



REPÚBLICA DE COLOMBIA
Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá D.C.
Edificio Nemqueteba - Calle 12C No. 7 - 36 Piso10
jlato33@cendoj.ramajudicial.gov.co

INFORME SECRETARIAL. Bogotá D.C. veintiuno (21) de septiembre de dos mil veinte (2020). En la fecha, pasa al despacho del Señor Juez la Acción de tutela **2020 - 00305**. Sírvase proveer.

Bogotá D. C., veintiuno (21) de septiembre de dos mil veinte (2020).

ACCIÓN DE TUTELA No. 110013105033 2020 0305 00			
ACCIONANTE	ARNULFO ESPITIA PARAGAUTA	DOC. IDENT.	79.254.325
ACCIONADA	COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL		
ACCIONADA	SECRETARIA DISTRITAL DE GOBIERNO		
ACCIONADO	MINISTERIO DE TRABAJO		
DERECHO	ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA, MÍNIMO VITAL Y DERECHO AL TRABAJO		
PRETENSIÓN	ORDENAR a la Secretaria Distrital de Gobierno proceda a reintegrar al accionante al cargo que desempeñaba o a uno de igual o de superior jerarquía, sin desmejorar su condición laboral, hasta tanto le sea reconocida la pensión de vejez por parte de Colpensiones y haya sido incluido en la nómina de pensionados.		

ANTECEDENTES

ARNULFO ESPITIA PARAGAUTA, presentó solicitud de tutela contra LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, SECRETARIA DISTRITAL DE GOBIERNO y el MINISTERIO DE TRABAJO, invocando la protección de sus derechos fundamentales de **ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA, MÍNIMO VITAL Y DERECHO AL TRABAJO**, los cuales considera vulnerados por cuanto la Secretaria Distrital de Gobierno dio por terminado su nombramiento en provisionalidad a partir del 19 de marzo de 2020 sin tener en cuenta su situación pensional.

Para fundamentar su solicitud, la accionante relata los siguientes:

I. HECHOS.

- 1) Mediante Resolución 2643 del 30 de diciembre de 2015 nombraron al accionante para desempeñar el cargo de Secretario Código 440 Grado 16 dentro de la Planta Global de la Secretaría Distrital de Gobierno.
- 2) Por medio del concurso de méritos denominado Convocatoria 740 de 2018 que adelantó la Secretaría Distrital de Bogotá a través de la Comisión Nacional del Servicio Civil, se establece las reglas del Concurso Abierto de Méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la Planta de Personal, se sometió a concurso algunos cargos de provisionalidad, dentro del cual se encontraba el cargo que se encontraba ocupando.
- 3) El día 11 de marzo de 2020, se le notificó al accionante mediante correo electrónico de la Resolución No. 0315 del 27 de febrero de 2020, donde se le informa que el nombramiento en provisionalidad efectuado en el empleo de Secretario Código 440 Grado 16 se daba



REPÚBLICA DE COLOMBIA
Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá D.C.
Edificio Nemqueteba - Calle 12C No. 7 - 36 Piso10
jlato33@cendoj.ramajudicial.gov.co

por terminado a partir del 19 de marzo de 2020, fecha de efectividad de la posesión en periodo de prueba del señor RODRIGUEZ ROJAS EDWIN RICARDO.

- 4) El 9 de diciembre de 2019, el accionante cumplió 59 años de edad y tiene 1.177.82 semanas de cotización a la fecha, de las cuales según reporte a 5 de diciembre de 2019 se encuentran reconocidas por COLPENSIONES 1083.29 semanas de cotización y en reclamación con derecho de petición con radicado No. 2019-15089809 y formulario de corrección de historia laboral solicitó ante COLPENSIONES el reconocimiento de 94.82 semanas que aún no se reflejan en su historial laboral de aportes; COLPENSIONES responde a esta petición con oficio de fecha 8 de noviembre de 2019 indicando que en 60 días darán respuesta a la petición, sin embargo, a la fecha no han emitido respuesta.
- 5) Que actualmente cuenta con 1.120 semanas de cotización reconocidas, 94.28 semanas en reclamación para un total de 1.214.28 semanas de cotización y 59 años de edad, por lo que considera que se encuentra a menos tres años de cumplir con los requisitos exigidos para el reconocimiento y pago de la pensión por vejez, y por tanto goza de fuero de estabilidad laboral reforzada por ostentar la condición de pre pensionado, aunado a que tiene dificultad para conseguir un nuevo empleo y encuentra afectación en su mínimo vital.
- 6) El Presidente de la Republica expidió el Decreto No. 417 del 17 de marzo del 2020, por medio del cual declaro el estado de Emergencia, Económico, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional, por el término de treinta (30) días calendarios los cuales sumados no podrán exceder de noventa (90) días en el año calendario.
- 7) A su consideración, la terminación del vínculo laboral vulnera sus derechos fundamentales de estabilidad laboral reforzada en su condición de pre pensionado, mínimo vital y trabajo, condiciones que se han visto desmejoradas en especial porque a su edad no le es fácil conseguir trabajo, pues lleva 5 meses pasando hojas de vida y ni siquiera le llaman.
- 8) Manifiesta que con su trabajo asumía en mayor parte el sustento de su hogar, que paga \$1.475.000 de cuota del apartamento con leasing de DAVIVIENDA, servicios públicos y administración, así que en la actualidad no cuentan con la posibilidad de satisfacer sus necesidades y las de su familia; sumado a lo que hace que éste despido en época de emergencia como lo está viviendo nuestro país y el mundo entero quedó en condiciones de desprotección.
- 9) Que en la terminación del nombramiento en provisionalidad no se tuvo en cuenta lo establecido en el Decreto 648 del 19 de abril de 2017 “Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1083 de 2015, Reglamento único del Sector de la Función Pública”, en relación con la estabilidad laboral determinó: *“d)Personas próximas a pensionarse: Sin perjuicio de que el servidor público que considere encontrarse en este grupo adjunte los documentos que acreditan la condición que invoca, los jefes de personal o quienes haga sus veces deben verificar que a los servidores que puedan encontrarse en estas circunstancias en efecto les falten tres (3) años o menos para reunir los requisitos legales para el reconocimiento de la pensión de jubilación o de vejez y expedir constancia en tal sentido”*
- 10) El accionante radicó derecho de petición donde comunico su condición con radicado No. 2019-421-140077-2 ante la Dirección de Gestión del Talento Humano de la Secretaría Distrital con Memorando radicado No. 20194100636593, cuya respuesta por parte de la Directora de Gestión de Talento Humano fue que no acredito condición de pre-pensionado.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá D.C.
Edificio Nemqueteba - Calle 12C No. 7 - 36 Piso10
jlato33@cendoj.ramajudicial.gov.co

I. INTERVENCIÓN DE LA ACCIONADA.

Mediante respuesta vía correo electrónico, la SECRETARÍA DE GOBIERNO – DIRECCIÓN DE GESTIÓN DE TALENTO HUMANO señaló:

Dado que la desvinculación se da para proveer el cargo que ocupaba con una persona que haya superado el concurso público de méritos e integre la lista de elegibles, respetando así, el principio de carrera administrativa, contemplado en el artículo 125 de nuestra Constitución. Configurándose con ello, una causal objetiva prevista en la normatividad.

*Por otro lado, téngase en consideración que, si bien estas personas no tienen un derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, pues este debe proveerse por medio de un concurso de méritos, sí debe otorgárseles un trato preferencial como acción afirmativa, **de ser posible**, antes de efectuar el nombramiento de quienes ocuparon los primeros puestos en la lista de elegibles del respectivo concurso de méritos, con el fin de garantizar el goce efectivo de sus derechos fundamentales.*

*Por lo anterior, mediante **Resolución No. 0315 del 27 de febrero de 2020**, esta Administración procedió a nombrar a EDWIN RICARDO RODRÍGUEZ ROJAS, para desempeñar el empleo de Secretario Código 440 Grado 16 de la planta global de esta Secretaría Distrital de Gobierno.*

En consecuencia, dado el nombramiento en período de prueba efectuado al señor EDWIN RICARDO RODRÍGUEZ ROJAS, se dio por terminado el nombramiento provisional de la accionante.

Por otro lado, respecto de la OPEC 75761 a través de la cual se proveen cinco (5) vacantes definitivas del empleo denominado Secretario Código 440 Grado 16, la Secretaría Distrital de Gobierno realizó el nombramiento en período de prueba conforme a las listas de elegibles; quienes como se observa manifestaron la aceptación del nombramiento en período de prueba y se posesionaron en el cargo, así:

OPEC	NOMBRES	APELLIDOS	RESOLUCION	FECHA RESOLUCION	FECHA NOTIFICACION	FECHA DE ACEPTACION	FECHA DE EFECTIVIDAD
75761	JEISON WILFREDO	PRADA BRICEÑO	0312	27/02/2020	3/03/2020	9/03/2020	22/04/2020
75761	DIANA CAROLINA	BORBÓN PIRA	0313	27/02/2020	3/03/2020	4/03/2020	18/03/2020
75761	MARIA ANGELICA	LARROTA CASTRILLON	0314	27/02/2020	3/03/2020	11/03/2020	12/05/2020
75761	EDWIN RICARDO	RODRIGUEZ ROJAS	0315	27/02/2020	3/03/2020	5/03/2020	19/03/2020
75761	NESTOR JAIME	BURITICA RESTREPO	0316	27/02/2020	3/03/2020	16/03/2020	1/04/2020

Como se observa, los 5 elegibles aceptaron el nombramiento en período de prueba y se posesionaron dentro de los términos establecidos en la norma o de conformidad con ocasión a las prórrogas debidamente autorizadas.

Bajo estas premisas, se podrá concluir que, dentro de la planta de personal de esta Entidad, no existe un empleo de Secretario Código 440 Grado 16, en vacancia definitiva o transitoria, para ser provisto por la accionante.

*Igualmente, luego de realizado el análisis de la acciones afirmativas y mecanismos posibles, en concordancia con la SU 446 de 2011, se observa que, la planta de personal de la Secretaría Distrital de Gobierno no cuenta con margen de maniobra alguno, dado que no existe empleo igual o superior vacante para ser provisto en provisionalidad por los **servidores que acrediten condiciones de especial protección constitucional**. Esto por cuanto se observó que:*

- 1) No existe lista de elegibles con menor número de empleos convocados*
- 2) No existen cargos por proveer que no hayan sido convocados a concurso*
- 3) No existen cargos convocados sin listas de elegibles y*
- 4) No existen vacantes equivalentes luego de **garantizado el derecho preferencial** de los funcionarios de carrera.*



REPÚBLICA DE COLOMBIA
Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá D.C.
Edificio Nemqueteba - Calle 12C No. 7 - 36 Piso10
jlato33@cendoj.ramajudicial.gov.co

5. Solicitud Instituto Distrital de la Participación y Acción Comunal -IDPAC y al Departamento Administrativo De La Defensoría Del Espacio Público - DADEP

Sin embargo, esta Entidad en aras de garantizar la protección de sus colaboradores, solicitó al Instituto Distrital de la Participación y Acción Comunal -IDPAC y al Departamento Administrativo De La Defensoría Del Espacio Público - DADEP, si se encuentran empleos vacantes que puedan ser provistos por la accionante, precisándonos los requisitos y el perfil para su desempeño, mediante comunicaciones del 29 de abril de 2020.

En respuesta a lo anterior, mediante comunicación del 7 de mayo de 2020, el Instituto Distrital de la Participación y Acción Comunal -IDPAC, indicó que: “nos permitimos manifestarle que en la actualidad el Instituto no cuenta con empleos vacantes que puedan ser provistos mediante nombramiento en provisionalidad”.

Por otra parte, el Departamento Administrativo De La Defensoría Del Espacio Público - DADEP, mediante comunicación del 14 de mayo de 2020, informó a esta Entidad que: “a la fecha no tiene vacantes para proveer de conformidad con el marco normativo y la jurisprudencia relacionada”.

6. Afectación al mínimo vital

Por otro lado, respecto a la afectación de derechos fundamentales como lo son el mínimo vital y a la seguridad social, resulta necesario aclarar que la protección de la estabilidad laboral reforzada no debe confundirse con el otorgamiento de una inmunidad que exonere de las obligaciones a su cargo o desconozca principios superiores como el mérito que funda el sistema de carrera.

En todo caso, téngase en consideración que esta Entidad procederá a reconocer el valor correspondiente a \$8.545.309, por concepto de liquidación de sus prestaciones sociales, razón por la cual, no podrá considerarse el mínimo vital vulnerado.

Igualmente, la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante respuesta vía correo electrónico, indicó:

Para aquellos aspirantes que superaron las pruebas escritas, de carácter eliminatorio, se aplicó la prueba de Valoración de Antecedentes, cuyos resultados preliminares se publicaron el día 15 de octubre de 2019, a través del SIMO; consecuentemente, las reclamaciones frente a los resultados obtenidos se surtieron entre el 16 y 22 de octubre y, el 6 de noviembre de 2019 se publicaron los resultados definitivos de la prueba.

Es así como para el empleo, ocupado bajo nombramiento en provisionalidad por el accionante, denominado Secretario, Código 440, Grado 19, identificado con el código OPEC No. 75761, de la Secretaría Distrital de Gobierno, se conformó lista de elegibles para proveer Cinco (5) vacantes, a través de la Resolución No. 20192330119495 del 29 de noviembre de 2019, publicada en la página www.cnsc.gov.co, enlace Banco Nacional de Listas de Elegibles, el día 6 de diciembre de 2019, con firmeza individual del 16 de diciembre de 2019, publicada el 17 de diciembre de 2019, en donde el señor Paragauta fue EXCLUIDO por no alcanzar el puntaje mínimo requerido en la respectiva prueba de competencias básicas y funcionales, por lo anteriormente expuesto.

(...)

Aunado a lo anterior, es importante precisar que la vinculación que ostentaba el accionante en provisionalidad, es un nombramiento de carácter transitorio, razón por la cual, los empleos que se encuentran en vacancia definitiva, o mediante nombramiento provisional o encargo deben ser provistos a través de concurso de mérito para lo cual finalizado el mismo, se procede a la expedición de las listas de elegibles.

En virtud de lo expuesto, es claro que NO se ha vulnerado ningún derecho fundamental, pues como se evidencia, la CNSC ha dado correcta aplicación a las normas que rigen el concurso público de mérito, conocidas por todos los aspirantes al momento de inscribirse al concurso, y ha garantizado los derechos fundamentales que le asisten a quienes participan en el Proceso de Selección No. 740 y 741 de 2018 – Distrito Capital.

Finalmente, si el accionante tiene algún reparo sobre las normas que regulan los Procesos de Selección No. 740 y 741 de 2018 – Distrito Capital, trátase de los acuerdos, la Oferta Pública de



REPÚBLICA DE COLOMBIA
Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá D.C.
Edificio Nemqueteba - Calle 12C No. 7 - 36 Piso10
jlato33@cendoj.ramajudicial.gov.co

Empleos de Carrera – OPEC, la lista de elegibles, no es la acción de tutela el escenario idóneo para dar trámite a sus inconformidades, pues de ser así se desconocería el carácter subsidiario y excepcional de este mecanismo, como quiera que el juez natural para el efecto es la jurisdicción contencioso administrativa; ello como quiera que los procesos de selección se encuentran debidamente reglados y el control de legalidad de los actos administrativos expedidos con ocasión de los mismos corresponde a dicha jurisdicción o no vía acción de tutela.

II. PROBLEMA JURÍDICO.

Corresponde al Despacho determinar si existe, por parte de la Secretaría Distrital de Gobierno vulneración de los derechos fundamentales de Estabilidad Laboral Reforzada y Mínimo Vital del señor Arnulfo Espitia Paragauta, tal como lo plantea en el escrito de tutela.

Para efectos de resolver el anterior problema jurídico, procederá el Despacho a (i) analizar la procedencia de la acción de tutela en el asunto objeto de estudio; en caso de encontrarla procedente, (ii) estudiará la provisión de cargos de la lista de elegibles previo concurso de méritos; (iii) la estabilidad laboral de los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad que desempeñan cargos de carrera administrativa; y, finalmente, (iv) resolverá el caso concreto.

Con lo anterior se procede a resolver previas las siguientes;

CONSIDERACIONES

Conforme al art. 86 de la Constitución Política y el Decreto reglamentario de la acción de tutela (art. 1º. del mencionado Decreto), ésta procede contra la acción u omisión de las autoridades públicas y de los particulares, sobre estos últimos, según lo establece la ley (art. 42 del mismo Decreto) que vulneren o amenacen cualquiera de los derechos constitucionales fundamentales y que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Establece por previsión supra legal la concepción de la acción de tutela, un instrumento jurídico que permite brindar a cualquier persona, sin mayores requisitos de orden formal, la protección específica e inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando se ven vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de una autoridad pública o de un particular en los términos que le señale la ley, siempre que para la protección del derecho que busca el amparo de tutela no exista otro mecanismo de defensa judicial para protegerlo, o existiendo, al ejercitarse la acción se pretenda evitar un perjuicio irremediable, para lo cual su procedencia sería posible como mecanismo transitorio dada su inmediatez para la protección del derecho constitucional violado.

Además, el Decreto 306 de 1.992, por medio del cual se reglamenta el 2591 referido, establece en su artículo 2º que la acción de tutela protege exclusivamente los derechos constitucionales fundamentales y que no puede ser utilizada para hacer cumplir las leyes, los decretos, los reglamentos o cualquier otra norma de categoría inferior, como así lo tiene interpretado y definido la jurisprudencia reiterada de nuestro máximo Tribunal (Corte Constitucional) de la jurisdicción de tutela.

1. Procedencia de la acción de tutela

Así pues, la Corte constitucional en pronunciamiento C - 132 de 2018, refiriéndose a la naturaleza subsidiaria de la Acción de Tutela señaló:



REPÚBLICA DE COLOMBIA
Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá D.C.
Edificio Nemqueteba - Calle 12C No. 7 - 36 Piso10
jlato33@cendoj.ramajudicial.gov.co

“La naturaleza subsidiaria de la tutela pretende evitar que se soslayen los cauces ordinarios para la resolución de las controversias jurídicas, se convierta en un instrumento supletorio cuando no se han utilizado oportunamente dichos medios, o sea una instancia adicional para reabrir debates concluidos”.

Ahora bien, como requisitos de procedencia la misma Corte Constitucional (T - 010 de 2017) determina los siguientes:

(i) legitimación por activa; (ii) legitimación por pasiva; (iii) trascendencia iusfundamental del asunto; (iv) agotamiento de los mecanismos judiciales disponibles, salvo la ocurrencia de un perjuicio irremediable (subsidiariedad); y (v) la evidente afectación actual de un derecho fundamental (inmediatez).

En ese sentido, procede el despacho analizar si la acción constitucional que nos atañe cumple con dichos requisitos.

(i) Legitimación por activa

Como quiera que el accionante es el titular del derecho reclamado mediante tutela encuentra este juzgador que efectivamente existe legitimación por activa.

(ii) Legitimación por pasiva

Teniendo en cuenta que la desvinculación objeto de estudio la efectuó la Secretaría de Gobierno Distrital, cuya entidad se encuentra debidamente vinculada a la presente acción y ha ejercido efectivamente su derecho de defensa, la legitimación por pasiva es una situación superada.

(iii) Trascendencia iusfundamental del asunto

Al respecto, ha de mencionarse que el accionante, señor Arnulfo Espitia Paragauta, en el escrito de tutela señala que considera vulnerados los derechos de estabilidad laboral reforzada y mínimo vital, los cuales gozan de iusfundamentalidad por su naturaleza, debe este juzgador constitucional dar tratamiento constitucional a su solicitud de tutela de manera que se considera procedente el estudio de la presente acción de tutela.

(iv) Agotamiento de los mecanismos judiciales disponibles, salvo la ocurrencia de un perjuicio irremediable (subsidiariedad);

En este aspecto encuentra el Despacho que el accionante puso en conocimiento de la entidad empleadora mediante derecho de petición radicada el 05 de diciembre de 2019, que a su considerar se encontraba en situación de estabilidad laboral reforzada dada su condicional pensional, esto es, contar con 59 años y 1177.67 semanas de cotización, señalando que, se encontraba en tramites de corrección de historia laboral ante Colpensiones.

Igualmente, se tiene que la desvinculación se hizo efectiva a partir del día 19 de marzo de 2020, acudiendo directamente al mecanismo constitucional.

En tal sentido, como excepción a este requisito la Corte Constitucional estableció la existencia de un perjuicio irremediable el cual considera configurado cuando *“el peligro que se cierne sobre el derecho fundamental es de tal magnitud que afecta con inminencia y de manera grave su subsistencia, requiriendo por tanto de medidas impostergables que lo neutralicen.”* (T-634 de 2006).

Las características del perjuicio irremediable han sido determinadas por la Corte Constitucional, en el mismo pronunciamiento así:



REPÚBLICA DE COLOMBIA
Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá D.C.
Edificio Nemqueteba - Calle 12C No. 7 - 36 Piso10
jlato33@cendoj.ramajudicial.gov.co

A) *Inminente: 'que amenaza o está por suceder prontamente'. Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. (...)*

B). *Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. (...)*

C). *No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. (...)*

D). *La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. (...)*"

Así las cosas, la existencia del perjuicio irremediable debe verificarse mediante el análisis de los hechos del caso concreto. A partir de este supuesto la jurisprudencia constitucional ha indicado que los requisitos para que se estructure tal perjuicio se hacen más flexibles cuando existe alguna condición que permita considerar al actor como sujeto de especial protección constitucional o que se encuentre en situación de debilidad manifiesta.

Empero, refulge su procedencia cuando el mecanismo ordinario resulta ineficaz para la protección de los derechos fundamentales, o como mecanismo transitorio a fin de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

De acuerdo con lo anterior, encuentra este Juzgador que dada la desvinculación del accionante es posible la ocurrencia de un perjuicio irremediable, como puede ser la no concreción de su derecho pensional, por lo que a primera vista se cumple con este requisito de procedibilidad sin que ello implique la declaración de existencia de tal perjuicio, pues dicha situación se desatará en el estudio de sentencia.

(v) La evidente afectación actual de un derecho fundamental (inmediatez).

Teniendo en cuenta la cronología de las solicitudes efectuadas por el actor, advierte el Despacho que la desvinculación del accionante se le notificó el 11 de marzo de 2020 y se hizo efectiva a partir del día 19 del mismo mes y año; y acudió al mecanismo constitucional de tutela el 7 de septiembre de 2020 esto es, cerca de seis meses posteriores a la terminación del vínculo laboral. No obstante, dada la situación de estado de emergencia declarado en aplicación del artículo 215 de la Constitución Política y la orden nacional de aislamiento social (Decretos 417/2020 y 637/2020) han de flexibilizarse los requisitos de procedencia en acciones constitucionales, en tanto el acceso a la justicia es limitado hasta el momento, esto, a fin de evitar afectaciones en los derechos fundamentales. Por lo que, a consideración de este juez constitucional, la presente acción constitucional cumple con los requisitos de procedibilidad, de manera que a continuación se analizarán las demás hipótesis objeto del problema jurídico a desatar.

2. Provisión de cargos de la lista de elegibles previo concurso de méritos

Según la STC 10579 de 2019, los concursos de méritos son:



REPÚBLICA DE COLOMBIA
Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá D.C.
Edificio Nemqueteba - Calle 12C No. 7 - 36 Piso10
jlato33@cendoj.ramajudicial.gov.co

“el mecanismo idóneo para que el Estado, dentro de criterios de imparcialidad y objetividad, mida las capacidades, la preparación y las aptitudes generales y específicas de los distintos aspirantes a un cargo, con el fin de escoger entre ellos a quien mejor pueda desempeñarlo. El concurso, por su propia naturaleza de competitividad, se aparta de todo tipo de influencias por asegurar imparcialidad e igualdad.

Lo anterior significa que tales medios de selección deben seguir un orden y un procedimiento de conformidad con las disposiciones que se establecen en las respectivas convocatorias. Todo ello con el fin de preservar los principios de publicidad y transparencia de las actuaciones de la administración; de conferir vigencia al principio de buena fe y la confianza legítima; y de garantizar el principio de la igualdad y el acceso a los cargos públicos de las personas que participen y superen las respectivas pruebas.

De manera que cualquier desconocimiento a las reglas preestablecidas en las respectivas convocatorias, constituye una violación, tanto de los principios arriba señalados, como al derecho fundamental al debido proceso».

Igualmente, la corte Constitucional en sentencia T - 112 A de 2014, frente al concurso de méritos y su procedimiento, señaló:

Esta Corporación en numerosas oportunidades ha sentado jurisprudencia en el sentido de que “las listas de elegibles que se conforman a partir de los puntajes asignados con ocasión de haber superado con éxito las diferentes etapas del concurso, son inmodificables una vez han sido publicadas y se encuentran en firme”. Igualmente se ha establecido de manera pacífica que las bases del concurso se convierten en reglas particulares que obligan tanto a los participantes como a la entidad convocante razón por la cual deben ser respetadas y resultan inmodificables. De lo contrario, esto es, cambiar las reglas que han generado confianza legítima en quienes participan, conduciría a la ruptura del principio de la buena fe y atentaría contra la igualdad, la 2 moralidad, la eficacia y la imparcialidad, todos ellos principios que ineludiblemente rigen la actividad administrativa.

3. Estabilidad laboral de los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad que desempeñan cargos de carrera administrativa

Al respecto, la Ley 1955 de 2019 con vigencia a partir del 25 de mayo de 2019 en su artículo 263 parágrafo 2º señala:

Parágrafo 2º. *Los empleos vacantes en forma definitiva del sistema general de carrera, que estén siendo desempeñados con personal vinculado mediante nombramiento provisional antes de diciembre de 2018 y cuyos titulares a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley le falten tres (3) años o menos para causar el derecho a la pensión de jubilación, serán ofertados por la CNSC una vez el servidor cause su respectivo derecho pensional.*

Surtido lo anterior los empleos deberán proveerse siguiendo el procedimiento señalado en la Ley 909 de 2004 y en los decretos reglamentarios. Para el efecto, las listas de elegibles que se conformen en aplicación del presente artículo tendrán una vigencia de tres (3) años.

El jefe del organismo deberá reportar a la CNSC, dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha de publicación de la presente ley, los empleos que se encuentren en la situación antes señalada.

Para los demás servidores en condiciones especiales, madres, padres cabeza de familia y en situación de discapacidad que vayan a ser desvinculados como consecuencia de aplicación de una lista de elegibles, la administración deberá adelantar acciones afirmativas para que en lo posible sean reubicados en otros empleos vacantes o sean los últimos en ser retirados, lo anterior sin perjuicio del derecho preferencial de la persona que está en la lista de ser nombrado en el respectivo empleo.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá D.C.
Edificio Nemqueteba - Calle 12C No. 7 - 36 Piso10
jlato33@cendoj.ramajudicial.gov.co

La Corte Constitucional en Sentencia 373 de 2017 para referirse a la estabilidad laboral de la que gozan algunos servidores públicos señaló:

“Una entidad vulnera los derechos fundamentales a la salud y vida digna de un sujeto de especial protección que ocupa un cargo de carrera en provisionalidad, cuando con fundamento en el principio del mérito nombra de la lista de elegibles a quien superó las etapas del concurso, sin antes adoptar medidas afirmativas dispuestas en la Constitución y que materialicen el principio de solidaridad social, relativas a su reubicación en un cargo similar o equivalente al que venía ocupando, siempre y cuando se encuentre vacante”.

Así pues, siguiendo el sendero e interpretación del anterior pronunciamiento, además de la SU - 691 de 2017, la misma corporación en sentencia T - 464 de 2019 indicó:

Así las cosas, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la estabilidad laboral de la que gozan todos los funcionarios públicos que se encuentran en provisionalidad es una estabilidad laboral relativa o reforzada, en la medida en que no tienen derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, pues este debe proveerse a través del concurso de méritos.

Por su parte, aquellos funcionarios públicos que se encuentran en provisionalidad y que son sujetos de especial protección constitucional gozan de una estabilidad laboral reforzada, pero pueden llegar a ser desvinculado con el propósito de proveer el cargo que ocupan con una persona que ha ganado el concurso de méritos, pues se entiende que el derecho de las personas que se encuentran en provisionalidad cede frente al mejor derecho que tienen aquellos que participan en un concurso público³⁷¹.

No obstante lo anterior, este Tribunal Constitucional ha reiterado que en el caso de sujetos de especial protección constitucional que ejerzan cargos en provisionalidad, las entidades deben otorgar un trato preferencial antes de efectuar el nombramiento de quienes ocupan los primeros puestos en las listas de elegibles del respectivo concurso de méritos, con el propósito de garantizar el goce efectivo de sus derechos fundamentales³⁸¹.

4. El caso en concreto.

Procede el Despacho a examinar la procedencia de la presente acción de tutela, a la luz de las consideraciones hechas por la Corte Constitucional.

ARNULFO ESPITIA PARAGAUTA, presentó solicitud de tutela contra LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, SECRETARÍA DISTRITAL DE GOBIERNO y el MINISTERIO DE TRABAJO, invocando la protección de sus derechos fundamentales de **ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA, MÍNIMO VITAL Y DERECHO AL TRABAJO**, los cuales considera vulnerados por cuanto la Secretaria Distrital de Gobierno dio por terminado su nombramiento en provisionalidad a partir del 19 de marzo de 2020 sin tener en cuenta su situación pensional.

En ese sentido puede extraerse que el accionante fue nombrado mediante Resolución No. 2623 del 30 de diciembre de 2015 para ocupar el cargo de Secretario Código 440 Grado 16 dentro de la Planta Global de la Secretaría Distrital de Gobierno por el término de seis (6) meses, tratándose de un empleo a proveerse mediante el sistema general de carrera.

Que cumplió la edad de 59 años el 9 de diciembre de 2019, momento para el que inició el término de tres años faltantes para el cumplimiento vigente de los requisitos de pensión; en ese sentido el parágrafo 2º Ley 1955 de 2019, es aplicable para aquellos que a la vigencia de dicha ley le falten tres o menos años para causar su derecho pensional, advirtiéndose que la Ley 1955 de 2019 entro en vigencia a partir del 25 de mayo de 2019, momento para el que al accionante le faltaban más de tres años, para el cumplimiento de la edad, por lo que de inicio no sería sujeto de consideración de estabilidad laboral reforzada.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá D.C.
Edificio Nemqueteba - Calle 12C No. 7 - 36 Piso10
jlato33@cendoj.ramajudicial.gov.co

No obstante lo anterior, el 5 de diciembre de 2019 el accionante ya habiendo cumplido la edad de 59 años, pone en conocimiento de la Secretaría Distrital de Gobierno su condición pensional y los tramites pensionales adelantados ante Colpensiones, frente a lo que la Directora de Gestión de Talento Humano de La Secretaria de Gobierno Distrital en respuesta manifiesta: *"En ese orden de ideas, es importante precisar que si bien los servidores provisionales no tienen derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, toda vez que éste debe proveerse por medio de un concurso de méritos, si le es aplicable un trato preferencial como acción afirmativa, siempre y cuando las condiciones de la planta de personal de la Entidad lo permita."* Señalando además que, por el número de semanas de cotización reportadas al accionante le faltan más de tres años para ostentar la calidad de pensionado, pasando por alto que la historia laboral del trabajador es una situación que se encuentra en proceso de verificación por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, conforme a la petición efectuada por el actor.

Ahora bien, es claro que el cargo que el accionante desempeñaba en provisionalidad en la Secretaria de Gobierno Distrital, fue proveído por la lista de elegibles que resultó del concurso de méritos denominado Convocatoria No. 740 de 2018, del que, conforme respuesta de la Comisión Nacional del Servicio Civil, el accionante fue excluido por no alcanzar el puntaje mínimo requerido en las pruebas de competencias básicas y funcionales.

De manera que está plenamente demostrado que actualmente el accionante se encuentra a poco menos de tres años para obtener los requisitos pensionales en edad y semanas de cotización; así como también es evidente el derecho del señor Edwin Ricardo Rodríguez Rojas, quien superó las pruebas del concurso de méritos y fue nombrado conforme la lista de elegibles para desempeñar el cargo de Secretario Código 440 Grado 16 de la planta global de la Secretaria Distrital de Gobierno.

Así pues, se advierte que conforme a los mencionados pronunciamientos jurisprudenciales el trabajador en situación de pre pensionado cuenta con una especial protección constitucional, advirtiendo que tal calidad por sí sola no le otorga un derecho definitivo a permanecer indefinidamente en la vinculación laboral, máxime cuando, como en el caso que nos ocupa, el nombramiento provisional inicial fue de seis meses, es decir que el accionante tenía clara la temporalidad de su vinculación. Es así como la garantía constitucional del accionante en situación de pre pensionado no se quebrantó ante el nombramiento de la lista de elegibles que resultó del concurso de méritos para ocupar el cargo que desempeñaba en provisionalidad, pues también al señor Edwin Ricardo Rodríguez Rojas se le debe garantizar su derecho a acceder al empleo público.

Ahora bien, no puede la entidad empleadora, en este caso la Secretaria de Gobierno Distrital, simplemente retirar del cargo al trabajador en condición de protección especial y nombrar en propiedad de la lista de elegibles, sin haber desplegado medidas que materialicen el principio de solidaridad que eviten lesionar derechos fundamentales, en este caso, del pre pensionado. Y en ese sentido, se observa que en respuesta de tutela la entidad empleadora manifiesta haber solicitado al Instituto Distrital de la Participación y Acción Comunal - IDPAC al Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público - DADEP, si se encuentran empleos vacantes que puedan ser provistos por el accionante precisando los requisitos y el perfil para su desempeño, mediante comunicaciones del 29 de abril de 2020.

En respuesta, mediante comunicación del 7 de mayo del 2020 el Instituto Distrital de la Participación y Acción Comunal - IDPAC indicó que en la actualidad no cuenta con empleos vacantes que puedan ser provistos mediante nombramiento en provisionalidad y por otra parte el Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público - DADEP, mediante comunicado el 14 de mayo de 2020 informó que la fecha no tiene vacantes para proveer conforme al marco normativo y a la jurisprudencia relacionada.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá D.C.
Edificio Nemqueteba - Calle 12C No. 7 - 36 Piso10
jlato33@cendoj.ramajudicial.gov.co

De lo anterior se colige que la Secretaría de Gobierno Distrital intentó generar la vinculación del accionante en otras dependencias en iguales condiciones a las que venía desempeñando su cargo en provisionalidad, por lo que concluye este juzgador que la pretensión de reintegro no está llamada a prosperar, en primer lugar, porque su desvinculación no vulneró su derecho de estabilidad laboral en calidad de prepensionado, pues la misma surgió por causas objetivas y en garantía del derecho fundamental a acceder al empleo público del señor Edwin Ricardo Rodríguez Rojas quien aprobó las pruebas del concurso de méritos y, en segundo lugar porque la Secretaría de Gobierno Distrital agotó la posibilidad de vincular al accionante en otras dependencias bajo las mismas condiciones, sin obtener respuesta satisfactoria.

No obstante lo anterior, teniendo en cuenta las particulares condiciones pensionales del señor Arnulfo Espitia Paragauta, esto es, encontrarse próximo a obtener su derecho pensional o en situación de prepensionado, y aunado a que la desvinculación laboral puede poner en riesgo su derecho pensional es del caso adoptar una medida constitucional que garantice al accionante su derecho fundamental de seguridad social y en ese sentido ordenar a la Secretaría de Gobierno Distrital, que efectúe los aportes al Sistema General de Seguridad en favor del señor Arnulfo Espitia Paragauta, sin solución de continuidad desde el momento de su desvinculación hasta cuando se haga efectivo su derecho pensional, hasta cuando la accionada lo logre reubicarlo en un puesto de trabajo o hasta cuando el tutelante en virtud de una vinculación distinta realice aportes de carácter pensional, aportes que el empleador deberá hacer sobre el último ingreso base de cotización efectuado en favor del accionante.

En razón y mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TREINTA Y TRES LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y mandato de la Constitución.

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR LA TUTELA de los derechos fundamentales de estabilidad laboral reforzada, mínimo vital y trabajo incoados por Arnulfo Espitia Paragauta identificado con cédula de ciudadanía No. 79.254.325, conforme lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: TUTELAR el derecho fundamental de **SEGURIDAD SOCIAL** del señor Arnulfo Espitia Paragauta identificado con cédula de ciudadanía No. 79.254.325, conforme lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a **LUIS ERNESTO GOMEZ** en su calidad de **SECRETARIO DE GOBIERNO DISTRITAL** y/o quien haga sus veces que en el término de **CUARENTA Y OCHO (48) HORAS** contadas a partir de la notificación de esta providencia, efectúe los aportes al Sistema General de Seguridad en favor del señor Arnulfo Espitia Paragauta, sin solución de continuidad desde el momento de su desvinculación hasta cuando se haga efectivo su derecho pensional, hasta cuando la accionada lo logre reubicarlo en un puesto de trabajo, o hasta cuando el tutelante en virtud de una vinculación distinta realice aportes de carácter pensional, aportes que el empleador deberá hacer sobre el último ingreso base de cotización efectuado en favor del accionante

CUARTO: NOTIFÍQUESE a las partes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO: REMÍTASE el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, en el evento de no ser impugnado el fallo; de lo contrario, deberá enviarse el



REPÚBLICA DE COLOMBIA
Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá D.C.
Edificio Nemqueteba - Calle 12C No. 7 - 36 Piso10
jlat033@cendoj.ramajudicial.gov.co

expediente al Honorable Tribunal Superior de Bogotá, para que sea sometida a reparto entre los Magistrados de todas y cada una de las Salas que lo conforman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



JULIO ALBERTO JARAMILLO ZABALA
JUEZ