración a sus derechos al trabajo, al mínimo vital y derechos adquiridos, por lo que pidió que en el evento de encontrar probados los hechos descritos por el accionante se amparen también sus derechos al trabajo, al mínimo vital y derechos adquiridos en el empleo de carrera que actualmente ocupa.

JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ:

Por intermedio de MARY PACHÓN PACHÓN, abogada de la sala segunda de decisión de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, contestó que el señor Fernando Bohórquez cuenta con el Dictamen No. 13544371 – 32475 del 15 de octubre de 2020 en el que se determinó: Diagnóstico Síndrome del túnel carpiano – Derecho leve, Pérdida de capacidad laboral: 16.83%, origen enfermedad laboral con fecha de estructuración 02 de mayo de 2019.

Expuso que el citado dictamen fue debidamente comunicado¹ a las partes interesadas en observancia a lo proveído en el Decreto 1072 de 2015, precisando que contra la decisión adoptada en la Junta Nacional no procede recurso alguno por lo que se encuentra en firme y sólo puede ser controvertida ante la jurisdicción ordinaria.

Finalmente indicó que como quiera que los hechos y pretensiones de la presente acción de tutela no versan sobre aspectos que sean de su injerencia, sea desvinculada de la misma.

MINISTERIO DE TRABAJO- DIRECCIÓN TERRITORIAL SANTANDER:

A través de GUILLERMO ELIZANDERSON ELIZALDE PADILLA, en su condición de Director Territorial Santander del Ministerio de Trabajo, manifestó que no le

RADICADO: 2022-101
ACCIONANTE: FERNANDO BOHÓRQUEZ GARCÍA
ACCIONADO: SENA

constan plenamente los argumentos fácticos manifestados por el accionante, por lo que los mismos deben probarse.

Indicó que conforme al Decreto Ley 2531 de 1965, artículo 41, modificado por la Ley 584 de 2000, artículo 20, a los funcionarios del Ministerio de Trabajo, no les está permitido declarar derechos individuales ni definir controversias, como quiera que es una competencia atribuida a los Jueces de la Republica.

Después de señalar la normativa y la jurisprudencia que rigen la relación laboral, a manera de conclusión reiteró que a los funcionarios de la entidad que representa no les está permitido declarar derechos individuales ni definir controversias, por lo que solicita la desvinculación del Ministerio del Trabajo- Dirección Territorial Santander por falta de legitimación en la causa por pasiva.

COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL- CNSC:

A través de JHONATAN DANIEL ALEJANDRO SÁNCHEZ MURCIA, jefe de Oficina Asesora Jurídica de la Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC, expuso que la presente acción de tutela 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.

Manifestó que, conforme al precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional, se tiene que es obligación de la administración evaluar cada caso en concreto, sus circunstancias particulares y normas aplicables para proteger de manera conjunta los derechos del prepensionado, madre o padre cabeza de familia y discapacitado, según el caso, así como garantizar el acceso al empleo público del elegible. Del mismo modo indicó que el parágrafo 2º. del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, estableció una medida afirmativa de protección en eventos como el del caso que nos ocupa, de la siguiente manera:

“Parágrafo 2. 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 pre-pensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.
4. Tener la condición de empleado amparado con fuero sindical.

Señaló que la anterior norma estableció una escala de sujetos de especial protección bajo el parámetro de que la lista de elegibles esté conformada por un número menor de aspirantes al de vacantes a proveer, escala que debe ser tenida en cuenta por la administración a la hora de realizar un nombramiento en período de prueba, siempre y cuando se configure la situación plasmada en la norma en cita.

Afirmó que bajo los lineamientos dados por la jurisprudencia constitucional y aplicando las normas vigentes en la materia, se considera que en los cuatro eventos anteriores le asiste la obligación al nominador de efectuar los

RADICADO: 2022-101
ACCIONANTE: FERNANDO BOHÓRQUEZ GARCÍA
ACCIONADO: SENA

nombramientos en periodo de prueba a quienes ocupan un lugar en las listas de elegibles producto del concurso público de méritos y, en el evento de que dicha provisión deba efectuarse en un empleo ocupado por un servidor en provisionalidad con condición de prepensionado, madre cabeza de familia o discapacitado, la entidad debe adoptar las siguientes medidas: a) Agotar la escala u orden de provisión de cargos de un mismo empleo, según lo señalado en el artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, incluyendo a las madres cabeza de familia y discapacitados. b) De no ser posible lo anterior, nombrar a la persona de especial protección constitucional en otro empleo en provisionalidad, igual o equivalente al que ocupaba. c) De no ser posible ninguna de las anteriores medidas, debe la entidad adoptar otras que garanticen los derechos fundamentales afectados, según el análisis de los casos concretos, como puede ser asumir el pago de aportes al sistema de seguridad social en salud y/o pensión, entre otras.

De otra parte y respecto al desarrollo de la convocatoria No. 436 de 2017, expuso que la Comisión Nacional del Servicio Civil en uso de sus competencias Constitucionales y Legales procedió a adelantar el Concurso Abierto de Méritos para proveer las vacantes definitivas del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA. Para tal efecto, se expidió el Acuerdo No. 20171000000116 del 24 de julio de 2017, modificado por los Acuerdos Nos. 20171000000146 del 05 de septiembre de 2017, 20171000000156 del 19 de octubre de 2017 y 20181000000876 del 19 de enero de 2018, los cuales se encuentran publicados en la página Web de la CNSC.

Narró que, en virtud de lo anterior, el accionante se inscribió al proceso de selección para el empleo denominado Instructor, Código 3010, Grado 1, identificado con código de OPEC No.59162, sin embargo, su resultado en el Proceso de Selección fue “NO CONTINUA EN CONCURSO” teniendo en cuenta de conformidad con el resultado obtenido en la PRUEBA SOBRE COMPETENCIAS BÁSICAS Y FUNCIONALES, fue de 33.80, tal como se evidencia en el perfil que tiene en SIMO, siendo que de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo de Convocatoria para los empleos del nivel Profesional se contemple el puntaje aprobatorio de 65,00.

Informó que actualmente la Convocatoria ha finalizado, una vez superada la fase número seis, correspondiente a los nombramientos en periodo de prueba con las listas de elegibles que conformó la CNSC, etapa de la que es responsable únicamente la entidad nominadora, conforme al procedimiento establecido en el artículo 2.2.5.1.5 del Decreto 1083 de 2015 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública”.

Así mismo precisó que la CNSC tiene por funciones la administración y vigilancia de las carreras, excepto de las carreras especiales y es un órgano de garantía y protección del sistema de mérito en el empleo público en los términos establecidos en la ley 909 de 2004, por lo que aclaró que no administra la planta de personal de las entidades.

Manifestó que en cuanto a lo que alude el accionante, según lo cual fue “nombrado en el SENA, como Provisional en el cargo de instructor código 3010, mediante resolución No 002 del 14 de enero de 2013” (...) “desvinculado una primera vez en el mes de mayo de 2019” (...) “nuevamente nombrado por orden judicial mediante resolución No 1-0873 del 22 de mayo de 2019” (...) “nuevamente desvinculado una segunda vez el 14 de enero de 2021” no le consta a la CNSC toda vez que la administración de la planta de personal es competencia exclusiva del SENA.

RADICADO: 2022-101
ACCIONANTE: FERNANDO BOHÓRQUEZ GARCÍA
ACCIONADO: SENA

En cuanto a la situación expuesta por el señor FERNANDO BOHÓRQUEZ GARCÍA, dijo que a la luz del proceso de selección, se debe advertir que, el mérito y la carrera han sido considerados jurisprudencialmente como principios constitucionales, por lo tanto, todas las entidades que se rigen bajo la Ley 909 de 2004, deben reportar las vacantes definitivas que ostenten en sus plantas de personal, aun cuando estén siendo ocupadas por personas próximas a pensionarse, mujeres en estado de embarazo, madre o padre cabeza de familia, personas con dictamen de discapacidad laboral o empleados amparados con fuero sindical, ya que los derechos de estas personas no resultan incompatibles con los concursos de méritos desarrollados por esta Comisión Nacional.

Finalmente, argumentó una falta de legitimación en la causa por pasiva y en tal sentido solicitó su desvinculación de la presente acción de tutela. Así mismo solicitó se declare la improcedencia de la acción de tutela.

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE- SENA, REGIONAL SANTANDER DEL SENA, NUEVA EPS y ARL POSITIVA:

A pesar de que haber sido notificados del presente trámite constitucional a través del oficio No. 336 enviado mediante correo electrónico, no se pronunciaron dentro del término otorgado para tal efecto.

CONSIDERACIONES

PROBLEMAS JURÍDICOS CONSIDERADOS

¿Resulta procedente a través de la presente acción constitucional ordenar al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE- SENA realizar el pago de 180 días de indemnización por el despido efectuado el día 01 de mayo de 2019 y otros 180 días de salario como indemnización por el despido realizado el día 14 de enero de 2021?

¿Resulta procedente a través de la presente acción constitucional declarar que la desvinculación laboral realizada por el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE-SENA al señor FERNANDO BOHÓRQUEZ GARCÍA el día 1 de mayo de 2019 y posteriormente el 14 de enero de 2021 fue un despido ineficaz y en tal sentido dejarlos sin efectos jurídicos?

¿Resulta procedente, a través de la presente acción constitucional ordenar al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE- SENA efectuar el reintegro del FERNANDO BOHÓRQUEZ GARCÍA a la planta de personal de la Regional Santander en el cargo de instructor código 3010 o en cualquier otro cargo dentro de dicha Regional que tenga una retribución salarial equivalente a la que devengaba al momento de su desvinculación?

PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

Frente al presente caso se hace necesario traer a colación la sentencia SU-446 de 2011, en la que la Corte analiza la protección especial de personas en situación de discapacidad, madres y padres cabeza de Familia y los prepensionados en la Planta de Personal de la Fiscalía General de la Nación con ponencia del Magistrado JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB, en los siguientes términos:

9.1. “ En razón de la naturaleza global de la planta de personal de la Fiscalía, tal como la definió el legislador, y el carácter provisional de la vinculación que ostentaban quienes hacen parte de este grupo de accionantes, la Sala

considera que el Fiscal General gozaba de discrecionalidad para determinar los cargos que serían provistos por quienes superaron el concurso; por tanto, no se podía afirmar la vulneración de los derechos a la igualdad y al debido proceso de estos servidores, al no haberse previsto por parte de la entidad, unos criterios para determinar qué cargos serían los que expresamente se ocuparían con la lista de elegibles.

La única limitación que tenía la Fiscalía General de la Nación era reemplazar a estos provisionales con una persona que hubiere ganado el concurso y ocupado un lugar que le permitiera acceder a una de las plazas ofertadas. En este caso, los provisionales no podían alegar vulneración de derecho alguno al ser desvinculados de la entidad toda vez que lo fueron para ser reemplazados por una persona que ganó el concurso.

Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación¹, 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 desvinculación². 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.

En la sentencia C-588 de 2009³, se manifestó sobre este punto, así: “... *la situación de quienes ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa es objeto de protección constitucional, en el sentido de que, en igualdad de condiciones, pueden participar en los concursos y gozan de estabilidad mientras dura el proceso de selección y hasta el momento en que sean reemplazados por la persona que se haya hecho acreedora a ocupar el cargo en razón de sus méritos previamente evaluados*”⁴

10.2. Sin embargo, la Fiscalía General de la Nación, pese a la discrecionalidad de la que gozaba, **sí** tenía la obligación de dar un trato preferencial, como una medida de acción afirmativa a: **i)** las madres y padres cabeza de familia; **ii)** las personas que estaban próximas a pensionarse, entendiéndose a quienes para el 24 de noviembre de 2008 -fecha en que se expidió el Acuerdo 007 de 2008- les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión; y **iii)** las personas en situación de discapacidad.

En estos tres eventos la Fiscalía General de la Nación ha debido prever mecanismos para garantizar que las personas en las condiciones antedichas, fueran las últimas en ser desvinculadas, porque si bien una cualquiera de las situaciones descritas no otorga un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos

¹ La línea jurisprudencial en esta materia se encuentra recogida en la sentencia SU-917 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacios Palacios.

² Cfr. Corte Constitucional T-1011 de 2003; T-951 de 2004; T-031 de 2005; T-267 de 2005; T-1059 de 2005; T-1117 de 2005; T-245 de 2007; T-887 de 2007; T-010 de 2008; T-437 de 2008; T-087 de 2009 y T-269 de 2009. Así mismo, la sentencia SU-917 de 2010, que recoge toda la jurisprudencia sobre este particular y fija las órdenes que debe dar el juez de tutela en estos casos.

³ M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁴ Véanse, por ejemplo, las Sentencias C-064 de 2007. M. P. Rodrigo Escobar Gil y T-951 de 2004. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

de quienes ganan el concurso público de méritos. Como el ente fiscal no previó dispositivo alguno para no lesionar los derechos de ese grupo de personas, estando obligado a hacerlo, en los términos del artículo 13 de la Constitución, esta Corte le ordenará a la entidad que dichas personas, **de ser posible**, sean nuevamente vinculadas en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía de los que venían ocupando.

Es claro que los órganos del Estado en sus actuaciones deben cumplir los fines del Estado, uno de ellos, garantizar la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución, entre los cuales la igualdad juega un papel trascendental, en la medida que obliga a las autoridades en un Estado Social de Derecho, a prodigar una protección especial a las personas que, por su condición física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, artículo 13, inciso 3 de la Constitución. Este mandato fue ignorado por la Fiscalía General cuando hizo la provisión de los empleos de carrera y dejó de atender las especiales circunstancias descritas para los tres grupos antes reseñados.

En relación con el llamado retén social es necesario precisar que si bien la Fiscalía General de la Nación no hace parte de la rama ejecutiva del poder público y como tal no está obligada por el programa de renovación de la administración pública contenido en la Ley 790 de 2002, razones de igualdad material propias del Estado Social de Derecho que nos rige, imponen a la Sala ordenar al ente fiscal tener especial cuidado con las personas en las situaciones antedichas.

En consecuencia, la entidad deberá prever las especiales situaciones descritas en este apartado, al momento en que deba ocupar los cargos con el o los concursos que tiene que efectuar en cumplimiento de esta providencia.

- 10.3.** Lo expuesto, le permite a la Sala concluir que debe negar la protección que solicitaron los accionantes que ocupaban empleos en provisionalidad y que alegaron la vulneración de sus derechos a la igualdad y al debido proceso, entre otros, por la inexistencia de criterios para definir a quiénes se les terminaría su vinculación para ser reemplazados por personal de carrera, en los términos del concurso.

En el caso de los provisionales que son sujetos de especial de protección, si bien la Corte **no concederá la tutela** porque no ostentaban un derecho a permanecer en el empleo, sí se ordenará a la Fiscalía General de la Nación que, en el evento en que a la fecha de expedición del fallo existan vacantes disponibles en cargos iguales o equivalentes a aquellos que venían ocupando, sean vinculados en provisionalidad mientras se realiza un nuevo concurso. La desvinculación de estos servidores sólo será posible previo acto administrativo motivado en los términos de la sentencia **SU-917 de 2010.**”

Así mismo se hace importante traer a colación, la sentencia T-462 de 2011, Magistrado Ponente, Dr. JUAN CARLOS HENAO PEREZ.

“5. La provisión de cargos de la lista de elegibles previo concurso de méritos y la protección especial de las personas en situación de discapacidad, las madres y padres cabeza de familia y los prepensionados. Reiteración de jurisprudencia

En varias oportunidades esta Corporación ha sostenido que los servidores públicos que ocupan en provisionalidad un cargo de carrera, gozan de una estabilidad laboral

RADICADO: 2022-101
ACCIONANTE: FERNANDO BOHÓRQUEZ GARCÍA
ACCIONADO: SENA

relativa, lo que implica que únicamente pueden ser removidos por causas legales que obran como razones objetivas que deben expresarse claramente en el acto de desvinculación, dentro de las que se encuentra la provisión del cargo que ocupaban, con una persona de la lista de elegibles conformada previo concurso de méritos⁵. En esta hipótesis, la estabilidad laboral relativa de las personas vinculadas en provisionalidad cede frente al mejor derecho de quienes superaron el respectivo concurso.

En ese sentido, la situación de quienes ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa, encuentra protección constitucional, en la medida en que, en igualdad de condiciones pueden participar en los concursos y gozan de estabilidad laboral, condicionada al lapso de duración del proceso de selección y hasta tanto sean reemplazados por quien se haya hecho acreedor(a) a ocupar el cargo en virtud de sus méritos evaluados previamente⁶.

Ha señalado igualmente la jurisprudencia de esta Corte, que si bien los actos administrativos que desvinculan a una persona nombrada en provisionalidad en un cargo de carrera, requieren de su respectiva motivación para garantizar el derecho al debido proceso, esto no significa que quienes han sido nombrados en provisionalidad ostentan la misma estabilidad laboral de quien se encuentra en el sistema de carrera por haber accedido al cargo por concurso de méritos.

Sin embargo, esta Corte ha reconocido que dentro de las personas que ocupan en provisionalidad cargos de carrera, pueden encontrarse sujetos de especial protección constitucional, como las madres y padres cabeza de familia⁷, quienes están próximos a pensionarse y los discapacitados, a quienes si bien por esa sola circunstancia, no se les otorga un derecho indefinido a permanecer en ese tipo de vinculación laboral, en virtud del derecho ostentado por las personas que acceden por concurso de méritos, si surge una obligación jurídico constitucional (art. 13) de propiciarse un trato preferencial como medida de acción afirmativa⁸, tendiente a no lesionar los derechos fundamentales de ese grupo de personas, antes de procederse al nombramiento de quienes superaron el concurso de méritos o, de no haberse dispuesto previamente ningún dispositivo en ese sentido, 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*

⁵ Al respecto, pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-1011 de 2003, T-951 de 2004, T-031 de 2005, T-267 de 2005, T-1059 de 2005, T-1117 de 2005, T-245 de 2007, T-887 de 2007, T-010 de 2008, T-437 de 2008, T-087 de 2009, T-269 de 2009, SU-9717 de 2010 y SU-446 de 2011.

⁶ Sentencias C-064 de 2007, T-951 de 2004 y C-588 de 2009.

⁷ En cuanto a los padres y madres cabeza de familia, en la sentencia SU-446 de 2011, la Sala Plena de esta Corte sostuvo que aun cuando esta clase de personas no ostenten dicha vinculación en la rama ejecutiva del poder público y por ello, en principio, no se obliguen por el programa de renovación de la administración pública regulada en la Ley 790 de 2002, razones de igualdad material ligadas íntimamente con el Estado Social de Derecho que nos rige, imponen a las autoridades especial atención y cuidado y en consecuencia la adopción de las citadas medidas de orden positivo.

⁸ Este razonamiento se impuso por la Sala Plena de la Corporación en la providencia SU-446 de 2011 en la cual la Corte no amparó los derechos de las personas que ocupaban cargos en provisionalidad, en situación de debilidad manifiesta y que habían sido reemplazados por empleados de carrera en la Fiscalía de General de la Nación. Aun así, en dicha ocasión la Corporación planteó que, aunque primaban los derechos de acceder al cargo de los empleados de carrera, la entidad tenía el deber constitucional de emplear medidas de acción afirmativa tendientes a proteger efectivamente el especial contexto de las personas vinculadas en provisionalidad.

RADICADO: 2022-101
ACCIONANTE: FERNANDO BOHÓRQUEZ GARCÍA
ACCIONADO: SENA

*jurisprudencia constitucional, contenidos, entre otras, en la sentencia SU-917 de 2010*⁹.

La Sala reconoce igualmente que las personas que ocupan en provisionalidad un cargo de carrera, que deban ser desvinculadas para dar paso a quien superó el concurso de méritos, y que sufran de alguna limitación física, psíquica o sensorial, la garantía de la eficacia de sus derechos fundamentales también atañe al sistema de seguridad social, el que, por ejemplo, podría reconocer y ordenar el pago de una pensión de invalidez, de cumplirse los requisitos legales, dentro de los que se encuentran el porcentaje mínimo de disminución de la capacidad laboral exigida¹⁰.

En conclusión, siguiendo lo indicado por la Sala Plena de esta Corporación en la sentencia de unificación de jurisprudencia SU-446 de 2011, cuando con fundamento en el principio del mérito (art. 125 C.P.) surja en cabeza del nominador la obligación de nombrar de la lista de elegibles a quien superó las etapas del concurso, en un cargo de carrera ocupado en provisionalidad por una persona calificada de padre o madre cabeza de familia, limitados físicos, psíquicos o sensoriales y prepensionados, en aplicación de medidas afirmativas dispuestas en la constitución (art. 13 numeral 3º), y en la materialización del principio de solidaridad social (art. 95 *ibídem*), se debe proceder con especial cuidado previendo dispositivos tendientes a no lesionar sus derechos y en caso de no adoptarse tales medidas, de ser posible, han de ser vinculados de nuevo en provisionalidad en un cargo similar o equivalente al que venían ocupando, de existir la vacante y, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones, tanto para la época de su desvinculación, como en el momento del posible nombramiento.

CASO CONCRETO

En el caso bajo examen, el accionante solicita el amparo de los derechos fundamentales al DEBIDO PROCESO y ESTABILIDAD REFORZADA, argumentando su condición de persona discapacitada y con enfermedad laboral, con ocasión de su desvinculación el día 1 de mayo de 2019 y posteriormente el 14 de enero de 2021 del cargo que ostentaba en provisionalidad como instructor código 3010 del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE- SENA Regional Santander, toda vez que respecto a dicho cargo se realizó un nombramiento, en virtud de la lista de elegibles proferida por la CNSC, teniéndose en cuenta los resultados del

⁹ Con fundamento en la tesis expuesta, la Sala Plena de la Corte Constitucional en la sentencia SU-446 de 2011, dispuso: “**TERCERO.- ORDÉNASE** a la Fiscalía General de la Nación **VINCULAR** en forma provisional, en el evento de existir vacantes en un cargo igual o equivalente al que ocupaban, a todos aquellos servidores que fueron retirados de la entidad con fundamento en el concurso convocado en el año 2007, siempre y cuando demuestren al momento de su desvinculación y al momento del posible nombramiento, una de estas tres condiciones: **i)** ser madres o padres cabeza de familia; **ii)** ser personas próximas a pensionarse, entendiéndose a quienes para el 24 de noviembre de 2008 -fecha en que se expidió el Acuerdo 007 de 2008- les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión; y **iii)** estar en situación de discapacidad, como una medida de acción afirmativa, por ser todos ellos sujetos de especial protección.

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**”.

¹⁰ En ese sentido, esta Corte en la sentencia T-566 de 2011, reiterando lo expuesto en la sentencia T-122 de 2010, sostuvo: “(...) el derecho a la seguridad social permite a las personas que se encuentran en circunstancias ajenas a su voluntad que las afecta física o mentalmente, originadas en la vejez, el desempleo o en una enfermedad o incapacidad laboral, la posibilidad de acceder a los medios que les permita llevar una vida en condiciones de dignidad. En este sentido, la pensión de invalidez cumple un papel indispensable en la protección de las personas afectadas por una discapacidad que disminuye o anula su capacidad laboral con la consecuente dificultad o impedimento para obtener los recursos que les permite disfrutar de una vida decorosa”.

RADICADO: 2022-101

ACCIONANTE: FERNANDO BOHÓRQUEZ GARCÍA

ACCIONADO: SENA

concurso de méritos que se llevó a cabo dentro de la convocatoria No. 436 de 2017.

En primer lugar y previo al análisis del caso concreto, procede este despacho a manifestarse en cuenta al requisito de inmediatez de la presente acción de tutela, pues si bien es cierto, el actor fue apartado del cargo que ocupaba en provisionalidad el día 14 de enero de 2021, se tiene que tal y como fue expuesto por el accionante en su escrito de tutela, él realizó gestiones ante la entidad accionada a través del sindicato del SENA para lograr su reintegro y/o reubicación, por lo que se dio el paso del tiempo, bajo la promesa de ubicarlo en un cargo que quedará vacante por alguna de las personas próximas a pensionarse; situación que no fue controvertida por la accionada, pues incluso dentro del presente trámite de tutela no allegó respuesta alguna, demostrándose así que durante el tiempo transcurrido desde el 14 de enero de 2021 no se ha dado una inactividad del accionante, sino que por el contrario se realizaron gestiones y acercamientos con la entidad accionada, tendientes a llegar a un acuerdo entre las partes.

En tal sentido, si bien es cierto la Corte Constitucional reconoce que ***“dentro de las personas que ocupan en provisionalidad cargos de carrera, pueden encontrarse sujetos de especial protección constitucional, como las madres y padres cabeza de familia¹¹, quienes están próximos a pensionarse y los discapacitados, a quienes si bien por esa sola circunstancia, no se les otorga un derecho indefinido a permanecer en ese tipo de vinculación laboral, en virtud del derecho ostentado por las personas que acceden por concurso de méritos, si surge una obligación jurídico constitucional (art. 13) de propiciarse un trato preferencial como medida de acción afirmativa¹², tendiente a no lesionar los derechos fundamentales de ese grupo de personas, antes de procederse al nombramiento de quienes superaron el concurso de méritos o, de no haberse dispuesto previamente ningún dispositivo en ese sentido, 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”***.

Bajo estas circunstancias, es pertinente anotar, que aunque la entidad accionada podría tener una obligación constitucional con el accionante ya que se encuentra acreditado y era de conocimiento de la entidad accionada que para el momento de la desvinculación laboral el señor FERNANDO BOHÓRQUEZ GARCÍA era una persona discapacitada y con una enfermedad de origen laboral, situación física y médica que persiste hoy en día; se tiene que como lo señaló la Corte Constitucional en su sentencia SU- 446 de 2011: **“la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista**

¹¹ En cuanto a los padres y madres cabeza de familia, en la sentencia SU-446 de 2011, la Sala Plena de esta Corte sostuvo que aun cuando esta clase de personas no ostenten dicha vinculación en la rama ejecutiva del poder público y por ello, en principio, no se obliguen por el programa de renovación de la administración pública regulada en la Ley 790 de 2002, razones de igualdad material ligadas íntimamente con el Estado Social de Derecho que nos rige, imponen a las autoridades especial atención y cuidado y en consecuencia la adopción de las citadas medidas de orden positivo.

¹² Este razonamiento se impuso por la Sala Plena de la Corporación en la providencia SU-446 de 2011 en la cual la Corte no amparó los derechos de las personas que ocupaban cargos en provisionalidad, en situación de debilidad manifiesta y que habían sido reemplazados por empleados de carrera en la Fiscalía de General de la Nación. Aun así, en dicha ocasión la Corporación planteó que, aunque primaban los derechos de acceder al cargo de los empleados de carrera, la entidad tenía el deber constitucional de emplear medidas de acción afirmativa tendientes a proteger efectivamente el especial contexto de las personas vinculadas en provisionalidad.

RADICADO: 2022-101
ACCIONANTE: FERNANDO BOHÓRQUEZ GARCÍA
ACCIONADO: SENA

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”.

De otra parte y sin desconocer lo anterior, igualmente se tiene que la Corte Constitucional ha establecido que:

“En conclusión, siguiendo lo indicado por la Sala Plena de esta Corporación en la sentencia de unificación de jurisprudencia SU-446 de 2011, cuando con fundamento en el principio del mérito (art. 125 C.P.) surja en cabeza del nominador la obligación de nombrar de la lista de elegibles a quien superó las etapas del concurso, en un cargo de carrera ocupado en provisionalidad por una persona calificada de padre o madre cabeza de familia, limitados físicos, psíquicos o sensoriales y prepensionados, en aplicación de medidas afirmativas dispuestas en la constitución (art. 13 numeral 3º), y en la materialización del principio de solidaridad social (art. 95 ibídem), se debe proceder con especial cuidado previendo dispositivos tendientes a no lesionar sus derechos y en caso de no adoptarse tales medidas, de ser posible, han de ser vinculados de nuevo en provisionalidad en un cargo similar o equivalente al que venían ocupando, de existir la vacante y, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones, tanto para la época de su desvinculación, como en el momento del posible nombramiento”.

Es así que se debe dar garantía al derecho de los dos afectados, en éste caso de del señor FERNANDO BOHÓRQUEZ GARCÍA, quien definitivamente tiene la calidad de limitado físico, pero también del señor JUAN PABLO MORALES VARGAS, quien tomó posesión en el cargo de instructor código 3010, grado 10 del SENA, como consecuencia de haber finalizado satisfactoriamente el Proceso de Selección de la Convocatoria No. 436 de 2017, por lo que no es posible ordenar una reubicación en el cargo del cual fue desvinculado el señor FERNANDO BOHÓRQUEZ GARCÍA, sin embargo si se ordenará al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE- SENA y a la Regional Santander del SENA que tan pronto exista un cargo vacante con el mismo nivel salarial que venía ostentando el señor FERNANDO BOHÓRQUEZ GARCÍA proceda a su nombramiento hasta que dicha vacante sea ocupada en propiedad.

Recapitulando, el despacho aplica la posición adoptada por la H. Corte Constitucional en múltiples fallos, como en las sentencias SU-446 de 2011, T-462 de 2011 y SU 003 de 2018, concluyendo que en el presente caso se hace necesario la especial protección laboral que reclama el señor FERNANDO BOHÓRQUEZ GARCÍA, ordenando su vinculación a un cargo igual al que venía desempeñando o con un salario equivalente al mismo que se encuentre vacante, o en su defecto, a la próxima vacante disponible.

En lo que tiene que ver con la solicitud de reconocimiento de indemnización por despido y de 180 días de salarios debido a las desvinculaciones laborales ocurridas los días 1 de mayo de 2019 y posteriormente el 14 de enero de 2021 y la declaración de ineficaz de los mismos para dejarlos sin efectos jurídicos, este Despacho no accederá a las mismas como quiera que en primer lugar respecto de la desvinculación laboral ocurrida el día 01 de mayo de 2019, el señor FERNANDO BOHÓRQUEZ GARCÍA ya tramitó una acción de tutela que se encuentra debidamente ejecutoriada y por lo cual este Juzgado no puede entrar a realizar nuevamente su estudio.

RADICADO: 2022-101
ACCIONANTE: FERNANDO BOHÓRQUEZ GARCÍA
ACCIONADO: SENA

Ahora bien, en cuanto a la desvinculación ocurrida en el mes de enero de 2021, tal y como ya se analizó, bajo la luz de la jurisprudencia citada, la desvinculación laboral que se realiza con ocasión de un concurso de méritos, a pesar de recaer sobre una persona de especial protección constitucional, no comparte en sí misma un despido sin justa causa, pues en palabras de la Corte Constitucional: “.....**la situación de quienes ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa, encuentra protección constitucional, en la medida en que, en igualdad de condiciones pueden participar en los concursos y gozan de estabilidad laboral, condicionada al lapso de duración del proceso de selección y hasta tanto sean reemplazados por quien se haya hecho acreedor(a) a ocupar el cargo en virtud de sus méritos evaluados previamente**¹³. En consecuencia, no resulta procedente reconocer a través del medio tutelar indemnización por la desvinculación del cargo, como tampoco por salarios, reiterando que la misma no tiene el carácter de injusto.

Finalmente, se desvinculará a la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, NUEVA EPS, MINISTERIO DE TRABAJO, COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, AL SEÑOR JUAN PABLO MORALES VARGAS Y A LA ARL POSITIVA, pues no se aprecia de su parte vulneración alguna de los derechos fundamentales de la accionante.

En razón y mérito de lo expuesto, EL JUZGADO CATORCE PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTÍAS DE BUCARAMANGA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: NO CONCEDER la presente acción de tutela en cuanto a la solicitud de indemnización por despido injustificado y salarios, conforme lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: TUTELAR la protección del derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada del señor FERNANDO BOHÓRQUEZ GARCÍA, en los términos expuestos en la parte motiva.

TERCERO: ORDENAR al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE- SENA, REGIONAL SANTANDER DEL SENA que en el evento de tener a la fecha una plaza disponible para el cargo de instructor código 3010 grado 10 en su planta de personal proceda a efectuar en dicha vacante el reintegro del señor FERNANDO BOHÓRQUEZ GARCÍA. En caso de no disponibilidad actual, tan pronto y como surja la primera vacante definitiva proceda de conformidad, proveyendo todo lo necesario para el cumplimiento de esta orden.

CUARTO: DESVINCULAR de la presente acción a la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, NUEVA EPS, MINISTERIO DE TRABAJO, COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, AL SEÑOR JUAN PABLO MORALES VARGAS Y A LA ARL POSITIVA, por no evidenciarse de su parte vulneración alguna de derechos fundamentales del señor FERNANDO BOHÓRQUEZ GARCÍA.

QUINTO: El desacato a lo ordenado en esta sentencia se sancionará con arresto al igual que se investigará y sancionará penalmente por fraude a resolución judicial, según lo previsto en los artículos 52 y 53 del decreto 2591 de 1991.

¹³ Sentencias C-064 de 2007, T-951 de 2004 y C-588 de 2009.

RADICADO: 2022-101

ACCIONANTE: FERNANDO BOHÓRQUEZ GARCÍA

ACCIONADO: SENA

SEXTO: Dispóngase la notificación de este fallo a las partes interesadas, en forma inmediata y por el medio más expedito, informándosele igualmente que cuentan con tres (3) días hábiles para presentar recurso de Impugnación de que trata el artículo 31 del decreto 2591 de 1991, y de no ser impugnado envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

La Juez,

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Ana Josefa Villarreal Gómez". The signature is fluid and cursive, with a large initial 'A'.

ANA JOSEFA VILLARREAL GÓMEZ