



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia



SIGCMA-SGC

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DE SANTANDER
MAG. PONENTE: FRANCY DEL PILAR PINILLA PEDRAZA

ABRIL

Bucaramanga,

VEINTIDOS (22)

DE DOS MIL DIECINUEVE
SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
Concurso de méritos

ACCION: TUTELA
DEMANDANTE: JORGE ALBERTO ORTIZ GAMBOA
DEMANDADO: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA
RADICADO: 68001333300920190007101

Procede la sala a decidir la impugnación interpuesta por la parte accionada contra la sentencia de fecha 6 de marzo de 2019 proferida por el JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BUCARAMANGA.

I. ANTECEDENTES

A. Hechos

Señala el accionante que se encuentra vinculado con el Sena desde hace más de 13 años, primero como contratista desde el 30 de diciembre de 2004 hasta mediados del año 2008, posteriormente fue nombrado en provisionalidad en el cargo de Instructor Gr 10 desde el 11 de junio de 2008 y luego trasladado al cargo de Instructor identificado con la IDP 6023 OPEC No. 60004 desde el 21 de septiembre de 2012 a la fecha.

Afirma que es padre cabeza de familia, y tiene a su cargo a su cónyuge que padece de artritis generalizada quien no ejerce ninguna actividad laboral toda vez que se encuentra a cargo del cuidado personal de su hijo discapacitado de 32 años que padece de cuadriparesia; cuadro clínico que no le permite caminar, ni dominar el tronco o de esfínteres; quien depende económicamente del tutelante.

Mediante convocatoria No. 436 de 2017 se abrió oferta pública para proveer cargos de carrera administrativa dentro del SENA siendo ofertado entre ellos, el cargo que viene desempeñando el actor identificado como Instructor con IDP 6023 OPEC No. 60004.

Manifiesta que en virtud de la Circular No. 3-2018-000159 del 7 de septiembre de 2018 informó a la entidad sobre su especial situación con el fin de que ésta adoptara las medidas pertinentes en caso de ser declarado insubsistente, sin embargo, mediante Resolución No. 680178 de fecha 29 de enero de 2019 resolvió nombrar en periodo de prueba a Germán Augusto Quintero Duarte en el cargo de instructor OPEC No. 60004 y se da por terminado el nombramiento en provisionalidad del tutelante.

B. Pretensiones.

1. Proteger los derechos fundamentales al mínimo vital, al trabajo, a la seguridad social, a la vida digna, a los derechos fundamentales de mi hijo discapacitado y a la protección especial de estabilidad laboral reforzada como padre cabeza de familia.
2. Se sirva ordenar al Servicio Nacional de Aprendizaje Sena (Regional Santander) en cabeza del Director Regional adoptar las medidas necesarias para nombrarme en otra vacante o empleo provisional de igual o superior categoría y salario según el listado de vacantes en el país, garantizando así los derechos fundamentales al trabajo, la salud, al mínimo vital y móvil, a la seguridad social y vida digna mientras persista mi condición de padre cabeza de familia.
3. Se sirva ordenar al SENA que haga el traslado del cargo de instructor o empleo respectivo de la planta general del país, a una de las sedes del SENA en el Área Metropolitana de Bucaramanga de no llegar a existir en el Área cargos vacantes de instructor o empleos de nivel superior en la actualidad, porque la discapacidad de mi hijo y la artritis que padece mi esposa requieren cuidados y servicios médicos que dificultan el traslado a otra ciudad o municipio.
4. Se sirva ordenar al Sena las medidas que en sus facultades extra y ultra petita como juez constitucional estime convenientes para garantizar de manera efectiva

los derechos fundamentales desde los principios de optimización, irradiación y proporcionalidad.

TRAMITE PROCESAL

A la presente acción de tutela se le dio el trámite preferencial contemplado en el Decreto 2591/1991, corriendo traslado de la demandada y al vinculado quienes no concurrieron al proceso.

II. SENTENCIA IMPUGNADA¹

El *A Quo* tuteló los derechos fundamentales al mínimo vital y móvil a la vida digna, a la seguridad social, al trabajo y a la protección laboral reforzada en cabeza del Sr. Jorge Alberto Ortiz Gamboa y ordenó al SENA que dentro de las 48 horas siguientes a la posesión del SR. Germán Augusto Quintero Duarte o en su defecto de la persona dentro de la lista de elegibles dentro de la convocatoria No. 436 de 2017 que sea nombrado en propiedad en el cargo de instructor OPEC No. 60004 si este desiste, se inicien los trámites administrativos necesarios para mantener la vinculación laboral del actor preferiblemente en el Area Metropolitana de Bucaramanga sin solución de continuidad, a menos que sea demostrado de manera fehaciente la imposibilidad de reubicarlo en cualquier otro cargo disponible de la entidad, debiendo en tal caso, mantener su afiliación al sistema de seguridad social en Salud de tal suerte que se garantice la continuidad de los servicios médicos que necesite tanto el tutelante como su núcleo familiar.

Para lo anterior, consideró que si bien la terminación del vínculo laboral de un empleado que ocupa en provisionalidad un cargo de carrera porque la plaza respectiva debe ser provista con la persona que superó todas las etapas de un concurso de méritos, no desconoce derechos fundamentales, cede frente al mejor derecho que tienen aquellos que participaron en un concurso público e integraron la lista de elegibles.

Señaló que en el caso de sujetos de especial protección constitucional la entidad nominadora deberá prodigarles un trato preferencial en el sentido de adoptar las medidas necesarias para que sean los últimos en ser desvinculados del servicio

¹ Fls.84-91

público y en el evento en que existan vacantes disponibles en cargos iguales o equivalentes a los que venían ocupando nombrarlos en provisionalidad mientras se realiza un nuevo concurso.

Refirió que no se evidencian acciones positivas tendientes a evitar la desvinculación del tutelante en virtud de las circunstancias especiales que rodean al núcleo familiar del accionante al ser padre cabeza de hogar con 57 años de edad que vela por el sustento en su cónyuge que se dedica a las labores de la casa y del cuidado de un hijo en común en estado de incapacidad absoluta.

IV. IMPUGNACION²

La entidad accionada impugno oportunamente la decisión para señalar que el accionante pese a invocar la procedencia de la tutela con la finalidad de evitar un perjuicio irremediable nunca probó la existencia del perjuicio irremediable que se debe tutelar.

Resaltó que tratándose de provisionales en situaciones especiales, tales como prepensionados, madres o padres cabeza de familia, embarazadas, situación de discapacidad o enfermedad catastrófica, la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional ha establecido que estas personas deben ser retiradas en último lugar de la Entidad y en la medida de lo posible ser ubicadas en otro cargo no reportado.

Por tanto, considera que después de haber garantizado todas las acciones afirmativas en torno a la situación especial del 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 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.

² Folio 114-123

V. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Conforme a la disposición consagrada en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala es competente para conocer de la impugnación del fallo proferido por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bucaramanga.

2. Procedencia excepcional de la acción de tutela en concurso de méritos³

En lo que se refiere a las decisiones que se adoptan dentro de un concurso de méritos, la jurisprudencia ha sostenido que si bien los afectados pueden acudir a las acciones señaladas en el Estatuto Procesal Administrativo para controvertirlas, en algunos casos las vías ordinarias no resultan idóneas y eficaces para restaurar los derechos fundamentales conculcados, ya que no suponen un remedio pronto e integral para los aspirantes y la mayoría de veces debido a la congestión del aparato jurisdiccional, el agotamiento de las mismas implica la prolongación de la vulneración en el tiempo. La acción de tutela es un mecanismo excepcional de defensa de los derechos fundamentales de las personas que participan en un proceso de selección de personal público y son víctimas de un presunto desconocimiento de cualquiera de sus derechos fundamentales.

3. Caso concreto

El Señor JORGE ALBERTO ORTIZ GAMBOA, pretende con el ejercicio de la presente acción le sea amparado su derecho fundamental al mínimo vital y a la seguridad social de su núcleo familiar, el cual considera vulnerado en virtud de la Resolución No. 680178 de fecha 29 de enero de 2019 por medio de la cual se da por terminado su nombramiento en el cargo de instructor como consecuencia de la Convocatoria 436 de 2017.

Al respecto señala que el salario que devenga es el único sustento de su hijo quien se encuentra en condición de discapacidad, al igual que de su esposa quien padece de artritis generalizada razón por la cual no puede ejercer ninguna

³Corte Constitucional Sentencia T-180/15 Magistrado Ponente: JORGE IVÁN PALACIO PALACIO, dieciséis (16) de abril de dos mil quince (2015)

actividad laboral, así mismo refiere que la entidad le ha consentido trabajar desde su casa lo que le permite ejercer el cuidado de su hijo y esposa y de esta manera obtener un salario que le permita garantizar las necesidades básicas y de salud de estos.

Al respecto, se ha referido la H. Corte Constitucional⁴ para señalar que la protección a las madres y los padres cabeza de familia involucra sujetos de especial consideración desde la perspectiva constitucional –como son menores de edad, adultos mayores que son económicamente dependientes, adultos con discapacidades que les impidan valerse por sí mismos, entre otros-, por lo que una afectación al mínimo vital de estas personas implica un riesgo de perjuicio irremediable, razón que ha llevado a entender la acción de tutela como el mecanismo idóneo y, sobre todo, eficaz para evitar una afección definitiva a derechos fundamentales de personas que requieren especial protección por parte del Estado⁵.

Así mismo, se ha dicho que la condición de madre o padre cabeza de familia debe reconocerse siempre y cuando se cumplan ciertas condiciones, las cuales fueron recogidas y planteadas de manera sistemática por la sentencia SU-388 de 2005.

Tales como que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; cuya responsabilidad sea de carácter permanente;

Responsabilidad derivada no sólo de la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; o cuya pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde, por algún motivo como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental o, como es obvio, la muerte; y

Que no reciba ayuda alguna por parte de los demás miembros de la familia o, recibéndola, que exista una deficiencia sustancial entre lo requerido para

⁴ Corte Constitucional Sentencia T-316/13 Magistrado Ponente: ALBERTO ROJAS RÍOS., veintitrés (23) de mayo de dos mil trece (2013).

⁵ En este sentido pueden consultarse sentencias SU-388 de 2005; T-1080 de 2006; T-357 de 2008; T-606 de 2009; y T-849 de 2010, entre otras.

satisfacer el mínimo vital de los sujetos a su cargo y lo recibido, siendo, en la práctica, el sustento del hogar una responsabilidad exclusiva de la madre.

En la misma sentencia se estableció que, en acuerdo con el carácter de la acción de tutela, además de la condición de sujeto de especial protección, debe demostrarse que se dio aviso oportuno a la entidad encargada de hacer efectivo el contenido de dicha protección⁶, esto con el fin de demostrar que se emplearon los medios que el titular tenía a su alcance para buscar el reconocimiento de la garantía iusfundamental.

En el caso concreto se tiene que el actor se encuentra vinculado a la entidad accionada y que mediante comunicación de fecha 14 de septiembre de 2018⁷ informó sobre su condición de padre cabeza de familia, igualmente obra la historia clínica de su hijo Carlos Fernando Ortiz Vargas quien se encuentra en estado de incapacidad permanente debido a Cuadriplejia Espástica⁸ y que su cónyuge padece de Artritis Generalizada⁹ razón por la cual es evidente que se cumplen los presupuestos referidos por la jurisprudencia constitucional para que se implementen medidas que garanticen su estabilidad laboral dadas sus especiales circunstancias.

Ahora, si bien conforme lo señala la entidad accionada los empleados nombrados en carrera administrativa ostentan el derecho preferencial a ser nombrados en encargo en empleos vacantes, la entidad en su debida oportunidad deberá realizar un estudio de proporcionalidad entre los derechos que surgen de la carrera administrativa y aquellos directamente relacionados con la dignidad humana, el derecho a la salud.

Así las cosas, se confirmará la sentencia impugnada.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución.

⁶ Aspecto que ha sido reiterado de forma uniforme por la jurisprudencia de las Salas de Revisión, entre cuya jurisprudencia cabe resaltar la sentencia C-231 de 2006 y T849 de 2010.

⁷ Folio 38

⁸ Folio 15-26

⁹ Folio 21

RESUELVE:

PRIMERO. CONFÍRMASE el fallo de primera instancia de fecha seis (6) de marzo de dos mil diecinueve (2019), proferido por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Bucaramanga, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Notifíquese el fallo personalmente, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Ejecutoriada este fallo remítase a la Corte Constitucional, para su eventual revisión, de acuerdo con el Art.31 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

Aprobado en Sala según consta en acta No. 16 /19


FRANCY DEL PILAR PINILLA PEDRAZA
Magistrada Ponente

Ausente con permiso
JULIO EDISSON RAMOS SALAZAR
Magistrado


MILCIADES RODRIGUEZ QUINTERO
Magistrado