



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SOGAMOSO

Sogamoso, veintitrés (23) de mayo de dos mil diecinueve (2019).

REFERENCIA: ACCIÓN DE TUTELA
DEMANDANTE: RUBY ESPERANZA LUQUE BLANCO
DEMANDADO: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA
VINCULADOS: Integrantes de la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. CNSC-20182120178055 de 24 de diciembre de 2018 y quien en la actualidad ocupa el cargo de instructor código 3010 grado 1 OPEC 63942
RADICADO: 15759-33-33-001-**2019-00067-00**

I. LA ACCIÓN

Procede el despacho a dictar sentencia para resolver en primera instancia la demanda de tutela que ha dado origen al proceso de la referencia, instaurada por la señora Ruby Esperanza Luque Blanco en contra del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA.

II. ANTECEDENTES

1.- Pretensiones¹

Pretende la accionante obtener la protección de sus derechos fundamentales a la estabilidad reforzada, mínimo vital, trabajo digno, seguridad social, vida digna y derecho de los niños, jóvenes y adolescentes.

En consecuencia, solicita se ordene al Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA, que en un término perentorio de 48 de horas, realice las gestiones necesarias tendientes a su reubicación en un cargo similar o equivalente al de instructor en la ciudad de Duitama, teniendo en cuenta que existe una vacante con código OPEC 63942, hasta que la accionante adquiera el status de pensionada e ingrese en nómina de pensionados.

¹ Folios 5 - 6.

Así mismo, solicitó como medida provisional suspender los efectos de la decisión contenida en el oficio No. 15-2-2019-001068 del 8 de febrero de 2019, mediante el cual se le terminó el nombramiento en provisionalidad y de la Resolución No. 15-000018 del 28 de enero de 2019, a través de la se nombró en periodo de prueba al señor Hebert Alexander Cepeda Camargo en el cargo identificado con la OPEC No. 59705 denominado instructor, ubicado en la Regional Boyacá, Centro Minero, Sogamoso.

Subsidiariamente, pidió que una vez se posesione el profesional Hebert Alexander Cepeda Camargo, se le reubique en uno de los cargos que existan en la entidad, de igual o superior categoría al de instructor, que están vacantes en forma definitiva en la Regional Boyacá y que no fueron reportados a la convocatoria, o en uno de los cargos de instructor que fueron declarados desiertos por la CNSC en la convocatoria 436, o en su defecto, en el dado caso que no existan vacantes en Boyacá, se traslade un cargo a esta regional, para que no se afecte la unión familiar, ya que reside en la ciudad de Duitama.

2.- Fundamentos fácticos²

Los hechos que se relatan como fundamento de las anteriores pretensiones son los que a continuación se resumen:

La señora Ruby Esperanza Luque Blanco nació el 31 de agosto de 1964 y en la actualidad cuenta con 54 años de edad y más de 20 años laborados al servicio del SENA, situación que le comporta una real expectativa pensional, pues trabajó 11 años por orden de prestación de servicios en el cargo de instructor y 17 años en provisionalidad, desde el 23 de mayo de 2002.

Indicó que la anterior situación le otorga la calidad de prepensionada y sujeto de especial protección, si se tiene en cuenta que es madre cabeza de familia y que a la fecha le faltan 2 años y 4 meses para adquirir el status pensional.

Resaltó que pese a haber demostrado su condición especial de conformidad con lo establecido en la circular No. 3-2018-000159 del 7 de septiembre de 2018 expedida por el SENA, esta entidad convocó a concurso todos los cargos de instructor sin excepción alguna.

² Folios 1 a 5.

Señaló que el 24 de diciembre de 2018 la Comisión Nacional del Servicio Civil publicó las vacantes que se declararon desiertas para el cargo de instructor, lo cual acredita la disponibilidad de plazas donde puede ser reubicada, no obstante, mediante Resolución No. 15-000018 del 28 de enero de 2019, el SENA nombró en periodo de prueba al señor Hebert Alexander Cepeda Camargo, quien tomaría posesión del cargo el 2 de abril siguiente, es decir, la accionante quedó desvinculada definitivamente de la entidad el 1 de abril del año en curso.

Manifestó que las decisiones tomadas por el SENA le han causado un daño inminente a sus derechos fundamentales, tales como la estabilidad laboral reforzada, el mínimo vital de su hija en edad escolar, el trabajo digno, seguridad social, vida digna y derecho de los jóvenes.

Significó que dada su edad y su condición de prepensionada su capacidad laboral se encuentra disminuida y es casi imposible que obtenga un nuevo trabajo.

Finalmente destacó que la presente acción constitucional se presenta como un mecanismo subsidiario al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, toda vez que este resulta ineficaz para la protección inmediata de sus derechos fundamentales, dada la proximidad para adquirir su status pensional y ser el único sustento económico de su familia.

3. Fundamentos de derecho³

Como fundamentos de derecho se invocaron los artículos 86 de la Constitución Política de Colombia y 6 del Decreto 2591 de 1991. Además, se citaron las sentencias T-016 de 2008, T-213A de 2011, T-588 de 2008, T-800 de 1998, T-289 de 2011 y la SU-446 de 2011.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

La acción de tutela de la referencia fue presentada el 26 de abril de 2019⁴. Por auto de 29 de abril del mismo año⁵, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Tunja la remitió a la oficina de reparto de la ciudad de Duitama, correspondiéndole su

³ Folios 6 a 8.

⁴ Folio 101.

⁵ Folio 106 – 107.

conocimiento al Juez Tercero Administrativo Transitorio Oral, quien mediante auto del 2 de mayo siguiente⁶ se abstuvo de avocar conocimiento y en seguida ordenó remitirla a los Juzgados del Circuito de Sogamoso – Reparto.

Mediante auto de fecha 10 de mayo de 2019⁷, este juzgado admitió la acción de tutela, ordenando vincular a las personas que integran la lista de elegibles para proveer dos (2) vacantes del empleo de carrera denominado Instructor, Código 3010, Grado 1, del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA, ofertado a través de la Convocatoria N° 436 de 2017 bajo el código OPEC 59705⁸ y al instructor que en la actualidad se encuentre nombrado en provisionalidad bajo el código 3010, Grado 1, código OPEC No. 63942, ubicado en el Centro de Desarrollo Agropecuario y Agroindustrial de Duitama.

Cumplida la notificación del auto que antecede, el expediente ingreso al despacho⁹.

Los señores (as) Hebert Alexander Cepeda Camargo, Efrén José Lombana Jiménez, Segundo Alberto Ibáñez Molina, John Henry Ramírez Malaver, María Nathaly Bello Guzmán y Adriana Mireya Santos Santos (quienes conforman la referida lista de elegibles) fueron notificados a través del SENA, el 13 de mayo de 2019¹⁰. De igual forma, el contenido del escrito de demanda y del auto de admisión fueron publicados en la página web de la Comisión Nacional del Servicio Civil¹¹.

1.- Razones de la defensa

1.1.- El coordinador del Grupo de Relaciones Laborales de la Secretaría General del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA¹² solicitó negar por improcedente la presente acción de tutela o en su defecto denegar las pretensiones de la misma, argumentando lo siguiente:

- (i) De acuerdo con el artículo 86 constitucional y 6 del Decreto 2591 de 1991, la presente tutela es improcedente, por cuanto la accionante dispone de otro medio de defensa judicial ante la jurisdicción contenciosa

⁶ Folios 112 – 113.

⁷ Folios 119 – 120 vuelto.

⁸ Resolución N° CNSC - 20182120178055 de 24 de diciembre de 2018. Folios 42 – 43.

⁹ Folio 122.

¹⁰ Folio 146.

¹¹ Consultado el 21 de mayo de 2019, en <https://www.cnsc.gov.co/index.php/acciones-constitucionales-436-de-2017-servicio-nacional-de-aprendizaje-sena>. Folio 130.

¹² Folios 132 a 145.

administrativa, si se tiene en cuenta que las pretensiones de la tutela no constituyen un mecanismo transitorio, sino definitivo.

Precisó que la acción de tutela es un mecanismo excepcional que brinda protección inmediata a los derechos fundamentales, pero en ninguna medida es una acción sustitutiva de las acciones ordinarias.

Para soportar su dicho, citó apartes de las sentencias de tutela T- 415 de 1995 y T-519 de 2003.

- (ii) El retiro de la accionante se dio en cumplimiento de un deber legal, producto de la convocatoria No. 436 de 2017 adelantada por la Comisión Nacional del Servicio Civil para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal perteneciente al Sistema General de Carrera Administrativa del SENA.

Al respecto indicó que en atención al artículo 125 de la Constitución Política, el SENA reportó a la CNSC un total de 4.973 vacantes con el ánimo de ser proveídas a través de concurso público de méritos, el cual se abrió el 24 de julio de 2017, a través de la convocatoria No. 436 de 2017.

Una vez agotadas las etapas del concurso, la CNSC conformó las listas de elegibles para aquellos cargos cuyos resultados se encuentran en firme, como es el caso del empleo OPEC No. 59705; sin embargo, la accionante no se encuentra en las listas de elegibles para ninguno de los empleos convocados, lo que implica que o no se inscribió o no superó las pruebas necesarias y pretende desnaturalizar la forma de vinculación con el Estado por medio de la acción de tutela.

- (iii) La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que los provisionales en situaciones especiales como prepensionados y padres o madres cabeza de familia, deben ser retirados en un último lugar de la entidad y en la medida de lo posible ser ubicados en otro cargo no reportado, motivo por el cual el SENA profirió la circular No. 3-2018-000159 del 7 de septiembre de 2018, para que las personas nombradas en provisionalidad manifestaran si tenían alguna condición especial.

La información recopilada fue enviada a la CNSC para que expidiera las listas de tales cargos de forma escalonada, sin embargo, la propuesta fue rechazada por tal entidad, lo que llevo al SENA a adoptar medidas internas para que estas personas fueran las ultimas en ser desvinculadas.

Además, indicó que de acuerdo con el concepto emitido por el Departamento Administrativo de la Función Pública mediante oficio No. 2019600046031 del 1º de marzo de 2019, *“no es viable realizar reubicaciones en los empleos vacantes definitivos de la planta de personal, pues ello indica la vulneración del derecho preferente a encargo de todos los funcionarios con derechos de carrera administrativa de los niveles jerárquicos inferiores al empleo en que por orden judicial de tutela se debe reubicar al (la) accionante, quienes ingresaron a la entidad por el mérito conforme a las reglas de carrera vigentes al momento de su ingreso y cuyos derechos están resultando vulnerados, sin ni siquiera haberse hecho parte dentro de la acción de tutela que nos ocupa; de esta manera el fallo impugnado al pretender proteger los derechos de una sola persona, vulnera los derechos de carrera administrativa de quienes si tienen estabilidad laboral en la Entidad”*.

- (iv) De conformidad con lo establecido en la Sentencia de Unificación No. 003 de 2018, la tutelante no es beneficiaria de la estabilidad laboral reforzada, considerando que acredita el cumplimiento de 1306 semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones y el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez, es el de edad.

1.2.- Si bien la **Comisión Nacional del Servicio Civil** no se vinculó como parte dentro de la presente acción constitucional¹³, dentro del trámite de la misma, el asesor jurídico de dicha entidad contestó la demanda¹⁴, y solicitó declarar la improcedencia de la acción constitucional, toda vez que en el presente asunto existe falta de legitimación en la causa por parte de la entidad que representa.

IV. CONSIDERACIONES

1.- Problema jurídico

Corresponde al despacho determinar si el Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA, vulneró los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, mínimo vital,

¹³ Puesto que ella no es la encargada de realizar los nombramientos en el SENA.

¹⁴ Folios 126 - 127.

trabajo digno, seguridad social, vida digna y derecho de los niños, jóvenes y adolescentes de la señora Ruby Esperanza Luque Blanco, quien es madre cabeza de familia y ostenta la condición de prepensionada, al no ser reubicada en la vacante OPEC No. 63942 ubicada en la ciudad de Duitama, o en su defecto en uno de los cargos de igual o superior jerarquía al de instructor, vacantes en forma definitiva en la Regional Boyacá que no fueron reportados a la Comisión Nacional del Servicio civil o que fueron declarados desiertos.

2.- La acción de tutela

La acción de tutela instituida en el artículo 86 de la Constitución Política tiene como finalidad facilitar a las personas un mecanismo ágil, breve y sumario a fin de hacer respetar los derechos fundamentales constitucionales, cuando quiera que ellos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, siempre que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Dicha acción es un medio procesal específico porque se contrae a la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales afectados de manera actual e inminente, siempre que estos se encuentren en cabeza de una persona o grupo determinado de personas, y conduce, previa solicitud, a la expedición de una declaración judicial que contenga una o varias órdenes de efectivo e inmediato cumplimiento, enderezados a garantizar su protección, con fundamento constitucional.

Son principios de la acción de tutela la subsidiariedad y la inmediatez, de acuerdo con los cuales no debe existir otro mecanismo judicial idóneo para lograr la protección del derecho que se pretende y, además, la violación del derecho debe ser reciente, actual o inminente, de manera que evidencie el riesgo de la vulneración del mismo o la imposibilidad de superar el hecho generador de la afectación, por lo que se requiere una protección urgente por parte del Juez constitucional.

3.- Estabilidad laboral relativa de los servidores públicos nombrados en provisionalidad

En primer lugar debe precisarse que el artículo 125 de la Constitución Política establece que los empleos en los órganos y entidades del Estado, por regla general,

son de carrera, exceptuando los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. De igual forma, señala la norma superior que el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se hará previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

Al referirse a la figura del encargo, el artículo 24 de la Ley 909 de 2004 estipula que *“mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, y una vez convocado el respectivo concurso, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados de tales empleos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación de desempeño sea sobresaliente”*.

A su turno, el artículo 25 *ibídem* determina que en casos de vacancia temporal, los empleos de carrera serán provistos en forma provisional, cuando no sea posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera.

Sobre el punto, la Corte Constitucional ha precisado que *“[d]e manera excepcional, la ley permite que los empleos de carrera puedan ser ocupados por servidores nombrados en provisionalidad cuando se presenten vacancias definitivas o temporales y, por razones del servicio, se requiera de personal suficiente para atender las necesidades de la administración, mientras estos se proveen en propiedad conforme a las formalidades legales o cesa la situación que originó la vacancia. En ese contexto, ha dicho la Corte, si bien es cierto el servidor no podrá permanecer indefinidamente en el cargo, tampoco se crea una equivalencia a un empleo de libre nombramiento y remoción, de ahí que no proceda su desvinculación por la simple voluntad discrecional del nominador”¹⁵*.

Vale decir, el retiro del servicio de los servidores públicos nombrados en provisionalidad debe ser motivado y no puede darse por la simple discrecionalidad del nominador, considerando que si bien sus nombramientos no son indefinidos, tampoco se equiparan a los de libre nombramiento y remoción.

En ese mismo sentido, el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1083 del 26 de mayo de 2015¹⁶ estableció que el encargo o el nombramiento provisional podrán darse por terminados mediante resolución motivada. Veamos:

¹⁵ Sentencia de T-096 del 20 de marzo de 2018. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

¹⁶ “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública”.

“ARTÍCULO 2.2.5.3.4 Terminación de encargo y nombramiento provisional. Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados”.

Por esta razón, la Corte ha indicado que los servidores nombrados en provisionalidad en cargos de carrera “gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que se traduce en que su retiro del servicio público solo tendrá lugar por causales objetivas previstas en la Constitución y en la ley, o para proveer el cargo que ocupan con una persona que haya superado satisfactoriamente el respectivo concurso de méritos, razones todas estas que deberán ser claramente expuestas en el acto de desvinculación, como garantía efectiva de su derecho al debido proceso y al acceso en condiciones de igualdad a la función pública.

De esta forma, “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”¹⁷.

No obstante la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹⁸ y del Consejo de Estado¹⁹, ha indicado que si bien los titulares del cargo de carrera tienen mejor derecho frente a las personas nombradas en provisionalidad, cuando estas últimas se encuentran en una condición especial, como es el caso de las personas que padecen alguna enfermedad catastrófica o discapacidad, o son padres o madres cabeza de familia o prepensionados, la administración debe adoptar las medidas que tenga a su alcance para brindarles un trato preferencial.

Al respecto, la Corte Constitucional destacó en Sentencia de Tutela No. 096 del 20 de marzo de 2018, medidas como que los provisionales con condiciones especiales sean los últimos en ser desvinculados de la entidad o de ser posible sean reubicados en empleos vacantes iguales o equivalentes a los que venían ocupando

¹⁷ Sentencia de T-096 del 20 de marzo de 2018. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Resalta el juzgado.

¹⁸ Ver sentencias SU 446 de 2011; T-096 de 2018

¹⁹ Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia del 6 de septiembre de 2017. Radicado No. 19001-23-33-000-2017-00254-01(AC). M.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez; Sección Segunda – Subsección A. Sentencia del 21 de septiembre de 2017. Radicado No. 25000-23-25-000-2010-00414-01. No. Interno (0113-15). M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas; Sección Primera. Sentencia del 25 de mayo de 2017. M.P. María Elizabeth García González.

en provisionalidad, o se les mantenga transitoriamente la afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud. Veamos:

“6.6. Ahora bien, de conformidad con las consideraciones previamente expuestas, cuando la persona que ocupa un cargo en provisionalidad es un sujeto de especial protección constitucional, como en el presente caso, aunque no le asista el derecho a permanecer indefinidamente en un empleo de carrera, se le debe brindar un trato preferente antes de proceder al nombramiento en período de prueba de quien resultó elegible en un concurso de méritos. Así entonces, la entidad está en la obligación de adoptar las siguientes medidas: (i) prever mecanismos orientados a garantizar que sean los últimos en ser desvinculados del servicio público; (ii) en el evento en que existan vacantes disponibles en cargos iguales o equivalentes a aquel que venían ocupando en provisionalidad, vincularlos bajo la misma modalidad mientras estos son provistos por el sistema de carrera; (iii) si la situación de debilidad manifiesta se deriva de una grave afectación de salud y, por alguna circunstancia objetiva, resulta imposible su nombramiento en otro empleo, habrá de mantenerse la afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud hasta que finalicen los tratamientos médicos necesarios para su recuperación o dicha obligación sea asumida por otro empleador”.

Por otro lado, el artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 del 26 de mayo de 2015²⁰, estableció en el párrafo 2º el orden de protección de los empleados en provisionalidad, cuando como resultado de un proceso de selección, la lista de elegibles este conformada por un número de aspirantes menor a los ofertados, de la siguiente manera:

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

- 1. Enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad.*
- 2. Acreditar la condición de padre o madre cabeza de familia en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.*
- 3. Ostentar la condición de prepensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.*
- 4. Tener la condición de empleado amparado con fuero sindical”.*

4.- Caso concreto

El juzgado accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda de tutela de la referencia, por las siguientes razones:

4.1.- Lo que pretende la señora Ruby Esperanza Luque Blanco a través del presente mecanismo de protección constitucional, es ser reubicada en un cargo similar o

²⁰ **“Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública”.**

equivalente al de instructor, preferiblemente en la OPEC No. 63942 ubicada en el Centro de Desarrollo Agropecuario y Agroindustrial de Duitama, o en su defecto, en una vacante definitiva en la Regional Boyacá o en el traslado que se realizare de un cargo a esta regional.

Formuló la anterior petición, basada en su condición especial de prepensionada por tener 54 años de edad y 1306 semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones, así como por ser madre de una joven que en la actualidad cursa primer semestre de finanzas y comercio internacional en la Universidad de La Salle.

En este contexto, advierte el despacho que el amparo constitucional de tutela sí es procedente como mecanismo transitorio para el amparo de los derechos fundamentales de la demandante, toda vez que en este proceso de naturaleza constitucional, no se debate la legalidad o ilegalidad del acto administrativo que comporto el retiro de la misma, sino el análisis de la vulneración o no de sus derechos fundamentales, dada la condición de debilidad manifiesta que dice ostentar; máxime cuando verificado el sistema SIGLO XXI y realizada la consulta de procesos en la página web de la Rama Judicial, no se observa que a la fecha de expedición de esta sentencia, la accionante haya presentado demanda de nulidad y restablecimiento del derecho.

4.2.- Respecto de la condición especial de la actora por ser madre cabeza de familia, habrá de advertirse que de acuerdo con el artículo 2º de la Ley 82 del 3 de noviembre de 1993²¹, modificado por el artículo 1º de la Ley 1232 de 2008²², “es *Mujer Cabeza de Familia, quien siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar*”²³.

Este concepto fue retomado en sentencia T-353 del 11 de mayo de 2010, en la cual la Corte Constitucional amplió la protección de la estabilidad laboral reforzada de las madres cabeza de familia a los padres cabeza de familia, indicando además que “los requisitos que se reclaman para que los padres cabeza de familia accedan al retén social, están encaminados a amparar los derechos de quienes, por su condición de

²¹ “Por la cual se expiden normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia”

²² “Por la cual se modifica la Ley 82 de 1993, Ley Mujer Cabeza de Familia y se dictan otras disposiciones”.

²³ Se destaca.

debilidad manifiesta, ya sean hijos menores o mayores discapacitados, dependen de su apoyo económico y emocional, al tener como responsable del hogar únicamente al hombre padre de familia”²⁴.

En ese sentido, la situación particular de ser madre o padre cabeza de familia está directamente relacionada con la condición de debilidad manifiesta de los hijos menores de edad o mayores discapacitados y no solamente de la dependencia económica y afectiva.

Bajo este entendido, la señora Ruby Esperanza Luque Blanco no ostenta la condición de ser madre cabeza de familia, si se tiene en cuenta que su hija M. F. L. B., en la actualidad tiene 19 años de edad²⁵, y dentro del expediente no está demostrado que padezca de alguna discapacidad física o mental, por esta razón y para este aspecto, no es sujeto de especial protección constitucional.

4.3.- Ahora bien, la norma que trajo a colación el concepto de prepensionado fue la Ley 790 de 2002²⁶, la cual estableció en el artículo 12 que “*De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley*”.

Al respecto, la Corte Constitucional sostuvo en la Sentencia de Unificación 003 de 2018, que “*Acreditan la condición de “prepensionables” las personas vinculadas laboralmente al sector público o privado, que están próximas (dentro de los 3 años siguientes) a acreditar los dos requisitos necesarios para obtener la pensión de vejez (la edad y el número de semanas -o tiempo de servicio- requerido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o el capital necesario en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad) y consolidar así su derecho a la pensión*”.

Es decir, se considera prepensionada la persona a la que le faltare tres años o menos para adquirir el status pensional y de conformidad con el artículo 33²⁷ de la

²⁴ Resalta el juzgado.

²⁵ Nació el 10 de mayo del 2000. Folio 19.

²⁶ “*Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República*”.

²⁷ “**ARTÍCULO 33. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ.** <Artículo modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre. A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

Ley 100 de 1993, los requisitos para obtener la pensión de vejez, son haber cumplido 57 años de edad y haber cotizado como mínimo 1300 semanas al Sistema General de Pensiones.

De acuerdo con la documental aportada al proceso, la señora Ruby Esperanza Luque Blanco, nació el 31 de agosto de 1964²⁸ y en la actualidad tiene 54 años y 8 meses de edad y un total de 1306 semanas cotizadas²⁹, circunstancias que la hacen merecedora de la condición de prepensionada y por ende de una especial protección constitucional, pues solo le hace falta cumplir el requisito de edad para adquirir la pensión de vejez, lo cual sucederá el 31 de agosto de 2021, es decir, en 2 años, 3 meses y 8 días.

Ahora, en la contestación realizada por el asesor jurídico del SENA, se advirtió que según la Sentencia de Unificación 003 de 2018 *"Cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, no hay lugar a considerar que la persona es beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, dado que el requisito faltante de edad puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente. En estos casos, no se frustra el acceso a la pensión de vejez"*.

En este punto se destaca, que esta sentencia no aplica como precedente jurisprudencial en el sub examine, por cuanto tiene una diferencia fundamental desde el punto de vista del sustento factico, ya que el análisis realizado en tal providencia se efectuó respecto de servidores públicos que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción, distinto al presente caso, ya que la accionante contaba con un nombramiento en provisionalidad en un cargo de carrera administrativa, razón por la cual, frente a ella se predicaba una estabilidad laboral relativa, diferente a la de las personas de libre nombramiento y remoción, quienes por la naturaleza de su cargo, no gozan de estabilidad laboral reforzada. Esta fue precisamente la primera regla de unificación tratada en la SU 003 de 2018.

4.4.- El inminente retiro del servicio de la señora Ruby Esperanza Luque Blanco obedece a una causa justa y objetiva, cual es la designación de la persona que ocupa el primer lugar de la lista de elegibles conformada mediante Resolución n.º

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

[...].

²⁸ Cédula de ciudadanía visible a folio 16.

²⁹ Reporte de semanas cotizadas en pensiones actualizado a 11 de septiembre de 2018. Folio 17.

CNSC - 20182120178055 del 24 de diciembre de 2018 en el empleo denominado Instructor, Código 3010, Grado 1 (OPEC 59705) ofertado a través de la Convocatoria 436 de 2017, nombramiento y posesión que para la fecha en que se emite esta sentencia ya fue efectuado por el SENA, Regional Boyacá.

Por manera que el derecho a la estabilidad laboral relativa de la señora Luque Blanco cedió frente al mejor derecho que ostenta la persona que ocupó el primer lugar de la lista de elegibles, en virtud del criterio del mérito para el acceso a la función pública establecido en el artículo 125 de la Constitución Política.

Sobre el punto, el Consejo de Estado ha sostenido que los funcionarios que se encuentran en provisionalidad desempeñan su función conociendo que pueden ser desplazados cuando se provea el cargo en virtud de un concurso de méritos, porque no se puede desconocer la posición de quien aprobó el concurso. Veamos:

*“La protección de los funcionarios que están en provisionalidad es relativa, toda vez que ejercen su función con la posibilidad de ser desplazados cuando el cargo se provea en concurso de méritos, **situación que representa un derecho preferente respecto a quienes no participaron en el mismo, o que pese a concursar no superaron las etapas clasificatorias o en últimas no quedaron en lista de elegibles luego de las correspondientes fases.***

Ahora, cuando se trata de un funcionario que ejerce su función en provisionalidad y además está en condiciones de debilidad manifiesta, como los grupos poblacionales antes descritos, requiere el respeto de su derecho a la estabilidad laboral reforzada, sin desconocer la posición de quien accedió al cargo por aprobar el respectivo concurso de méritos³⁰.

4.5.- De acuerdo con la jurisprudencia vigente y para garantizar los derechos fundamentales de las personas nombradas en provisionalidad que son sujetos de especial protección constitucional; el Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA expidió la circular No. 3-2018-000159 del 7 de septiembre de 2018, con el fin de establecer el *“Reporte de situaciones especiales para tener en cuenta al proveer empleos de carrera administrativa con listas de elegibles de la Convocatoria 436 de 2017”*. Allí, indicó las formas de acreditar las situaciones especiales de (i) prepensionados, (ii) madre o padre cabeza de familia, (iii) situación de discapacidad y (iv) enfermedades catastróficas; con el ánimo de realizar un consolidado y comunicarlo a la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Según la contestación realizada por el asesor jurídico del SENA, posterior a ello *“El listado consolidado de todas las personas a nivel nacional que se reportaron en situaciones*

³⁰ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta. Sentencia del 6 de abril de 2017. Radicado 68001-23-33-000-2017-00161-01(AC). M.P. Rocío Araujo Oñate. Resalta el Juzgado.

especiales, fue reportada a la Comisión Nacional del Servicio Civil a efectos que expidiera en último lugar las listas de elegibles de los cargos ocupados por esas personas y conforme la propuesta de escalonamiento realizada por el SENA, propuesta que en últimas fue rechazada por dicha Entidad y que por ende, expidió todas las listas de elegibles de los cargos administrativos el 26 de octubre de 2018, entre la cual se encuentra la de la accionante.

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

De conformidad con lo anterior, no cabe duda que la autoridad demandada sí previó medidas dirigidas a garantizar que los sujetos de especial protección constitucional que ocupaban en provisionalidad las plazas ofertadas mediante la Convocatoria 436 de 2017, fueran los últimos en ser desvinculados de la entidad.

4.6.- Sin embargo, tal como se anotó en el acápite sobre la “*Estabilidad laboral relativa de los servidores públicos nombrados en provisionalidad*”, la administración debe adoptar las medidas que tenga a su alcance para brindarle un trato preferencial a tales personas cuando son sujetos de especial protección constitucional, como puede ser, vincularlos nuevamente bajo la misma modalidad en las vacantes disponibles en cargos iguales o equivalentes a aquel que venían ocupando en provisionalidad.

Sobre esta medida el asesor jurídico del SENA indicó que “*después de haber garantizado todas las acciones afirmativas en torno a la situación especial del (la) accionante, no es viable realizar reubicaciones en los empleos vacantes definitivos de la planta de personal, pues ello implica la vulneración del derecho preferente a encargo de todos los funcionarios con derechos de carrera administrativa de los niveles jerárquicos inferiores al empleo en el que por orden judicial de tutela se debe reubicar al (la) accionante, quienes ingresaron a la entidad por el mérito conforme a las reglas de carrera vigentes al momento de su ingreso y cuyos derechos están resultando vulnerados, sin ni siquiera haberse hecho parte dentro de la acción de tutela que nos ocupa; de esta manera el fallo impugnado al pretender proteger los derechos de una sola persona, vulnera los derechos de carrera administrativa de quienes si tienen estabilidad laboral en la entidad”*

Más adelante señaló que “*solamente una vez se provea los empleos en periodo de prueba y se desarrollen los procesos de encargo, para proveer a los funcionarios en carrera administrativa, se podrá determinar si quedan cargos en planta de igual o similar condición a la que actualmente ocupa la accionante”.*

No obstante, los anteriores argumentos no son de recibo por este despacho, considerando que si bien es cierto y las vacantes temporales pueden ser provistas preferentemente a través de la figura del encargo, lo cierto es que por vía jurisprudencial la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, han sostenido que en tratándose de sujetos de especial protección constitucional, la administración debe propender por la guarda de sus derechos fundamentales y debe darles un trato preferencial, en este orden de ideas, resulta desproporcionado hacer el análisis

de procedencia de la reubicación de la actora, hasta que se desarrollen los procesos de encargo, máxime cuando dentro del trámite de tutela, no se demostró si en este momento el SENA está realizando tales procesos y en alguno de los cargos en los que puede ser reubicada la demandante.

Por el contrario, lo que deja entrever el asesor jurídico de la entidad accionada, es que sí existen vacantes donde puede ser reubicada la señora Luque Blanco, pues señaló que estas deben ser copadas bajo la modalidad de encargo por los empleados en carrera administrativa.

En el tema que aquí se estudia existe un precedente de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado³¹ en el que se confirmó el amparo de los derechos fundamentales del actor, por cuanto la entidad demandada (luego de realizarse el concurso de méritos), no demostró que en efecto dentro de su planta global no existiera un cargo vacante donde reubicar al prepensionado. En la sentencia se indicó:

“Así las cosas, al igual que lo estimó el Tribunal, la entidad accionada no aportó prueba que demostrara que el número de aspirantes en lista de elegibles, para el resto de empleos de Auxiliar Administrativo Código 4044 Grado 14 -distintos al OPEC 208223-, hubiera sido superior al número de los ofertados, ni que a la fecha todos ya hubieran sido provistos.

Sumado a que en su contestación a la tutela la entidad accionada manifestó que “los restantes empleos se encuentran postulados para proveerse mediante encargo, ya que los servidores públicos que ostentan derechos de carrera tiene derecho preferente a ser encargados en dichos empleos, de conformidad con el artículo 24 de la Ley 909 de 2004”.

De ahí que el amparo debía implicar la orden, tal y como la impartió el Tribunal, de reubicar al actor en uno de igual o similar categoría, que aún quedaren vacantes o no hayan sido suplidos con la lista de elegibles.

Sin embargo, esa reubicación no puede ser “hasta que sea emitida la decisión correspondiente por su respectivo fondo de pensiones y sea incluido en nómina de pensionados”, como se ordenó en el fallo impugnado.

Se anota esto último, porque la estabilidad laboral reforzada que surge de la condición de prepensionado se extiende hasta que el servidor cumpla los requisitos de ley -edad y tiempo de servicio- para tener derecho a reclamar pensión de jubilación³², es decir, hasta que obtenga el estatus de pensionado, y no hasta que sea incluido en nómina”.

³¹ Sentencia del 6 de septiembre de 2017, proferida dentro del radicado No. 19001-23-33-000-2017-00254-01(AC). Actor: Jesús Vicentes Benavides Leyton. Demandado: Departamento Administrativo para la Prosperidad Social. M.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

³² Al respecto se puede consultar el art.12 de la Ley 790 de 2002 y la sentencia SU-897 de 2012. Pie de página del texto en cita.

En este orden de ideas, desde que la vacante exista es procedente reubicar a la demandante, toda vez que es un caso excepcional por tener una condición de debilidad manifiesta y por tales motivos se accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda.

No obstante, se aclara que de conformidad con la sentencia previamente citada, la orden a dar en la presente sentencia tiene un límite temporal, esto es, hasta que la señora Luque Blanco complete sus requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo cual sucederá el 31 de agosto de 2021.

Ahora bien, no pierde de vista el despacho que la accionante pretende ser reubicada en la vacante del empleo de carrera denominado Instructor, Código 3010, Grado 1, ofertado bajo el Código OPEC No. 63942, ubicado en el Centro de Desarrollo Agropecuario y Agroindustrial del SENA, en la ciudad de Duitama, por razones de arraigo familiar.

En todo caso, esta instancia judicial no accederá a tal pretensión, considerando que (i) de lo expresado en la demanda de tutela, el núcleo familiar de la accionante se conforma solamente por ella y su hija, quien actualmente cursa estudios universitarios en la Universidad de La Salle, la cual no tiene sedes en la ciudad Duitama³³; (ii) dentro del proceso no se probó si la vacante pretendida es similar a la que ostentaba la señora Luque Blanco, pues no se conoce un análisis al respecto, que indique la similitud entre los dos cargos, como pueden ser los requisitos de estudio y experiencia, es más los documentos aportados al proceso no dan prueba, si quiera sumaria, de la profesión de la actora. Luego la vacante en la que debe ser reubicada la instructora será decisión del SENA, previo análisis que realice al respecto, porque es la misma entidad la que conoce cuál es su planta de personal, donde están las vacantes y cual es la más adecuada según su perfil; y (iii) porque no se conoce si el cargo solicitado está vacante en la actualidad y en caso contrario, si la persona que lo llegare a ocupar tiene mejor derecho que ella.

Bajo tales condiciones, se concederá el amparo transitorio de los derechos fundamentales a la estabilidad reforzada, mínimo vital, trabajo digno, seguridad social y vida digna de la señora RUBY ESPERANZA LUQUE BLANCO, ordenando al Director General del Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA-, que dentro de las

³³ Información tomada de la pagina <https://www.lasalle.edu.co/nuestras-sedes>, consultada el 23 de mayo de 2019.

cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia y si aún no lo ha hecho, realice los trámites necesarios para reubicar a la tutelante en un cargo de similar o mayor jerarquía al ocupado en provisionalidad, en la localidad donde exista la vacante, hasta el 31 de agosto de 2021, fecha en la que adquiere su status pensional.

El juzgado no amparará el derecho fundamental del derecho de los niños, jóvenes y adolescentes, toda vez que de las pruebas que obran en el expediente no es posible concluir su vulneración.

Finalmente, se resalta que la decisión tomada en el presente caso a diferencia de los fallados con anterioridad, obedece a que en los anteriores había certificación del SENA en la que se indicaba la inexistencia de vacantes.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Jueza Primera Administrativa del Circuito de Sogamoso, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

VI. RESUELVE:

PRIMERO: Amparar los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, mínimo vital, trabajo digno, seguridad social y vida digna de la señora RUBY ESPERANZA LUQUE BLANCO, vulnerados por el Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA-, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Ordenar al Director General del Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA-, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia y si aún no lo ha hecho, realice los trámites necesarios para reubicar a la señora RUBY ESPERANZA LUQUE BLANCO, identificada con C.C. No. 23.556.643 expedida en Duitama, en un cargo de similar o mayor jerarquía al denominado instructor, Código 3010, Grado 1, OPEC No. 59705, en la localidad donde exista la vacante. Esta orden se mantendrá hasta el 31 de agosto de 2021, fecha en la que la actora adquiere su status pensional por edad.

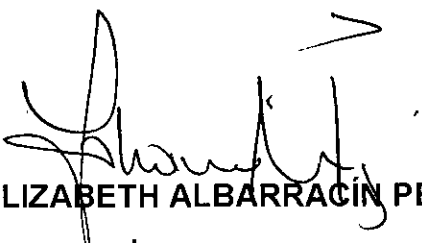
TERCERO: Niéguese el amparo de los derechos fundamentales de los niños, jóvenes y adolescentes, por cuanto no hay prueba de su vulneración.

CUARTO: Notifíquese a los interesados conforme al procedimiento previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, o por cualquier medio tecnológico idóneo a disposición de la secretaría de este despacho.

QUINTO: Requiérase al presidente de la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) y al director del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA, para que dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a la notificación de esta providencia, publiquen a través de sus respectivos sitios web la presente sentencia.

SEXTO: Si esta sentencia no es objeto de impugnación, envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, inmediatamente quede ejecutoriada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


YOHANA ELIZABETH ALBARRACÍN PÉREZ
Jueza

