

## 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, veintiséis (26) de octubre de dos mil veintidós (2.022).

Decide el despacho, en primera instancia, la acción de tutela radicada bajo el No. 68001408801420220010100, instaurada por FERNANDO BOHÓRQUEZ GARCÍA, en contra del 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, ARL POSITIVA, JUAN PABLO MORALES VARGAS, ANA YAHAIRA LANDAZABAL, JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE BUCARAMANGA, SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BUCARAMANGA, JUZGADO TRECE PENAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, JUZGADO TERCERO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE BOGOTÁ, SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ y JUZGADO TERCERO PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE BOGOTÁ.

#### **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.

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

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.

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.

**Vinculadas:** REGIONAL SANTANDER DEL SENA, JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, NUEVA EPS, MINISTERIO DE TRABAJO, COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, ARL POSITIVA, JUAN PABLO MORALES VARGAS, ANA YAHAIRA LANDAZABAL, JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE BUCARAMANGA, SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BUCARAMANGA, JUZGADO TRECE PENAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, JUZGADO TERCERO PENAL DEL CIRCUITO

RADICADO: 2022-101

ACCIONANTE: FERNANDO BOHÓRQUEZ GARCÍA

ACCIONADO: SENA

ESPECIALIZADO DE BOGOTÁ, SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ y JUZGADO TERCERO PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE BOGOTÁ.

## **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 del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE-SENA al haberlo desvinculado del cargo que ocupaba en provisionalidad.

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, demanda 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**

### **JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE BUCARAMANGA**

La auxiliar judicial II informó que verificado el sistema Justicia XXI, la página web de la Rama Judicial y los archivos el despacho, constató que en ese juzgado se adelantó acción de tutela con identidad de partes, pero diferente objeto, radicada al No. 2019-0010 NI. 4351, dentro de la cual se profirió fallo el 4 de marzo de 2019 que declaró improcedente la acción constitucional, decisión confirmada en segunda instancia por la Sala Penal el 5 de abril de 2019.

Destacó que el despacho no ha incurrido en violación alguna de los derechos fundamentales reclamados y, en consecuencia, solicita la desvinculación del presente trámite.

Por conducto del Centro de Servicios Administrativos para los Juzgados Penales del Circuito Especializados remitió copia del fallo de tutela de primera instancia de fecha 4 de marzo de 2019 y de segunda instancia del 5 de abril de 2019.

### **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 antecedente de calificación en la entidad: 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, fecha de estructuración: 2 de mayo de 2019.

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

Expuso que el citado dictamen fue debidamente comunicado 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 solicitó la desvinculación del presente asunto como quiera que los hechos y pretensiones de la acción de tutela no versan sobre aspectos que sean de su injerencia al resultar ajenos al desarrollo de sus funciones.

## **SALA PENAL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ**

El despacho del Magistrado Dagoberto Hernández Peña remitió copia del fallo de fecha 4 de agosto de 2021 por el cual confirmó la sentencia proferida el 10 de junio de 2021 por el Juzgado Trece Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Bogotá (sic), dentro de la acción de tutela promovida por Fernando Bohórquez García contra el SENA, mediante la cual se declaró improcedente el mecanismo activado, aclarando que no se configura temeridad en su ejercicio porque fue con posterioridad a la interposición de la demanda anterior y su respectivo fallo que se suscitaron los hechos en ese momento sometidos a consideración.

Como antecedentes en el precitado fallo se registraron:

*“FERNANDO BOHÓRQUEZ GARCÍA promovió acción de tutela contra el Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA, por presunta afectación de sus derechos fundamentales.*

*Hechos. - Manifestó el actor, quien tiene 42 años de edad, que de abril de 2008 a diciembre de 2012 fue contratista del SENA y, a partir de enero de 2013, fue nombrado en provisionalidad como Instructor Grado 18, cargo que desempeñó hasta mayo de 2019 cuando fue desplazado por quien superó el concurso de méritos realizado por la entidad.*

*En febrero de 2019 instauró acción de tutela para que se le respetara su condición de discapacidad derivada de la falta de la mano izquierda desde su nacimiento y deterioro de la mano derecha; siendo fallada con requerimiento al SENA para que, una vez estabilizada la planta de personal en atención al concurso de méritos, valorara la situación de FERNANDO BOHORQUEZ y, si existiera vacante que pudiera ejercer en provisionalidad, fuera nombrado hasta que el cargo fuera provisto en propiedad.*

*Fue por lo que el 2 de mayo de 2019 se le designó en provisionalidad en el cargo de Instructor 1 en el Centro de Servicios Empresariales y Turísticos de la Regional Santander.*

*El 14 de enero de 2021 se materializó el nombramiento en carrera de la persona que obtuvo el derecho en el concurso de méritos, quedando cesante a pesar de su condición de debilidad manifiesta derivada de su discapacidad física agravada por el síndrome de túnel del carpo diagnosticado en mayo de 2019, enfermedad calificada como profesional con una pérdida de capacidad laboral del 16,86%.*

*En consecuencia, solicitó que se deje sin efectos la Resolución que lo retiró de la entidad y se disponga su reintegro al mismo cargo que desempeñaba o uno equivalente.”*

Sobre la sentencia de primera instancia e impugnación se consignó:

*“Decisión de primera instancia. -El Juzgado 13Penal del Circuito de Bogotá avocó el conocimiento del asunto, dispuso vincular además de la entidad accionada a los terceros con interés y recopiló el material demostrativo suficiente para adoptar la decisión correspondiente.*

RADICADO: 2022-101

ACCIONANTE: FERNANDO BOHÓRQUEZ GARCÍA

ACCIONADO: SENA

*Fue así como resolvió declarar improcedente la acción iniciada, porque el demandante cuenta con otro medio de defensa a su alcance para dirimir la controversia suscitada, es decir, no se cumple la exigencia de subsidiariedad.*

*En efecto, adujo, que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es la indicada para desplegar la amplia actividad probatoria y de controversia que defina el asunto eminentemente prestacional, pues tampoco se acreditó situación de indefensión o debilidad manifiesta que conlleve un perjuicio grave, injusto e irremediable.*

*Reconociendo la afectación física que padece el actor, señaló que ella no fue la causa de la desvinculación laboral ni limita el desarrollo de sus actividades profesionales, pues se presenta desde el nacimiento y aun así estuvo vinculado al SENA desde el año 2008 como contratista y luego en un cargo en provisionalidad.*

*La terminación de la relación, enfatizó, obedeció a la necesidad, incluso al cumplimiento de una orden constitucional, de proveer los cargos a través del concurso de méritos realizado en la entidad, no a posible discriminación o desconocimiento de derechos supremos.*

*En cuanto a la condición de padre cabeza de familia que también argumentó el demandante, precisó que tampoco alcanzó demostración, pues la consulta oficiosa realizada en ADRESS arrojó como resultados que Sonia Milena Ospina Galvis esposa del actor y madre de tres hijas menores de edad, figura como cotizante afiliada en salud a la Nueva EPS, mientras que las niñas como beneficiarias, lo que permite aseverar que ella percibe una fuente de ingreso familiar. Situación que de suyo explica el sostenimiento del grupo durante los meses que han transcurrido desde el retiro de BOHORQUEZ GARCIA del SENA.*

*Por estas razones declaró improcedente el mecanismo activado, aclarando que no se configura temeridad en su ejercicio porque fue con posterioridad a la interposición de la demanda anterior y su respectivo fallo que se suscitaron los hechos ahora sometidos a consideración.*

*Impugnación.-Inconforme con la determinación, el actor la impugnó para que se revoque en su integridad.*

*En cuanto a la afectación al mínimo vital argumentó que no se tuvo en cuenta que lo devengado como trabajador del SENA era su único sustento y el de su familia, incluidas sus tres hijas quienes se encuentran directamente perjudicadas, por lo que sus derechos fundamentales como menores también se están vulnerando.*

*Admitió que existen otros mecanismos a su alcance, sin embargo, se debió analizar la jurisprudencia y su condición de debilidad manifiesta para proteger sus garantías constitucionales.*

*Seguidamente refirió amplia jurisprudencia sobre la situación de pre-pensionado y la estabilidad laboral reforzada de tales sujetos; agregando que existen “bastantes” cargos en el SENA a los cuales puede ser reincorporado.*

*Insistió, así, que se ordene a dicha entidad reintegrarlo a un cargo igual o mejor al que venía desempeñando y, en caso de no existir vacantes, dejarlo en una lista de espera y ubicarlo con el primero que surja. Así mismo, ordenar al SENA que no realice nombramientos provisionales hasta tanto no sea reincorporado el señor FERNANDO BOHORQUEZ GARCÍA, a menos que obedezcan a una orden judicial.”*

En cuanto a las consideraciones y decisión del Tribunal Superior se indicó:

*“(…) **Subsidiariedad e inmediatez.**-La acción de tutela está prevista en el artículo 86 de la Constitución Nacional como un mecanismo procesal directo, preferente y sumario que tiene por objeto la protección concreta e inmediata de los derechos fundamentales en una determinada situación jurídica, cuando éstos sean vulnerados o exista amenaza*

RADICADO: 2022-101

ACCIONANTE: FERNANDO BOHÓRQUEZ GARCÍA

ACCIONADO: SENA

de su violación, siempre y cuando no exista otro medio judicial para ello, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Conforme a tal mandato Superior, la Corte Constitucional desde sus inicios se ha pronunciado definiendo la procedencia del amparo y la protección de los derechos fundamentales, desde los criterios de:

“... **subsidiariedad** (e) **inmediatez**: la primera por cuanto tan sólo resulta procedente instaurar la acción en subsidio o a falta de instrumento constitucional o legal diferente, susceptible de ser alegado ante los jueces, esto es, cuando el afectado no disponga de otro medio judicial para su defensa, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable (artículo 86, inciso 3°, de la Constitución); la segunda, puesto que la acción de tutela ha sido instituída como remedio de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda de la efectividad concreta y actual del derecho objeto de violación o amenaza.<sup>1</sup>Luego no es propio de la acción de tutela el sentido de medio o procedimiento llamado a reemplazar los procesos ordinarios o especiales, ni el de ordenamiento sustitutivo en cuanto a la fijación de los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni el de instancia adicional a las existentes, ya que el propósito específico de su consagración, expresamente definido en el artículo 86 de la Carta, no es otro que el de brindar a la persona protección efectiva, actual y supletoria en orden a la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales. ... ..

La acción de tutela no es, por tanto, un medio alternativo, ni menos adicional o complementario para alcanzar el fin propuesto. Tampoco puede afirmarse que sea el último recurso al alcance del actor, ya que su naturaleza, según la Constitución, es la de único medio de protección, precisamente incorporado a la Carta con el fin de llenar los vacíos que pudiera ofrecer el sistema jurídico para otorgar a las personas una plena protección de sus derechos esenciales.”<sup>2</sup>

En la Sentencia SU-355 de 2015, la Corte Constitucional unificó su jurisprudencia respecto del principio de subsidiariedad, concluyendo que este requisito hace referencia a dos reglas: 1) regla de exclusión de procedencia y 2) regla de procedencia transitoria. La primera implica declarar la improcedencia de la acción cuando en el ordenamiento está previsto un medio judicial idóneo y eficaz<sup>3</sup> para defenderse de una agresión iusfundamental. La segunda, es la excepción de la regla general y procede cuando, a pesar de existir tales medios judiciales la acción de tutela es procedente transitoriamente para evitar la configuración de un perjuicio irremediable.

La inmediatez, por su parte, impone que la orden constitucional resulte efectiva para el restablecimiento de los derechos alegados, pues si por el transcurso del tiempo ella no es oportuna, la acción constitucional deviene igualmente improcedente.

**Reintegro laboral por vía de tutela.**- Con asidero, principalmente, en el aludido carácter subsidiario y residual de la acción de tutela, la jurisprudencia constitucional se encuentra suficientemente decantada al afirmar reiteradamente que el reintegro laboral es un asunto típicamente legal, para cuyo debate están establecidas las vías jurisdiccionales ante los jueces ordinarios.

Tal postura busca conservar el orden corriente de asignación de competencias a las jurisdicciones y evitar la intromisión del juez constitucional en los terrenos propios de los jueces naturales, imponiéndose la necesidad de que los asuntos jurídicos se tramiten por la vía legal o administrativa ordinaria.

No obstante, también por vía jurisprudencial se ha admitido la procedencia excepcional de la acción de tutela para ordenar el reintegro, cuando se verifica la existencia de un perjuicio irremediable o en casos de configurarse los elementos de la estabilidad laboral reforzada como la que argumenta el demandante.

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

**Estabilidad laboral reforzada de empleado en provisionalidad.**- De conformidad con lo dispuesto por los artículos 123 y 125 de la Constitución Política, los empleados públicos, una de las especies del género “servidor público”, pueden ser (i)de carrera, (ii)de elección popular o (iii)de libre nombramiento y remoción.

Conforme a esa categorización, el empleo que desempeñaba el señor BOHORQUEZ GARCIA es de carrera cuya provisión debe hacerse por mérito y, solo excepcionalmente, puede ser ocupado en provisionalidad, mientras se logra el nombramiento de quien obtiene mejor derecho en virtud de superar el respectivo concurso.

De ahí que el máximo Tribunal haya afirmado<sup>4</sup>:

“...que la desvinculación de los funcionarios que ocupan cargos de carrera en provisionalidad debía estar motivada “en una justa causa que tenga como fundamento (i)la calificación de desempeño,(ii)la comisión de faltas disciplinarias o(iii)la provisión del cargo por concurso de méritos”.

Bajo ese entendido, el acto administrativo cuestionado por el demandante se sustentó en esta última opción, por lo que es lógico afirmar que tenía pleno conocimiento de su posible desvinculación, no solamente por esa condición de provisionalidad en un cargo de carrera, sino porque teniendo la posibilidad de concurrir a la convocatoria y superar el concurso, no logró destacarse y tener la posibilidad de acceder en propiedad al empleo.

Así las cosas, la primera conclusión que surge es que el retiro laboral del actor no se suscitó de forma intempestiva ni por capricho del empleador, sino por el devenir propio del concurso de méritos; razón por la cual, de considerar que le asiste mejor derecho de permanencia debe acudir a las acciones ordinarias a su alcance.

Ello por cuanto:

“...no se encuentra(n)en una situación de extrema vulnerabilidad que haga necesaria la actuación del juez de tutela con el fin de evitar la configuración de un perjuicio irremediable. Lo anterior teniendo en cuenta que (i) cuenta(n)con otras fuentes económicas diferentes a las de su salario con las cuales sufragar sus gastos mensuales y protegiendo con ello su mínimo vital; ...; (iii) no demostró limitación física para el ejercicio de sus funciones; y (iv) los cargos en provisionalidad siempre están sujetos a la eventualidad del concurso, razón por la cual no generan estabilidad en el empleo.”

En efecto, se recuerda que la esposa del demandante aparece en el sistema de seguridad social como cotizante, lo que quiere decir que existe un ingreso familiar que le permite al grupo tener su subsistencia básica. Adicionalmente, BOHORQUEZ GARCIA se desempeñó por años en el SENA como instructor desarrollador de software, de donde se infiere razonablemente que cuenta con capacitación y experiencia suficientes para ubicarse en el mercado laboral, además porque está en plena etapa productiva, con 42 años de edad.

De otra parte, aunque tiene una disminución física, ella está presente desde su nacimiento y no le ha impedido llevar a cabo actividades laborales como la que persiste en mantener por esta vía judicial.

Sobre el particular también dijo la jurisprudencia:

“..., el hecho de padecer una enfermedad, no es condición suficiente para que la acción de tutela se torne automáticamente procedente. En adición a esta circunstancia, los accionantes deben probar cómo dicha enfermedad los sitúa en una condición de debilidad manifiesta o de vulnerabilidad tal que haga procedente el amparo, pese a contar con otro mecanismo de defensa judicial.”<sup>5</sup>

Es por ello que la discapacidad que sufre el actor, desde el nacimiento, no lo ubica en una situación de debilidad manifiesta, se insiste, porque ha llevado una vida laboral activa a pesar de él, y, en cuanto a la afectación de su mano derecha por síndrome de

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

*túnel del carpo, tampoco se trata de una lesión que lo mantuviera incapacitado médicamente o con bajo rendimiento laboral por limitación en el ejercicio de sus funciones; es más, la pérdida de capacidad de trabajo hasta ahora se ha definido en un porcentaje por fortuna bajo, esto es, 16,86%.*

*Así las cosas, se concluye con la Corte Constitucional que:*

*“..., los servidores públicos retirados de su cargo, en principio, no pueden acudir a la acción de tutela para discutir los actos administrativos de desvinculación. Lo anterior, por cuanto en cumplimiento del requisito de subsidiariedad, los empleados que pretendan se deje sin efectos el acto administrativo de desvinculación deben acudir a los mecanismos ordinarios de defensa judicial, antes que a la acción de tutela.”<sup>6</sup>*

*La acción contencioso administrativo es el mecanismo idóneo y eficaz para debatir asuntos como el que ha puesto en consideración en esta oportunidad FERNANDO BOHORQUEZ, para desconocer la Resolución que lo retiró del cargo que desempeñaba en provisionalidad para dar paso al nombramiento de la persona que adquirió mejor derecho por superar el concurso de méritos.*

*Dispositivo judicial al alcance del interesado que según también lo ha anunciado la alta Corporación:*

*“...est(á)dotado de herramientas propicias para, entre otras cosas, suspender los efectos de actos administrativos que generen perjuicios irremediabiles a los demandantes, en cualquier etapa del proceso y sin que el rechazo inicial de la solicitud, sea obstáculo para que posteriormente sean solicitadas las cautelas necesarias.*

*Así, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo cuenta en la actualidad con las herramientas necesarias para garantizar la protección de los derechos fundamentales de forma igual o superior al de la acción de tutela, por parte de los jueces especializados en los asuntos del contencioso administrativo y también encargados de la protección de los derechos fundamentales.”*

*En consecuencia, los argumentos que esgrime el impugnante para controvertir el acto administrativo, analizados sumariamente en esta actuación celer y sumaria, no resultan admisibles, se insiste, porque desempeñaba en provisionalidad un cargo de carrera, no superó el concurso, se impone respetar el mérito y su condición de discapacidad física se presenta desde su nacimiento, no le ha limitado su desempeño laboral, está en edad productiva y es apoyado por su esposa quien registra como cotizante en el sistema de seguridad social.*

*Por consiguiente, ante la no demostración de amenaza de perjuicio irremediable no es procedente el mecanismo excepcional que se ha ejercido, porque subsisten en el ordenamiento jurídico medios de defensa a los cuales puede acudir para solucionar el conflicto laboral suscitado.”*

## **ANA YAHAIRA LANDAZÁBAL**

Señaló que producto del concurso de méritos de la convocatoria 436 del 2017 SENA como ganadora del primero lugar en la lista de la OPEC 59162 se posesionó el 2 de mayo de 2019 en el cargo identificado con el número de planta IDP6204, ubicado en la Regional Santander en el Centro de Servicios Empresariales y Turísticos, cumplió su período de prueba y obtuvo su registro público de carrera administrativa RPCA, de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Explicó que quién ocupaba el cargo IDP6204, en provisionalidad, era el accionante, quien en cumplimiento de la tutela del fallo anulado fue nombrado mediante resolución 68-04259 del 13 de septiembre de 2022 en el cargo IDP6251, que no corresponde a la plaza que ella ocupa y cuyo documento supone obra en estas diligencias.

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

Considera que las pretensiones y lo que resultare del fallo a favor del accionante no le afecta su derecho de carrera, destacó que no encuentra relación entre el caso del 2019 y el que cursa actualmente respecto la posible temeridad, pues en esa primera oportunidad el actor venía de un nombramiento provisional desde el año 2013 con resolución 002 en el IPD 6204, posteriormente tuvo un nuevo nombramiento mediante resolución 1-0873 de 2019 y ocupó otra vacante diferente IDP11058 con la que al desvincularlo nuevamente posiblemente le vulneraron los derechos invocados, siendo nombrado con ocasión del fallo anulado el 13 de septiembre en la IDP62151, lo que en su sentir indica la alta movilidad y disponibilidad de vacantes del SENA por ser su planta global, para proteger los derechos del accionante, pues su discapacidad física y mal estado de salud en la otra mano y la única disponible no han desaparecido.

### **SALA PENAL TRIBUNAL SUPERIOR DE BUCARAMANGA**

El despacho del Magistrado Harold Manuel Garzón Peña informó que revisado el archivo digital se encontró que la actuación a la que hace referencia el accionante correspondió por reparto a esa colegiatura el 19 de marzo de 2019, a efectos de que se desatara la impugnación promovida por el mismo actor respecto del fallo de tutela proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de esta ciudad.

Explicó que el 4 de marzo se resolvió en primera instancia declarar improcedente la solicitud de amparo invocada por el señor Bohórquez García, quien pretendía la salvaguarda de su derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada, entre otros presuntamente vulnerados por el SENA en donde se encontraba trabajando como empleado en provisionalidad y, comoquiera que se adelantó el proceso de selección número 436 de 2017 para proveer cargos en carrera administrativa, estaba próximo a ser desvinculado de la entidad, pese a circunstancias particulares que lo someten a una situación de debilidad manifiesta y de su condición de padre cabeza de familia. El Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado consideró que existían otros medios de defensa judicial para dirimir la controversia planteada, por lo que en aplicación del principio de subsidiariedad denegó por improcedente el amparo constitucional solicitado, decisión que fue impugnada por el accionante.

Agregó que en segunda instancia, con ponencia de la Magistrada María Lucía Rueda Soto, se resolvió confirmar el fallo impugnado mediante el cual se declaró la improcedencia del amparo reclamado de los derechos fundamentales al mínimo vital, igualdad, inclusión social, vida digna, trabajo, seguridad social y protección laboral reforzada de Fernando Bohórquez García, se requirió al SENA que una vez culminara el proceso de estabilización de la planta de personal en atención al concurso de méritos de la convocatoria 436 de 2017 procediera a valorar la situación de Fernando Bohórquez García para que dentro de sus posibilidades en caso de existir vacante que pudiera ser nombrado en un cargo de igual denominación al desarrollado como instructor de la entidad hasta tanto fuera provisto en propiedad mediante sistema de carrera, en virtud a su situación de discapacidad.

Precisó que la anterior determinación de basó en que la jurisdicción ordinaria es la vía idónea para debatir y zanjar asuntos de esta índole, además que el actor no acreditó la inminencia de un perjuicio irremediable para sus derechos fundamentales a efectos de habilitar el amparo de manera transitoria. Adjuntó copia de la sentencia de segunda instancia.

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

## **MINISTERIO DE TRABAJO- DIRECCIÓN TERRITORIAL SANTANDER:**

A través de Guillermo Elizanderson Elizalde Padilla, en su condición de Director Territorial Santander del Ministerio de Trabajo, refirió que no le constan plenamente los argumentos fácticos manifestados por el accionante, por lo que los mismos deben probarse.

En cuanto a las pretensiones señaló que en principio se presume gozaría de especial protección de sus derechos constitucionales por su condición, según la normatividad constitucional y legal que rige las relaciones laborales, frente a lo cual el Ministerio podría adelantar las actuaciones administrativas correspondientes con respecto al empleador, siempre que no incurra en riesgo de caducidad sancionatoria acorde con la competencia asignada por el mismo legislador.

Indicó que conforme al artículo 486 del Código Sustantivo del Trabajo subrogado por el 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.

## **JUZGADO TERCERO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE BOGOTÁ**

Informó que realizada la búsqueda en la base de datos no aparece acción de tutela presentada por Fernando Bohórquez García.

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

Jhonatan Daniel Alejandro Sánchez Murcia, jefe de Oficina Asesora Jurídica de la Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC, se opuso a la solicitud de tutela señalando, sobre el desarrollo de la convocatoria No. 436 de 2017, que la entidad 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 No. 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.

Detalló que la convocatoria No. 436 de 2017 SENA tiene contempladas las siguientes etapas:

1. *Convocatoria y divulgación.*
2. *Inscripciones.*
3. *Verificación de requisitos mínimos.*
4. *Aplicación de pruebas.*
  - 4.1 *Pruebas sobre Competencias Básicas y Funcionales.*
  - 4.2 *Pruebas sobre Competencias Comportamentales.*
  - 4.3 *Valoración de Antecedentes.*
  - 4.4 *Prueba Técnico-Pedagógica para cargos de Instructor.*
5. *Conformación de Listas de Elegibles.*

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

#### *6. Período de Prueba.*

Expuso que 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” tal como se evidencia en el perfil que tiene en SIMO, y actualmente la convocatoria ha finalizado, una vez superada la fase número seis, correspondiente a los nombramientos en período de prueba con las listas de elegibles que conforma la CNSC, etapa de la que es responsable únicamente la entidad nominadora, conforme al procedimiento establecido en el Decreto 1083 de 2015.

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.

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 esa entidad.

Concluyó que no hay posibilidad de abordar el estudio de la responsabilidad que le asistiría a la CNSC por la inconformidad del accionante, 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.

Alegó 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**

El Coordinador del Grupo de Gestión del Talento Humano de la Regional Santander del SENA, Ernesto Acevedo Soto, se pronunció indicando que de conformidad con los hechos narrados en la acción de tutela presentada ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Bucaramanga con fallo del 5 de abril de 2019 y fallo de segunda instancia del Tribunal Superior de este Distrito Judicial.

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

Aduce que se presenta temeridad tomando en cuenta que el señor Fernando Bohórquez García en su momento solicitó la protección y el amparo frente al caso de la estabilidad laboral reforzada, resaltando que la acción de tutela actual versa sobre las mismas solicitudes y hechos en el año 2019, así mismo en el año 2021 mediante fallo con radicado 110013109003202100091 en primera instancia donde se declara improcedente la tutela, siendo confirmada en segunda instancia la sentencia proferida el 10 de junio de 2021 por el Juzgado Trece Penal del Circuito de conocimiento de Bogotá.

Considera que no existe una vulneración de los derechos fundamentales del accionante por parte del SENA que tiene el deber legal de dar cumplimiento a las reglas de la convocatoria pública, entidad que siempre ha actuado de buena fe, confirme a las disposiciones judiciales, contestando e informando todas las actuaciones acordes con la ley.

Argumenta que el accionante tiene otros medios de defensa judicial contra las decisiones tomadas por el SENA o la CNSC, las cuales se expresan en actos administrativos y que él mismo aportó como prueba en el escrito de tutela por lo cual debería demandar dichas decisiones, correspondiendo los medios de control en la jurisdicción contenciosa administrativa, establecidos en la ley 1437 de 2011; además, cuenta con la posibilidad de solicitar ante esa jurisdicción medida cautelar de suspensión de los actos administrativos que considera fueron ilegales o inconstitucionales.

Recalcó que no hay perjuicio irremediable puesto que el señor Fernando Bohórquez García quien presentó tutela con radicado 2022-101 solicitó ante la entidad que le sea aplazado el nombramiento por el término de 29 teniendo en cuenta que su posesión iba a realizarse el 3 de octubre de 2022, habiendo quedado a partir del 1 de noviembre de 2022, alegando que debe realizar trámites y diligencias para dejar las actividades que desarrolla en la actualidad y poder entregar su puesto de trabajo sin afectar sus compromisos.

Sostiene que un total de 108.364 personas compraron derechos de participación y un total de 107.083 realizaron la inscripción en la convocatoria No. 436 de 2017, participación masiva de ciudadanos a nivel nacional interesados en ocupar un cargo en el SENA, de lo cuales, agotada la etapa de verificación de requisitos mínimos, 61.742 resultaron admitidos y posterior a la aplicación de las pruebas escritas, 23.476 personas continuaron en el proceso. Agotadas las etapas de la convocatoria la CNSC continuó el proceso de selección con la conformación de las listas de elegibles, para el caso particular la Comisión conformó listas de elegibles para el empleo OPEC, acto administrativo sobre el cual una vez en firme, el SENA tenía la obligación de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 2.2.6.21 del Decreto 1083 de 2015<sup>1</sup>.

Narra que para el caso particular, la CNSC conformó la lista de elegibles para proveer 6 vacantes del empleo denominado Instructor Código 3010, a través de la resolución 8536 de agosto 24 de 2020 modificada por la resolución 8765 de septiembre 7 de 2020 en cumplimiento de la decisión proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá-Sala de Familia, consistente en tutelar los

---

<sup>1</sup> Envío de lista de elegibles en firme. En firme la lista de elegibles la Comisión Nacional del Servicio Civil enviará 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 el nombramiento en período 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.

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

derechos fundamentales de Delka Velasco González<sup>2</sup>, por lo que el Centro de Formación Minero y Ambiental de la Regional Antioquia debía dar cumplimiento a la normatividad y fallo proferido, nombrando a la elegible. Una vez verificada la planta de personales, se identificó que el cargo reportado con OPEC 60016 correspondía al cargo de instructor G0-0 IDP 11058 del Centro de Servicios Empresariales y Turísticos de la Regional Santander, el cual era ocupado en provisionalidad por el señor Bohórquez García. Por lo cual el SENA, mediante lineamiento del 7 de abril de 2020 comunicado con radicado 8-2020-021928 estableció el paso a paso para la revisión de los casos de los servidores vinculados en provisionalidad que hubieren acreditado previamente su situación especial, lineamiento al cual se dio alcance mediante la circular 3-2021-000050 del 30 de abril de 2021 y como primer punto se debía constatar que la situación especial acreditada por el servidor provisional, continuara vigente y soportada documentalmente, para lo cual se tuvo en cuenta la documentación allegada por el señor Fernando Bohórquez García respecto a su discapacidad la cual se dio aplicación y cumplimiento a los lineamientos dados en el caso.

Mediante auto 0353 del 15 de mayo de 2020 la CNSC dio cumplimiento al fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá-Sala de Familia, el 24 de septiembre de 2020 se llevó a cabo la audiencia virtual para proveer 6 vacantes del empleo Instructor Código 3010 Grado 01 comoquiera que la lista general se conformó con 20 elegibles, estas fueron asignadas a los primeros 6 elegibles de la lista. En consecuencia, mediante resolución 60-04042 del 10 de diciembre de 2020 se dio cumplimiento a la lista de elegibles expedida por la CNSC<sup>3</sup> y mediante resolución 68-00011 del 14 de enero de 2021 se dio por terminado el nombramiento provisional del accionante Bohórquez García, quien se encontraba desempeñando ese cargo y según fallo judicial permanecería mientras se daba la siguiente condición *“MIENTRAS ESTE NO SEA PROVISTO POR EL SISTEMA DE CARRERA”* y se nombra en período de prueba al señor Juan Pablo Morales Vargas.

Aclaró que la condición mencionada por el accionante no acredita ni significa que pueda predicarse estabilidad definitiva en un cargo de carrera administrativa o que se este frente a un derecho absoluto, pues la vinculación que tenía el accionante con el SENA es provisional e iba hasta la fecha que el cargo de carrera fuera provisto por una persona en virtud de cualquiera de las formas de provisión definitiva del empleo, que en el presente asunto corresponde a lista de elegibles conformada mediante concurso de méritos.

Precisó que los cargos de la OPEC en la que se encontraba el accionante ya fueron nombrados por quienes por concurso de mérito ocuparon los primeros lugares, y con vencimiento para reclamación desde el pasado 14 de enero de 2021, sumado a que actualmente no se encuentra un cargo vacante en el perfil del accionante.

---

<sup>2</sup> *“TUTELAR el derecho fundamental al debido proceso de doña Delka Velasco González en contra de la Comisión Nacional del Servicio Civil y el Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-; y en consecuencia se ordena a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL remitir al SENA, la lista de elegibles vigentes para la entidad; y será obligación del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-, analizar si la señora Delka Velasco González cumple con los requisitos establecidos Continuación Resolución No. 8536 DE 2020 Página 2 de 6 “Por la cual se conforma la Lista General de Elegibles para proveer seis (6) vacantes del empleo denominado Instructor, Código 3010, Grado 01, Códigos OPEC 58759, 60016 y 60625 del Área Temática de Minería cuyo concurso fue declarado desierto en la Convocatoria No. 436 de 2017 – SENA, en cumplimiento de una orden judicial” para el empleo declarado desierto y una vez agotado el trámite respectivo la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, podrá autorizar el nombramiento y posesión si a ello diera lugar, atendiendo el orden de la lista de elegibles si se legar a emitir (sic)”*

<sup>3</sup> Resolución 8536 del 24/08/2020 modificada por la resolución 8765 del 07/09/2020 por la cual se produjo un nombramiento en período de prueba en el cargo OPEC 60016 INSTRUCTOR ubicado en el Centro de Formación Minero Ambiental de la Regional Antioquia.

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

Sobre el cuestionamiento de la vinculación del señor Juan Pablo Morales Vargas mencionó que este fu nombrado en la Regional Antioquia con un error de digitación con respecto al IDP, siendo este el 10180 cuando el correcto era el 11058, debiendo ser nombrado en la vacante del señor Fernando Bohórquez García, teniendo en cuenta que fue autorizado por la Dirección General del Grupo de Relaciones Laborales en el momento en que se encontraba en provisionalidad, yerro que se subsanó mediante resolución 05-00034/2020 de enero 22 de 2021, emitiéndose nueva acta de posesión con fecha 2 de febrero de 2021, por lo que ocurrió la desvinculación del señor Bohórquez García en enero de 2021, aclarando que la entidad no actuó de mala fe, sino por error involuntario.

En cuanto a la autorización del Ministerio de Trabajo señaló que se requiere cuando la razón por la que se desvincula al trabajador es su discapacidad, y citó un extracto de la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia 53394 de 2018, con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, al respecto.

Finalmente, solicitó negar por improcedente las pretensiones, o en caso contrario negar las mismas y se declare que existió temeridad por cuanto el accionante presentó tutela por los mismos hechos, la cual tuvo cumplimiento.

El 24 de octubre de 2022 el Coordinador del Grupo de Gestión del Talento Humano de la Regional Santander del SENA comunicó que en atención al auto emitido por le Juzgado Once Penal del Circuito de fecha 11 de octubre de 2022 se emitió resolución 68-05072 del 21 de octubre de 2022 por la cual se declara la pérdida de ejecutoriedad de la resolución 68-04259 del 13 de septiembre de 2022, por cuanto esta última se fundamentó en el fallo de primera instancia de este despacho y ante la declaratoria de nulidad desaparecieron las circunstancias de ejecutoriedad, así como los fundamentos de hecho y derecho conforme el numeral 2 del artículo 91 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Agregó que, por lo anterior, se suspende su nombramiento en provisionalidad en el cargo denominado Instructor G1-20 IDP 6521 del Centro de Servicios Empresariales y Turísticos de la Regional Santander, lo cual se notificó al señor Bohórquez García a sus direcciones electrónicas y física con oficio 68-1020 del 21 de octubre de 2022.

## **NUEVA EPS**

El apoderado judicial de la entidad, Marco Antonio Calderón Rojas, informó que el usuario Fernando Bohórquez García registra cancelado bajo la causal retiro por traslado al régimen de excepción con fecha de cancelación 11/04/2022. Arguye que se presenta falta de legitimación por pasiva toda vez que la EPS no es la encargada de satisfacer las peticiones del usuario, por no ser de su resorte dicha pretensión. Solicitó denegar por falta de legitimación en la causa por pasiva la acción de tutela respecto de Nueva EPS y desvincularla del presente trámite.

## **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

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

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 los suyos en el empleo de carrera que actualmente ocupa.

## **ARL POSITIVA Y JUZGADO TRECE PENAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**

A pesar de que haber sido notificados del presente trámite constitucional a través del oficio No. 033 enviado mediante correo electrónico, no se pronunciaron dentro del término otorgado para tal efecto.

## **JUZGADO TERCERO PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE BOGOTÁ**

La secretaria de esta agencia judicial remitió copia del expediente de tutela radicado 11001310900320210009100 promovida por Fernando Bohórquez García contra el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE- SENA para la protección de sus derechos fundamentales a la dignidad humana, igualdad, trabajo, debido proceso, mínimo vital, salud y seguridad social, acción constitucional repartida el 26 de mayo de 2021.

Se tiene copia del fallo de tutela proferido el 10 de junio de 2021 mediante el cual el juzgado declaró improcedente la acción de tutela refiriendo en sus consideraciones lo siguiente:

*“(…) En el caso concreto observa este Despacho que las pretensiones del Accionante se contraen a que se ordene al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-reintegrarlo a su cargo o uno similar al que venía desempeñando al momento del despido, cancelar los salarios dejados de percibir y las prestaciones sociales correspondientes, en razón a que considera que tiene derecho a la estabilidad laboral reforzada por su condición de discapacidad y por ser padre cabeza de familia.*

*De las normas legales y lineamientos jurisprudenciales referidos resulta evidente que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es el medio judicial es idóneo para resolver las peticiones del demandante, toda vez que al acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa podría reclamar la nulidad de las actuaciones desplegadas por el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE-SENA-que considera afectaron sus derechos fundamentales, además el pago de los perjuicios que eventualmente le sean causados; máxime teniendo en cuenta que el procedimiento allí previsto resultaría mucho más adecuado que la tutela, por cuanto los espacios probatorios y de debate son mucho más amplios, siendo evidente que la presente acción resulta improcedente pues se trata además de un asunto de carácter prestacionales para el cual el Accionante cuenta con otros mecanismos de defensa judicial idóneo al que puede acudir como se indicó, autoridades competentes según la Ley para dirimir conflictos de esa naturaleza, y a la que no demostró haber acudido ni que hubiere una situación insalvable que le impidiera hacerlo.*

*Ello en virtud a que consideraba que la Accionada no debió desvincularlo de la entidad y darle un trato preferencial por su discapacidad y afecciones, ante esto debe decirse que no se acreditó que estemos ante una situación de indefensión y debilidad manifiesta que permita inferir sería y fundadamente que la Accionada ocasionó u ocasionará un perjuicio grave, injusto e irremediable al Demandante, pues como se mencionó en la cita jurisprudencial pretéritamente expuesta, tan solo es procedente la acción de tutela de manera excepcional cuando se presentan “circunstancias de debilidad manifiesta por causa de su condición **económica, física** o mental y que formulan pretensiones dirigidas a lograr la tutela del derecho constitucional a la estabilidad laboral reforzada, o sea un sujeto protegido por el derecho a la estabilidad laboral reforzada, es decir, en los casos de mujeres en estado de embarazo, de trabajadores con fuero sindical y de personas que se*

RADICADO: 2022-101

ACCIONANTE: FERNANDO BOHÓRQUEZ GARCÍA

ACCIONADO: SENA

encuentren **incapacitadas para trabajar por su estado de salud o que tengan limitaciones físicas.** (Negrilla propia)

*Así, no se demostró la supuesta situación de vulnerabilidad manifiesta, ni indefensión, ni mucho menos de discapacidad o de limitación física, pues al hacer un estudio juicioso del expediente se observa que si bien la Accionante aportó una historia clínica de donde se advierte diagnósticos de “AGENESIA MANO IZQUIERDA Y ACORTAMIENTO DEL PRIMERO Y SEGUNDO DEBO DE LA MANO DERECHA, CON DEFORMIDAD DEL PRIMER DEDO CLINODACTILIA” y “SÍNRDROME DE MANGUITO ROTADOR”, se advierte que dichas afecciones no fueron el motivo de su despido y tampoco se establece que por las mismas este incapacitada o limitada a sus labores diarias, lo cual iría en contravía de que este solicitando un reintegro precisamente porque se encuentra en condiciones para desempeñar las funciones que realizaba antes de que fuera desvinculado de la entidad, frente a lo dicho, debe aclararse al Actor que la figura de la debilidad manifiesta no hace referencia necesariamente al estado de salud, sino que requiere una situación de poder y abuso del mismo expresado en términos de la terminación del contrato laboral, además de que debe darse en un contexto de discriminación, situación que en este caso no está mínimamente acreditada, en primer lugar porque de ello no se hace mención y en segundo lugar porque el Accionante no demostró cuál era la relación causal entre sus padecimientos y la terminación de su contrato.*

*Si bien es lamentable su discapacidad también lo es que la misma es de nacimiento es decir aun la entidad conociendo la mismas lo contrató y lo sostuvo en su planta hasta tanto le fue posible, por lo que es claro que no están demostradas las circunstancias de discriminación, pues la terminación de su vínculo laboral con el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE-SENA- se dio en virtud a la necesidad de proveer los cargos a través del concurso de méritos, lo cual conlleva a que al puesto que ocupaba en provisionalidad desde hace varios años se posesionara una persona en carrera administrativa, a quien debe respetársele su derecho al mérito, pues para obtener dicho cargo participó en un concurso y superó las etapas requeridas para ello, reservando en todo caso la posibilidad a los inconformes de acudir ante la Jurisdicción Ordinaria para plantear allí sus pretensiones y probar en el proceso ordinario lo pertinente, máxime cuando la Accionada estableció que en la vinculación que finalizó se dio con ocasión a la decisión tomada el 5 de abril de 2019 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bucaramanga, quien confirmó la improcedencia e la Acción, no obstante entendiendo la situación del Actor requirieron a la Accionada para que una vez culminara el proceso de estabilización de la planta de personal valorara dentro de sus posibilidades en caso de existir vacantes nombrar al ciudadano en provisionalidad en un cargo de igual denominación al que desempeñaba hasta tanto fuera provisto en propiedad.*

*Ante esto debe aclararse al Actor que no es cierto que la autoridad referida fallara a su favor respecto a los derechos que considera le fueron vulnerados, pues en dicho fallo quedó claro que la acción de tutela era improcedente, pero que no obstante dejaba a discreción del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE-SENA- la verificación respecto a que si era procedente lo vincularan nuevamente teniendo en cuenta su discapacidad, pero en un cargo en provisionalidad hasta tanto fuera provisto en propiedad, tal como ocurrió en el presente caso, pues se reitera los derechos de los trabajadores en provisionalidad ceden ante los que están en carrera y si bien existe una protección ante personas con discapacidad o similares no es una regla absoluta para que continúen permanentemente en la entidad y que en ese sentido se protejan las garantías reclamadas, pues ello depende de cada caso en particular y el presente no se cumplen los requisitos de procedibilidad de la acción como seguirá indicando.*

*Ahora bien en cuanto al reclamo de una estabilidad laboral reforzada por considerar que ostentaba la calidad de padre cabeza de familia ello no estaba acreditado pues si bien indicó que estaba a cargo de sus hijas menores y la manutención de sus progenitores, ello no paso a ser una mera mención pues conforme a la consulta realizada al ADRES se advierte que SONIA MILNEA OSPINA GALVIS, progenitora de las niñas N.S.B.O., A.M.B.O. y Ad.M.B.O. registraba como afiliación vigente en salud a través de NUEVA E.P.S. en calidad de cotizante, loque significa que cuenta con una fuente de ingreso adicional a la que reclama el Actor, lo que desvanecía el dicho del mismo, pues no era el*

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

*único que aportaba con la manutención de sus descendientes y tampoco se probó que su madre se haya sustraído legalmente de sus deberes de cuidado y manutención y por último frente a sus padres tampoco quedo claro que no cuente con otros familiares que contribuyan con sus gastos, ello para hacer una mera enunciación de las circunstancias que observa el Despacho, quedando igualmente la posibilidad de acudir ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa la verificación de dichas circunstancias.*

*Así debe reiterarse que el hecho de que el ciudadano considere que debe ser cobijada con la figura señalada, ello no es un derecho absoluto ya que deben cumplirse unos requisitos específicos, pues si existe una causa válida para su desvinculación laboral no hay lugar a reclamar ninguna vulneración de sus derechos fundamentales y en ese contexto es obvio para este Despacho que el Accionante no cumple con el requisito exigido jurisprudencialmente para hacer procedente la acción de tutela, en su caso como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, pues no se observa de ningún modo en debilidad manifiesta o en situación de indefensión con ocasión de su “condición especial de salud” o por que se cumpla la condición de padre cabeza de familia.*

*En cuanto a la procedencia excepcional por la posible afectación del derecho al mínimo vital la Corte Constitucional ha establecido que dicho señalamiento debe determinar los motivos por los cuales se configuraba el mismo a fin de que el juez constitucional pueda evaluar lo correspondiente en cada caso particular, ante lo cual debe decirse que si bien alega una serie de obligaciones monetarias no por eso puede atribuirse un amparo constitucional sin haberse cumplido los requisitos para ello, pues implicaría imponer una carga a la Accionada que no está obligada a soportar, pues por el contrario, demostró que obro conforme a lo establecido en la ley, advirtiéndose que si bien se podía observar una afectación en cuanto a lo correspondiente a la afiliación en salud, siempre está la opción de vincularse al Régimen Subsidiado en Salud, previsto precisamente por el Gobierno para cobijar a las personas que no cuentan con recursos para cotizar en el sistema de salud, con el fin de no dejarlos desprotegidos en temas de esta índole, situación que sería eventual dado que cuenta con afiliación vigente en el régimen contributivo en calidad de cotizante a través de NUEVA E.P.S.*

*Ahora bien, en cuanto la posibilidad de que tenga lugar un perjuicio irremediable, el Tribunal Constitucional ha establecido que la parte activa debe demostrar que dicho perjuicio:*

*“(i) sea inminente, es decir, que produzca de manera cierta y evidente la amenaza de un derecho fundamental; (ii) imponga la adopción de medidas apremiantes para con jurarlo; (iii) amenace de manera grave un bien jurídico que sea importante en el ordenamiento jurídico; y , (iv) dada su urgencia y gravedad, imponga la impostergabilidad del amparo a fin de garantizar el restablecimiento del orden social justo en toda su integridad, la acción de tutela es procedente.”*

*Sin embargo, esos supuestos de hecho no fueron demostrados por la Accionante por cuanto si bien manifestó que no contaba con recursos económicos para solventar sus gastos, es evidente que desde la fecha de terminación del vínculo laboral han pasado varios meses en los cuales ha podido subsistir económicamente, máxime cuando de dicha situación fue advertida desde que inicio la convocatoria para el concurso en 2017 en virtud a que su cargo estaba en provisionalidad por lo que conocía perfectamente las consecuencias que acarrearían el mismo y pudo prever las circunstancias que enfrentaría por la ausencia de su salario, aunado a esto se advirtió por parte del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE-SENA- que actualmente FERNANDO BOHÓRQUEZ GARCÍA, está vinculado a la entidad mediante contrato de prestación de CO1.PCCNTR 2521065 celebrado con el Centro de Servicios Empresariales y Turísticos, situación que estaba corroborada con la consulta realizada a la plataforma Registro Único de Afiliados-RUAF- del sistema Integral de Información de la Protección Social-SISIPRO-, en la que se evidenciaba afiliaciones vigentes en salud, pensión, cesantías, caja de compensación familiar y riesgos laborales, siendo claro que contrario a lo relatado por el ciudadano su situación no era tan apremiante como se quería hacer ver.*

*Igualmente es claro que no está desprovisto ni él ni su familia de los servicios de salud como indicó, ni tampoco que no contaran con fuentes de ingreso diferentes al salario que dejo de percibir ante el retiro de su cargo en provisionalidad, si que además se demostrara de manera alguna una circunstancia de fuerza mayor o caso fortuito que le*

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

*haya impedido activar los mecanismos de defensa judicial establecidos en la Ley para estos casos, desvirtuándose así la procedencia del amparo constitucional, no obstante considerarlo procedente queda a disposición del Actor la posibilidad de acudir ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa para plantear allí sus pretensiones y probar en el proceso lo pertinente respecto de los posibles daños causados con el actuar del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE-SENA-*

*Así las cosas, debe reiterarse que el amparo constitucional no fue creado para reemplazar procedimiento ni pretermitir competencias o evadir el cumplimiento de requisitos previamente establecidos, motivos por el cual no le es dado al Juez Constitucional resolver asuntos que ya tienen establecido un juzgado natural para ello o cuyo trámite normal ni siquiera se ha iniciado.*

*Finalmente, este Despacho desestima la solicitud del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE-SENA-respecto a que se declare la temeridad de la presente acción toda vez que no se cumplen con los requisitos establecidos en la Ley y en la jurisprudencia para determinar la misma toda vez que si bien existe identidad de partes y en los hechos se mencionan circunstancias fácticas de la anterior acción de tutela conocida por el Juzgado 2° Penal del Circuito Especializado de Bucaramanga y la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bucaramanga, las mismas se usaban como base para este amparo pero con pretensiones diferentes, toda vez que en ese caso se busca el reintegro en un cargo diferente al alegado con anterioridad bajo un Acto Administrativo diverso al ya reclamado. (...)"*

Consta que una vez notificado el accionante impugnó el fallo de tutela, recurso que fue desatado por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, y mediante providencia del 4 de agosto de 2021 confirmó la sentencia proferida el 10 de junio de 2021.

## **CONSIDERACIONES**

### **PROBLEMAS JURÍDICOS CONSIDERADOS**

¿Se configura en la presente acción de tutela TEMERIDAD al haberse estudiado de fondo el asunto de la tutela por el Juzgado Tercero Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Bogotá?

¿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**

## **Temeridad en la acción de tutela y la cosa juzgada constitucional / Reiteración de jurisprudencia**

La sentencia T-280-17 fue enfática sobre este tema, el cual definió en los siguientes términos:

### **Temeridad en la acción de tutela y la cosa juzgada constitucional. Reiteración de jurisprudencia**

4.1 La Constitución de 1991 consagró la acción de tutela como un mecanismo preferente y sumario para brindar protección inmediata a los derechos fundamentales que se puedan ver afectados por la acción y omisión de cualquier autoridad pública, y en algunos casos de particulares. Además, el decreto 2591 de 1991, que reglamenta la referida acción, dispone que se trata de un procedimiento informal, donde el derecho sustancial debe primar sobre el procesal. Sin embargo, existen algunas reglas cuyo cumplimiento es necesario para obtener un amparo por esta vía.

4.2 Uno de los requisitos que debe acatarse es no haber interpuesto previamente una acción de tutela contra la misma parte, por los mismos hechos y con las mismas pretensiones. Por ello, el artículo 37 del mencionado decreto 2591 establece que quien “interponga la acción de tutela deberá manifestar, bajo la gravedad del juramento, que no ha presentado otra respecto de los mismos hechos y derechos.” Las consecuencias de la interposición de dos o más acciones de tutela con esas características han sido estudiadas ampliamente por esta Corte Constitucional. Así pues, si no existe un motivo expresamente justificado para presentar la misma acción de tutela más de una vez, esta se considera temeraria, tal como lo dispone el artículo 38 del mencionado decreto.

4.3 Sin embargo, teniendo en cuenta que el acceso a la justicia es un derecho fundamental, la Corte ha señalado que sus restricciones deben ser legítimas y excepcionales, razón por la cual, para que una acción de tutela sea temeraria debe existir un actuar doloso y de mala fe del accionante. En este orden de ideas, la temeridad se configura cuando concurren los siguientes elementos: (i) identidad de partes; (ii) identidad de hechos; e (iii) identidad de pretensiones. Adicionalmente, debe verificarse que no exista un motivo expreso que permita justificar la multiplicidad de acciones, es decir, debe probarse una actuación de mala fe o un abuso del derecho a la administración de justicia por parte del accionante. La Sala resalta que la jurisprudencia constitucional precisó que el juez de amparo es el encargado de establecer en cada caso concreto la existencia o no de la temeridad.

4.4 De otra parte, existen también algunas reglas jurisprudenciales que el operador judicial debe estudiar para identificar si una actuación es temeraria, esto es: “(i) resulta amañada, en la medida en que el actor se reserva para cada demanda los argumentos o pruebas que convalidan sus pretensiones ; (ii) denote el propósito desleal de obtener la satisfacción del interés individual a toda costa, jugando con la eventualidad de una interpretación judicial que, entre varias, pudiera resultar favorable ; (iii) deje al descubierto el abuso del derecho porque deliberadamente y sin tener razón, de mala fe se instaura la acción ; o finalmente (iv) se pretenda a través de personas inescrupulosas asaltar la buena fe de los administradores de justicia” .

En contraste, la actuación no es temeraria cuando “... [a] pesar de existir dicha duplicidad, el ejercicio de las acciones de tutela se funda (i) en la ignorancia del accionante; (ii) en el asesoramiento errado de los profesionales del derecho; o (iii) por el sometimiento del actor a un estado de indefensión, propio de aquellas situaciones en que los individuos obran por miedo insuperable o por la necesidad

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

extrema de defender un derecho.” Si se comprueba alguna de estas circunstancias, la acción de tutela no es temeraria pero debe declararse improcedente, toda vez que al existir un pronunciamiento de fondo por parte de la jurisdicción constitucional sobre el caso, la decisión hace tránsito a cosa juzgada, y por ello no es posible reabrir el debate.

4.5 La Corte ha delimitado también supuestos en los que una persona puede interponer varias acciones de tutela sin que sean consideradas temerarias, esto tiene lugar cuando i) ocurre un hecho nuevo y, ii) si no existe un pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones en la jurisdicción constitucional.

4.6 Cabe señalar que la interposición de acciones de tutela temerarias atenta contra el principio de cosa juzgada constitucional, que ha sido definido por esta Corporación en los siguientes términos:

“La cosa juzgada es una institución jurídico procesal mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia y en algunas otras providencias, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas. Los citados efectos se conciben por disposición expresa del ordenamiento jurídico para lograr la terminación definitiva de controversias y alcanzar un estado de seguridad jurídica.

De esta definición se derivan dos consecuencias importantes. En primer lugar, los efectos de la cosa juzgada se imponen por mandamiento constitucional o legal derivado de la voluntad del Estado, impidiendo al juez su libre determinación, y en segundo lugar, el objeto de la cosa juzgada consiste en dotar de un valor definitivo e inmutable a las providencias que determine el ordenamiento jurídico. Es decir, se prohíbe a los funcionarios judiciales, a las partes y eventualmente a la comunidad, volver a entablar el mismo litigio.

De esta manera se puede sostener que la cosa juzgada tiene como función negativa, prohibir a los funcionarios judiciales conocer, tramitar y fallar sobre lo resuelto, y como función positiva, dotar de seguridad a las relaciones jurídicas y al ordenamiento jurídico.”

4.7 En este sentido, siguiendo lo preceptuado por el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, esta Corporación, en la sentencia C-774 de 2011, señaló que una providencia pasa a ser cosa juzgada frente a otra, cuando existe identidad de objeto, de causa petendi y de partes. Específicamente, las decisiones proferidas dentro de un proceso de amparo constituyen cosa juzgada cuando la Corte Constitucional “adquiere conocimiento de los fallos de tutela adoptados por los jueces de instancia, y decide excluirlos de revisión o seleccionarlos para su posterior confirmatoria o revocatoria”.

4.8 Las consecuencias de la exclusión de revisión de un expediente de tutela, son: “(i) la ejecutoria formal y material de la sentencia de segunda instancia; (ii) la configuración del fenómeno de la cosa juzgada constitucional de las sentencias de instancia (ya sea la única o segunda instancia), que hace la decisión inmutable e inmodificable, salvo en la eventualidad de que la sentencia sea anulada por parte de la misma Corte Constitucional de conformidad con la ley; y (iii) la improcedencia de tutela contra tutela”. Por el contrario, cuando la tutela es seleccionada por la Corte, la cosa juzgada constitucional se produce con la ejecutoria del fallo que se profiere en sede de revisión.

4.9 Pues bien, así como la temeridad puede desvirtuarse, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que no existe cosa juzgada entre dos acciones de tutela, si la nueva solicitud de amparo se fundamenta en hechos nuevos, que no habían sido analizados previamente por el juez, o cuando al interponer la primera

RADICADO: 2022-101

ACCIONANTE: FERNANDO BOHÓRQUEZ GARCÍA

ACCIONADO: SENA

acción, el peticionario no conocía –y no podía conocer- nuevos elementos fácticos o jurídicos para sustentarla.

4.10 En este punto vale precisar que la interposición de varias acciones de amparo sobre un mismo asunto puede dar lugar a las siguientes situaciones:

“i) que exista cosa juzgada y temeridad, por ejemplo en las circunstancias en que se interpone una acción de tutela sobre una causa decidida previamente en otro proceso de la igual naturaleza, sin que existan razones que justifiquen la nueva solicitud; ii) otras en las que haya cosa juzgada, pero no temeridad, acaece como caso típico, cuando de buena fe se interpone una segunda tutela debido a la convicción fundada que sobre la materia no ha operado el fenómeno de la cosa juzgada, acompañada de una expresa manifestación en la demanda de la existencia previa de un recurso de amparo; y iii) los casos en los cuales se configure únicamente temeridad, una muestra de ello acontece en la presentación simultánea de mala fe de dos o más solicitudes de tutela que presentan la tripe identidad a la que se ha aludido, sin que ninguna haya hecho tránsito a cosa juzgada” .

4.11 En suma, la Corte ha entendido las instituciones de la cosa juzgada y la temeridad, como una forma de prevenir la presentación sucesiva o múltiple de acciones de tutela frente a una misma causa. Cada una de estas tiene unas características propias, pero no se trata de conceptos excluyentes, pues como se vio, es posible que existan casos en los que confluyan tanto la cosa juzgada como la temeridad. En este contexto, le corresponde al juez constitucional establecer si en cada caso concreto se configura alguna de estas dos figuras.

### **CASO CONCRETO**

En el caso bajo examen, el accionante pide 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 concurso de méritos que se llevó a cabo dentro de la convocatoria No. 436 de 2017.

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; 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; y 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.

En primer lugar encuentra el despacho que en el sub-lite existe una providencia emanada de un Juez constitucional la cual se encuentra debidamente ejecutoriada, en donde se contempló la negación de los derechos invocados, sentencia que fue pronunciada sobre iguales hechos a los que hoy motivan al accionante BOHÓRQUEZ GARCÍA a iniciar una nueva acción de tutela, es decir, que se deje sin efectos la resolución que lo retiró de la entidad SENA y se

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

disponga su reintegro al mismo cargo que desempeñaba o a uno equivalente, que equivale al denominado por el actor como “despido ineficaz”.

Ahora bien, el despacho hará una ponderación de los elementos por los que se configura la temeridad cuales son: “(i) identidad de partes; (ii) identidad de hechos; (iii) identidad de pretensiones; y (iv) la ausencia de justificación en la presentación de la nueva demanda, vinculada a un actuar doloso y de mala fe por parte del libelista.

En cuanto a los hechos, tal como se evidencia en la copia del escrito de tutela presentado en mayo de 2021 visible en el expediente, corresponden a los indicados en el libelo de la tutela que nos ocupa. Se aprecia entonces que, comparando la relación de los hechos de la primera tutela con la nuestra, resulta diáfana la identidad entre los mismos.

Así mismo, se aprecia que tanto lo pedido ante el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Bogotá como lo solicitado ante este despacho judicial apunta a que se deje sin efectos la resolución que lo retiró del SENA y se disponga su reintegro al mismo cargo que desempeñaba o a uno equivalente.

No obstante, verificado el escrito de tutela se advierte que en el acápite *J. Juramento*, el accionante refirió: *“Bajo la gravedad de juramento, manifiesto que no he instaurado otra acción de tutela con fundamento en los mismos hechos y derechos materia de esta acción, que es el reclamo de la indemnización por despido ineficaz. Informó que anteriormente se interpuso otra acción de tutela, pidiendo un reintegro, por lo que, en la presente acción, el actor tiene la **plena convicción del derecho al pago de indemnización** que ahora reclama por despido ineficaz, independientemente de las medidas extrapetitas que el señor Juez Constitucional ordene, conforme la ley y la Jurisprudencia de la H Corte Constitucional.”*

Además, mediante correo allegado el 14 de octubre de 2022 el señor Bohórquez García se pronunció al respecto indicando que lo invocado por la accionada con respecto a lo sucedido en el año 2019, que producto de una tutela resultó en el nombramiento del actor mediante resolución No 1-0873 de 2019 que obra en el expediente de tutela a folios 61 a 64, cree el actor que no puede considerarse una cosa juzgada sino un hecho pasado que concluyó con el nombramiento del actor en el cargo identificado con el IDP 11058. Refirió que se presentó un hecho nuevo con la desvinculación de este cargo IDP 11058, presentó desacato y como no prosperó consideró, no de mala fe, que estaba ante hechos nuevos que podía defenderse con otra tutela que interpuso en el año 2021 pidiendo protección laboral reforzada y reintegro laboral porque su condición de discapacidad y enfermedad laboral persisten en el tiempo y la accionada vulnera sus derechos constitucionales. Fallo judicial que fue adverso porque quizás los operados judiciales no consideraron la relevancia constitucional en la condición de discapacidad y enfermedad laboral. Dice que esta tercera acción está rodeada de nuevos y hechos y nuevas pretensiones, pues se enfoca a la declaratoria del despido ineficaz y al pago de la indemnización, hechos que no se ven inmersos en el estudio y consideraciones del fallo de tutela del 2021, y posteriormente al fallo de tutela hay una sentencia de unificación de la Corte Constitucional que, si fuera el caso de existir identidad de tutela, el precedente del fallo de unificación desvirtúa la temeridad, conforme lo explicado en sentencia SU 027 de febrero de 2021.

Importa precisar, que este despacho mediante sentencia del 29 de agosto de 2022 amparó el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada del accionante y ordenó al SENA que en el evento de tener una plaza disponible en su planta de

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

personal procediera a efectuar en dicha vacante el reintegro del señor Bohórquez García, o tan pronto surgiera la vacante. La decisión fue impugnada por la entidad accionada; entre tanto el actor promovió incidente de desacato, dentro del cual se acreditó el cumplimiento del fallo, esto es el nombramiento del accionante en provisionalidad (resolución 68-04259 de septiembre 13 de 2022) en acatamiento de la sentencia de tutela.

No obstante, durante el trámite de segunda instancia se conocieron los fallos del Juzgado Tercero Penal del Circuito y de la Sala Penal del Tribunal de Bogotá, desde luego con identidad de partes y pretensiones encaminadas al reintegro del actor en la entidad dada su situación de discapacidad y enfermedad laboral. Luego de la declaratoria de nulidad que originó este pronunciamiento el SENA informó que mediante resolución 68-05072 del 21 de octubre de 2022 se dispuso la pérdida de ejecutoriedad de la resolución 68-04259 del 13 de septiembre de 2022, por cuanto esta última se fundamentó en el fallo de primera instancia de este despacho y ante la declaratoria de nulidad desaparecieron las circunstancias de ejecutoriedad, así como los fundamentos de hecho y derecho conforme el numeral 2 del artículo 91 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Es así, que, en criterio de este despacho judicial, resulta amañada la actuación y se denota el propósito desleal de obtener la satisfacción de su interés a toda costa, *“jugando con la eventualidad de una interpretación judicial que, entre varias, pudo resultar favorable”*, tal como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional en cita.

Por todo lo anterior y acogiendo los postulados anteriormente expuestos, esta falladora encuentra inviable tutelar los derechos ya denegados a través del fallo proferido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Bogotá, confirmado en segunda instancia por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá en la tutela promovida por el señor Fernando Bohórquez García en contra del SENA, en lo que respecta a dejar sin efectos la resolución que lo retiró del SENA y disponer su reintegro al mismo cargo que desempeñaba o a uno equivalente, siendo evidente, se itera, que estamos frente una actuación temeraria al tenor de lo consagrado en el Art. 38 del Decreto 2591 de 1991.

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.

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***

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

**cargo en virtud de sus méritos evaluados previamente**<sup>4</sup>. 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, ARL POSITIVA, JUAN PABLO MORALES VARGAS, ANA YAHAIRA LANDAZABAL, JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE BUCARAMANGA, SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BUCARAMANGA, JUZGADO TRECE PENAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, JUZGADO TERCERO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE BOGOTÁ, SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ y JUZGADO TERCERO PENAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ pues no se aprecia de su parte vulneración alguna de los derechos fundamentales del accionante.

Recapitulando, se aprecia en la foliatura que no se cumplen con los requisitos establecidos por la Corte Constitucional sobre la procedencia de la acción de tutela respecto de la protección del derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada reclamada por el señor FERNANDO BOHÓRQUEZ GARCÍA, puesto que ya hubo pronunciamiento de fondo sobre los hechos y pretensiones expuestos y se considera que hay cosa juzgada.

Ahora bien, no se impondrá sanción alguna por actuación temeraria, toda vez que en escrito presentado por el actor con fecha 14 de octubre de 2022, precisa que esta tercera acción se enfoca a la declaratoria del despido ineficaz y al pago de la indemnización, considerando ésta última como una pretensión nueva y diferente a lo dilucidado en los fallos anteriores.

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: NEGAR POR IMPROCEDENTE** la protección del derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada reclamada por el señor FERNANDO BOHÓRQUEZ GARCÍA en contra del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA REGIONAL SANTANDER, en los términos expuestos en la parte motiva.

**TERCERO: DESVINCULAR** de la presente acción a la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, NUEVA EPS, MINISTERIO DE TRABAJO, COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, ARL POSITIVA, JUAN PABLO MORALES VARGAS, ANA YAHAIRA LANDAZABAL, JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE BUCARAMANGA, SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BUCARAMANGA, JUZGADO TRECE PENAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, JUZGADO TERCERO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE BOGOTÁ, SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ y JUZGADO TERCERO PENAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ por no evidenciarse de su parte vulneración alguna de derechos fundamentales del señor

---

<sup>4</sup> Sentencias C-064 de 2007, T-951 de 2004 y C-588 de 2009.

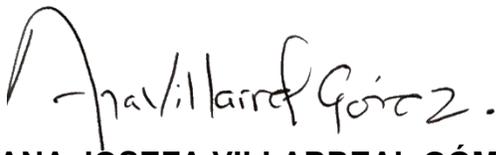
RADICADO: 2022-101  
ACCIONANTE: FERNANDO BOHÓRQUEZ GARCÍA  
ACCIONADO: SENA  
FERNANDO BOHÓRQUEZ GARCÍA.

**CUARTO:** SE ADVIERTE al señor FERNANDO BOHÓRQUEZ GARCÍA, que en lo sucesivo se abstenga de presentar acciones de tutela con fundamento en los hechos y pretensiones que ya han sido debatidos, so pena de las sanciones pecuniarias a las que haya lugar.

**QUINTO:** 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,



**ANA JOSEFA VILLARREAL GÓMEZ**