

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**JUZGADO SETENTA Y CUATRO (74) PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE
CONTROL DE GARANTÍAS**

Bogotá D.C., dos (02) de febrero del dos mil veintiuno (2021)

ACCIÓN DE TUTELA

Radicación: No. 2021-009
Accionante: Bernardo Vasco Bustos
Accionado: Secretaria General de la Alcaldía
Mayor de Bogotá D.C.
Decisión: No concede Tutela

ASUNTO

Resolver la acción de tutela instaurada por BERNARDO VASCO BUSTOS, quien obra en nombre propio, en contra de la Secretaria General de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al trabajo, al mínimo vital, a la estabilidad laboral reforzada prepensional e igualdad, consagrados en la Constitución Nacional.

FUNDAMENTOS FÁCTICOS

El actor, interpone acción de tutela indicando los siguientes hechos:

1. Que ingresó a trabajar en la entidad accionada, el 22 de enero de 2013 en el cargo de profesional especializado código 222 grado 24 en la dirección Archivo de Bogotá, como comunicador social – periodismo, mediante Resolución 038 del 21 de enero de 2013, hasta su salida, que se efectuó el 16 de diciembre de 2020. Que durante su vinculación laboral, no tuvo ningún llamado de atención; que con su jefe inmediato y compañeros de trabajo tuvo un trato cordial, amable y de mutuo respeto.
2. Agrega que entre los meses de noviembre y diciembre de 2020, la entidad accionada prescindió de los servicios de más de 300 trabajadores por cuenta de los concursos, sin tener en cuenta a los empleados que se encontraban en condición especial; que mediante memorando electrónico el 20 de agosto de 2020, presentó a la Subdirección de Talento Humano de la Secretaria General, el formato institucional diligenciado informando su condición de prepensionado; también presentó recurso de reposición en subsidio de apelación contra

la Resolución 594 del 20 de octubre de 2020, donde se realiza un nombramiento en periodo de prueba y da por terminado un nombramiento en provisional; que mediante Resolución No. 010 del 12 de enero de 2021, se resolvió su recurso de reposición, no reponiendo la decisión, con base en que solo le faltaba el requisito de cumplir la edad para poder pensionarse.

3. Indica que actualmente padece de problemas de próstata y como consecuencia se sometió a un procedimiento denominado Adenomectomía de próstata abierta – prostatectomía transvesical, generándole incapacidad de 30 días, comprendida entre el 25 de noviembre al 24 de diciembre de 2020; la entidad accionada no tuvo en cuenta esa incapacidad y fue desvinculado de la entidad cuando aún estaba incapacitado y en estado de vulnerabilidad por su salud.
4. A la fecha tiene 59 años de edad, cumpliendo los 60 el 22 de enero de 2021; cuenta con 1.477 semanas cotizadas, faltándole 2 años para tener los requisitos para pensionarse; que su único ingreso era el salario que percibía de la entidad accionada, afectando su mínimo vital; es una persona soltera, no tiene propiedades ni otras fuentes de ingreso, que al día de hoy tiene un saldo de \$36.204., en cesantías; que con su retiro lo están privando de su derecho fundamental de poder disfrutar una pensión digna, colocándolo en un estado de indefensión social, por la imposibilidad de conseguir un nuevo empleo por ser de la tercera edad y no poder cumplir con sus obligaciones como es el pago de la educación de su hijo Mateo Vasco Liscano, sus créditos, tarjetas de crédito, la salud y su manutención diaria.

PRETENSIONES

Solicita se tutele en su favor, los derechos fundamentales invocados y en consecuencia de lo anterior se le reconozca la estabilidad laboral reforzada de prepensionado y como consecuencia de ello, se ordene a la entidad accionada, su reintegro al cargo que tenía antes de su desvinculación o a uno de la misma o superior jerarquía, hasta que Colpensiones lo integre a la nómina de pensionados y le pague su primera mesada; como también se le ordene a la accionada le cancele los salarios dejados de percibir desde la fecha de su retiro hasta su reintegro y los pagos correspondientes a la seguridad social.

RESPUESTAS DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS

Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C.

La asesora jurídica de la entidad en mención, informó al despacho que según lo establecido en el artículo 1º del Decreto Ley 1421 de 1993 y lo dispuesto en el artículo 322 de la Constitución Política, Bogotá es la Capital de la República y del

Departamento de Cundinamarca; se organiza como Distrito Capital y cuenta con autonomía para la gestión de sus intereses, dentro de los límites de la Constitución y la Ley. El artículo 54 del citado Decreto Ley, establece la estructura administrativa del Distrito Capital, siendo el Sector Central, el Descentralizado y el de las Localidades. El primer sector, lo integran el despacho del Alcalde, las secretarías y los departamentos administrativos; el segundo, los establecimientos públicos, las empresas industriales o comerciales, las sociedades de economía mixta y los entes universitarios autónomos y, el de las localidades, las juntas administradoras y los alcaldes locales.

Que en el presente caso, mediante Resolución No. 354 del 26 de julio de 2017, fue nombrado en provisionalidad el señor BERNARDO VASCO BUSTOS, en el empleo de Carrera Administrativa denominado Profesional Especializado, Código 222, Grado 24 de la Dirección Distrital de Archivo de Bogotá de la Subsecretaría Técnica de la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá, D.C., y posesionado con acta No. 284 del 4 de septiembre de 2017; que la regla general sobre la provisión de los empleos de los órganos y entidades del Estado contenida en el artículo 125 de la Constitución Política, es la vinculación a través del sistema de selección de méritos denominado carrera administrativa; por lo que el nombramiento en provisionalidad constituye una modalidad de excepción a la regla general para proveer un empleo, cuyas características básicas son la temporalidad y transitoriedad.

Agrega que en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 125 de la Constitución política y el literal a) del artículo 28 de la Ley 909 de 2004, la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC expidió el Acuerdo No. CNSC – 20191000002046 del 5 de marzo de 2019, *“Por el cual se convoca y se establecen las reglas para el Concurso Abierto de Méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. – Convocatoria No. 821 de 2018 – Distrito Capital – CNSC”*, que determina la estructura del proceso y relaciona los empleos convocados; expedido el acto administrativo que contiene la lista de elegibles, le corresponde a la entidad que representa, cubrir las vacantes para las cuales se efectuó el concurso, en estricto orden de mérito.

Indica que surtidas las etapas del concurso de méritos, la Comisión Nacional del Servicio Civil, expidió los actos administrativos, con que conforma la lista de elegibles de los cargos ofertados; una vez adquiere firmeza, se procede a enviar copia al jefe de la entidad para la cual se realizó el concurso, para que dentro de los 10 días hábiles siguientes, se produzca el nombramiento en periodo de prueba en el empleo objeto del concurso, el cual no puede ser provisto bajo ninguna otra modalidad, una vez se recibe la lista de elegibles; siendo una obligación de la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., proceder a nombrar en periodo de prueba a quien ocupó el primer lugar de la lista de elegibles, que en caso de no realizarse la posesión o no aceptar el nombramiento, se debe continuar agotando la lista de elegibles en estricto orden de mérito, por tener vigencia de dos años.

Que la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha indicado que un servidor público que ejerce un cargo en provisionalidad no se le puede predicar la estabilidad laboral, propia de los derechos de aquellos empleados de carrera administrativa cuyos nombramientos se han producido de conformidad con el orden de provisión definitiva establecido en el Artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, modificado y adicionado por el Decreto 648 de 2017.

No obstante, el parágrafo 2 del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 648 de 2017. Ordena que: *“Cuando la lista de elegibles elaboradas 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 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 por fuero sindical”*. Precizando que, dentro de la Convocatoria número 821 de 2018, las listas de elegibles producto del concurso adelantando se encuentran conformadas por un número de aspirantes superior o igual a las vacantes ofertadas, situación que limita adelantar las acciones afirmativas que se señalan en la norma.

Por lo anterior, mediante memorando interno radicado bajo el No. 3-2020-18675 del 13 de agosto de 2020, se solicitó a los servidores que tuvieran alguna condición de protección especial, lo presentaran por escrito y aportaran los soportes correspondientes, en atención a la normativa vigente, para lo cual la Dirección de Talento Humano diseñó unos formatos a través de los cuales se allegaría dicha información; que los formatos diseñados describían las condiciones de mujer en estado de embarazo, prepensionado/a, personas con discapacidad o enfermedad catastrófica, padre o madre cabeza de familia sin alternativa económica y fuero sindical.

Que ni en el memorando interno, ni los formatos, ni la información entregada desde la Dirección de Talento Humano cuenta con lo afirmado por el accionante, el actor era quien debía diligenciar el formato *“por ser garante de este derecho para no ser desvinculado”*. Que el señor BERNARDO VASCO BUSTOS, interpuso los recursos de la vía administrativa contra la Resolución 594 del 20 de octubre de 2020 y mediante Resolución No 010 del 12 de enero de 2021, se resolvió el Recurso de Reposición, la cual se expidió según lo ordenado en la ley y la jurisprudencia.

Resalta que los servidores públicos nombrados en provisionalidad tuvieron la oportunidad en igualdad de condiciones de participar en dicho concurso imparcial y transparente de selección de personal, en igualdad de condiciones que los demás concursantes. Mediante comunicación con radicado número 20202130754501 del 5 de octubre de 2020, la Comisión Nacional del Servicio

Civil comunicó a la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá, la firmeza del acto administrativo antes mencionado. Que respecto a la calidad de prepensionado que menciona el accionante, en sentencia de Unificación SU 003/18, hace referencia a la figura de la “*prepensión*” en los casos en que se tengan las semanas cotizadas.

Aunado a lo anterior, la desvinculación del señor Vasco se llevará a cabo el día 16 de diciembre de 2020, sujeta a la posesión de la persona que ganó el concurso y encontrándose dentro de los términos legales para hacer efectiva su vinculación, que la entidad que representa debe dar cumplimiento del deber constitucional y legal de ejecutar los nombramientos de quienes ocuparon el orden de elegibles en lista, para cada uno de los empleos ofertados y que fueron objeto de la Convocatoria No. 821 de 2018, y en el evento de no surtir la posesión o no aceptar los nombramientos, continuar agotando las listas de elegibles en estricto orden de mérito, dicha lista tiene una vigencia de dos (2) años y de conformidad con lo señalado en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004, deberá utilizarse para la provisión de las vacantes que se generen de los empleos ofertados dentro de la convocatoria.

En cumplimiento de la jurisprudencia constitucional, lo dispuesto en las sentencias SU-556 de 2014 y SU-054 de 2015 de la Honorable Corte Constitucional, el acto administrativo de retiro del servicio del accionante le dio a conocer las razones específicas que llevaron a su desvinculación, las cuales responden al nombramiento en propiedad del cargo, que no se incurrió en una vulneración de los derechos del señor BERNARDO VASCO BUSTOS, quien se encontraba vinculado en provisionalidad.

La historia laboral expedida por Colpensiones, da cuenta que el señor BERNARDO VASCO BUSTOS cuenta con 1477 semanas cotizadas en el régimen de prima media con prestación definida, en este sentido le faltan cero (0) semanas y cero (0) años de cotización, por lo que con la desvinculación no se afecta su derecho a adquirir una pensión, tal como lo establece la Corte Constitucional en la sentencia SU 003/18; que al accionante le faltan 2 años para cumplir el requisito de la edad para pensionarse, pues actualmente tiene 60 años, es preciso mencionar la postura de la Corte Constitucional en la sentencia SU – 003 de 2018, frente a la figura de la “*prepensión*” en los casos en que se tengan las semanas cotizadas.

Con relación con las condiciones de vida descritas por el señor VASCO BUSTOS, a la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá, D.C., no le consta lo afirmado por la accionante, razón por la cual este hecho no es objeto de pronunciamiento por parte de la Entidad.

Alcaldía Mayor de Bogotá D.C.

La directora Distrital de Gestión Judicial de la Secretaría Distrital, autorizada para ejercer la representación Judicial y Extrajudicial de Bogotá Distrito Capital,

manifestó al despacho que por razones de competencia, la presente acción de tutela fue trasladada a la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá, como entidad del orden central; que la mencionada entidad ha sido facultada a través del Decreto 212 de 2018, para ejercer la representación legal en lo judicial y extrajudicial de Bogotá, Distrito Capital, en relación con todos aquellos procesos, y/o actuaciones, judiciales o administrativas, que se adelanten con ocasión de los actos, hechos, omisiones u operaciones que expidan, realicen o en que incurran o participen, o que se relacionen con asuntos esenciales a su objeto y funciones.

Ministerio de Trabajo

A la entidad en mención, se le corrió el correspondiente traslado mediante oficio No. 66, para que ejerciera derecho de defensa y contradicción que le asiste como sujeto procesal, guardando silencio sobre las pretensiones incoadas por el accionante, como quiera que a la fecha no se allegó respuesta por parte de ellos.

PRUEBAS

1. Con el escrito de tutela, el accionante allegó los siguientes documentos:

- Fotocopia de la cédula de ciudadanía.
- Fotocopia de certificación laboral, de fecha 29 de octubre de 2020, a nombre del accionante, expedido por la entidad accionada.
- Fotocopia del memorando No. 4213000, de fecha 20 de agosto de 2020, dirigido a la dirección de Talento Humano, suscrito por el accionante.
- Fotocopia de la declaración pre pensionado, de fecha 21 de agosto de 2020, dirigido a la accionada, suscrita por el accionante.
- Fotocopia de los extractos de las semanas cotizadas a pensiones, a nombre del accionante, expedida por Colpensiones.
- Fotocopia de la Resolución No. 322, 415 y 567 de 2016, por el cual se hacen nombramientos en la planta transitoria de la Secretaria General de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C.
- Fotocopia de la notificación electrónica de la Resolución 594 de 2020, donde se realiza nombramiento en periodo de prueba y se da por terminado un nombramiento provisional, dirigido al accionante.
- Fotocopia del registro de nacimiento de Mateo Vasco Liscano, hijo del accionante.
- Fotocopia del oficio 4232000, de fecha 4 de diciembre de 2020, terminación nombramiento provisional, a nombre del accionante, suscrito por la directora de Talento Humano.
- Fotocopia de la interconsulta, solicitud de procedimiento, de fecha 3 de diciembre de 2020, expedida por la clínica Colsanitas S.A.
- Fotocopia de incapacidad por 30 días, expedida por la Clínica Colsanitas S.A, de fecha 27 de noviembre de 2020, a nombre del accionante.

- Fotocopia de transacción aprobada, a nombre de la Universidad de la Sabana, de fecha 15 de diciembre de 2020, sin nombre.
- Fotocopia del extracto individual de cesantías, de fecha 02 de enero de 2021, a nombre del accionante, expedida por el Fondo Nacional del Ahorro.
- Fotocopia de la declaración de renta, del año 2019, a nombre del accionante.
- Fotocopia del recurso de reposición y subsidio de apelación, contra Resolución No. 594 del 20 de octubre de 2020, suscrita por el accionante, dirigida a la entidad accionada y la Resolución No. 594 de 2020.

Por su parte la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., allegó fotocopia de resolución de poder especial; Circular 05 del 22 de septiembre de 2016, expedida por la Comisión Nacional del Servicio Civil-CNSC; Acuerdo No. CNSC-20191000002046 del 5 de marzo de 2019, en el que se convoca y se establecen las reglas para el concurso abierto de méritos; Resolución No. 354 del 26 de julio de 2017, por el cual se hacen nombramientos en provisionalidad; Resolución No. 9081 del 17 de septiembre de 2020, se adopta la lista de elegibles para proveer; memorando interno radicado bajo el No. 3-2020-18675 del 13 de agosto de 2020; Resolución No. 594 del 20 de octubre de 2020; memorando electrónico radicado bajo No. 3-2020-30364 del 10 de diciembre de 2020, por el cual se comunica fecha se da por terminado el nombramiento provisional del accionante; certificación de fecha 22 de enero de 2021, donde consta que no existen empleos vacantes equivalentes o similares al cargo de profesional especializado.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. Competencia

De conformidad con lo normado en el Decreto 2591, en concordancia con el Decreto 1983 de 2017, que dispone reglas de reparto, es competente este Despacho para conocer de la presente acción de tutela, por tratarse la accionada de una empresa de servicios públicos, con el cual tenía vínculo laboral el accionante, es decir, se presenta un estado de subordinación.

Frente al factor territorial se tiene que la dirección de ubicación de la entidad accionada es Bogotá y en esta misma ciudad tienen ocurrencia los hechos fundamento de la solicitud de amparo.

2. Del sub exámine

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela se caracteriza por ser un mecanismo subsidiario y residual, lo cual implica que procederá en aquellos casos en los cuales no exista otro mecanismo de defensa

judicial o cuando, de existir tal mecanismo, este no resulta eficaz, o cuando se promueve como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable¹.

La jurisprudencia constitucional ha reiterado como regla general, que la acción de tutela es improcedente para solicitar el reintegro de los empleados públicos, pues existe un medio de defensa judicial propio, específico y eficaz dentro del ordenamiento jurídico, que se encuentra prevista en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para controvertir los actos administrativos por medio de los cuales la administración decide separar a las personas de sus cargos. Sin embargo, la Corte ha manifestado que *“excepcionalmente ante un perjuicio irremediable, puede resultar procedente el amparo cuando la acción de nulidad y restablecimiento del derecho resulta inadecuada para la efectividad de los derechos fundamentales violados, dada la situación que afronta el accionante”*².

De esta manera, la Corte Constitucional ha admitido la procedencia excepcional de la tutela para solicitar el reintegro de los servidores públicos, cuando en el caso concreto se advierta la vulneración de un derecho fundamental y se evidencia la ocurrencia de un perjuicio irremediable, toda vez que, en estos eventos, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no proporciona una protección eficaz y adecuada a los derechos amenazados o vulnerados, como sí lo hace la acción de tutela³.

Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha manifestado que el perjuicio irremediable se caracteriza por (i) *la inminencia* del daño, es decir, que se trate de una amenaza o de un mal irreparable que está pronto a suceder; (ii) *la gravedad*, que implica que el daño o menoscabo material o moral de la persona que pueda ocurrir sea de gran intensidad, (iii) *la urgencia*, que exige la adopción de medidas prontas o inmediatas para conjurar la amenaza, y (iv) *la impostergabilidad de la tutela*, que exige la necesidad de recurrir al amparo como mecanismo expedito y necesario de protección de derechos fundamentales⁴. En esta medida, la Corte ha destacado que para la comprobación de un perjuicio irremediable que justifique la procedencia de la acción de tutela, se deben observar una serie de criterios, tales como la edad de la persona, su estado de salud y el de su familia y las condiciones económicas de la persona que solicita el amparo constitucional o de las personas obligadas a acudir a su auxilio.

Igualmente, la Corte Constitucional también ha precisado que en el caso de desvinculaciones de servidores públicos, la posibilidad de configuración de un perjuicio irremediable gira en torno al derecho al mínimo vital, pues se entiende que una vez quedan desvinculadas de sus trabajos, pueden quedar en una situación de extrema vulnerabilidad, cuando su único sustento económico era el salario que percibían a través del cargo público⁵. Por este motivo y en

¹ Sentencia T-373 de 2017 y Sentencia T-012 de 2009.

² Sentencias SU-691 de 2017, T-016 de 2008 y T-373 de 2017.

³ Sentencia T-016 de 2008 y Sentencia T-373 de 2017.

⁴ Sentencia SU-691 de 2017.

⁵ Sentencia SU-691 de 2017.

concordancia con lo esbozado anteriormente, a pesar de que la acción de tutela no es el mecanismo adecuado para solicitar el reintegro a un cargo público, pues para ello existen otras vías idóneas y oportunas, la acción de tutela es procedente de manera excepcional, cuando del análisis de cada situación concreta se pueda concluir que los otros medios de defensa carecen de idoneidad y eficacia.

3. La provisión de cargos de la lista de elegibles previo concurso de méritos

La Constitución Política, en su artículo 125, establece el régimen de carrera administrativa para la provisión de los empleos en los órganos y entidades del Estado, salvo algunas excepciones como los cargos de elección popular, de libre nombramiento y remoción, de trabajos oficiales, y los demás que determine la ley. De igual manera, el artículo dispone que, (i) los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados a través de concurso público; (ii) el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes; (iii) el retiro se hará por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley, y por último, (iv) descarta la afiliación política como criterio determinante para el nombramiento, ascenso, remoción de un empleo de carrera⁶.

El propósito de esta norma constitucional es crear un mecanismo objetivo de acceso a los cargos públicos, en el cual las condiciones de ingreso, ascenso, permanencia y retiro respondan al mérito, conforme a criterios reglados y no a la discrecionalidad del nominador. De acuerdo con esta disposición, la Corte ha sostenido que la carrera administrativa es el mecanismo preferente para el acceso y la gestión de los empleos públicos, en donde quien supere satisfactoriamente las etapas del concurso de méritos, adquiere un derecho subjetivo de ingreso al empleo público, el cual puede ser exigible frente a la Administración como a los funcionarios públicos que se encuentran desempeñando el cargo ofertado en provisionalidad⁷. Por este motivo, la Corte ha reiterado que los cargos ejercidos en provisionalidad no pueden equipararse a los cargos de carrera administrativa, debido a que existen marcadas diferencias entre los funcionarios inscritos en carrera administrativa y los funcionarios públicos provisionales, en especial en cuanto a su vinculación y retiro⁸.

Los funcionarios que acceden a los cargos públicos a través de un concurso de méritos y aquellos que desempeñaban en provisionalidad los cargos de carrera tienen diferencias marcadas. Por una parte, los funcionarios que acceden a los cargos mediante el concurso de méritos cuentan con una mayor estabilidad, al

⁶ Artículo 125 de la Constitución Política.

⁷ Sentencia T-373 de 2017, parágrafo 2º del artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

⁸ Sentencia T-373 de 2017, parágrafo 2º del artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

haber superado las etapas propias del concurso, impidiendo así el retiro del cargo a partir de criterios meramente discrecionales. El acto administrativo por medio del cual se desvincula a un funcionario de carrera administrativa debe ser motivado para que la decisión sea ajustada a la Constitución, además de otros requisitos que determina la ley⁹.

Por otra parte, los funcionarios que desempeñan en provisionalidad cargos de carrera, gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que implica que el acto administrativo por medio del cual se efectúe su desvinculación debe establecer únicamente las razones de la decisión, lo cual para este Tribunal Constitucional constituye una garantía mínima derivada del derecho fundamental al debido proceso y al principio de publicidad¹⁰.

4. La estabilidad laboral de los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad que desempeñan cargos de carrera administrativa

El artículo 53 de la Constitución Política establece que uno de los principios mínimos de las relaciones laborales es el derecho que tiene todo trabajador a permanecer estable en su empleo, a menos de que exista una justa causa para su desvinculación o despido. Por su parte, la jurisprudencia de la Corte ha reconocido el “*derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada*”, que se deriva del principio de derecho a la igualdad de trabajo y que se materializa con medidas diferenciales en favor de aquellas personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad¹¹.

Así las cosas, la Corte Constitucional ha manifestado que la estabilidad laboral se trata de:

“una garantía que tiene todo trabajador a permanecer en el empleo y a obtener los correspondientes beneficios salariales y prestacionales, incluso contra la voluntad del patrono, si no existe una causa relevante que justifique el despido. La doctrina ha entendido entonces que el principio de estabilidad laboral configura, en cabeza de los trabajadores, un verdadero derecho jurídico de resistencia al despido, el cual es expresión del hecho de que los fenómenos laborales no se rigen exclusivamente por el principio de la autonomía de la voluntad, ya que están en juego otros valores constitucionales, en especial la propia dignidad del trabajador y la búsqueda de una mayor igualdad entre patrono y empleado. Por ello, en función del principio de la estabilidad laboral, y de la especial protección al trabajo (CP arts 25 y 53), no basta el deseo empresarial para que pueda cesar una relación de trabajo sino que es necesario que se configure una justa causa, en los términos señalados por la ley, y en armonía con los valores constitucionales”.

Las personas que gozan de estabilidad laboral reforzada son aquellas personas que se encuentran amparadas por el fuero sindical, en condición de invalidez o discapacidad y las mujeres en estado de embarazo. De igual manera, la Corte ha

⁹ Artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

¹⁰ Sentencia T-373 de 2017

¹¹ Sentencia T-014 de 2019.

manifestado que aquellos trabajadores con limitaciones físicas, sensoriales o psicológicas se encuentran en situación de debilidad manifiesta y, por lo tanto, son beneficiarios de una estabilidad laboral reforzada. Esta limitación a la que hace alusión la Corte, hace referencia a una aplicación extensiva de la Ley 361 de 1997 “*Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas en situación de discapacidad y se dictan otras disposiciones*” a aquellas personas que se encuentran en un estado de debilidad manifiesta por causa de una enfermedad, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de discapacidad o invalidez¹².

En ese sentido, la Sentencia T-663 de 2011, reiterando lo sostenido en la Sentencia T-094 de 2010, señaló que:

“(...) esta concepción amplia del término ‘limitación’ ha sido acogida en reciente jurisprudencia de esta (sic) Alto Tribunal en el sentido de hacer extensiva la protección de la que habla la Ley 361 de 1997 a las personas de las que se predique un estado de debilidad manifiesta por causa de una enfermedad que no necesariamente acarree una pérdida de la capacidad para trabajar. Desde la pluricitada sentencia T-198 de 2006 se ha dicho que ‘en materia laboral, la protección especial de quienes por su condición física están en circunstancia de debilidad manifiesta se extiende también a las personas respecto de las cuales esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de discapacitados o de invalidez.’

De esta forma, la merma en las condiciones de salud de un trabajador puede hacer del mismo susceptible de una protección laboral reforzada que corresponde a la idea de estabilidad en el trabajo y que resulta de una aplicación directa de la Constitución Política que en artículos como el 13, el 48 y el 53 obliga al Estado a la custodia especial de aquellas personas que presenten una disminución en sus facultades físicas, mentales y sensoriales. Esto coincide con aquella interpretación del concepto de limitación que se ha venido pregonando” (Negrilla fuera del texto original).

En este orden de ideas, los trabajadores que se encuentran en una situación de vulnerabilidad, bien sea por una discapacidad calificada como tal, o por una limitación en su salud que les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, cuentan con una protección constitucional a través de la figura de la estabilidad laboral reforzada. En esta medida, la Corte ha manifestado que:

¹² La jurisprudencia constitucional ha sostenido dos líneas sobre la aplicación de la Ley 361 de 1997, una que ha asumido que la protección brindada por la Ley 361 de 1997 es predicable exclusivamente de los sujetos con una pérdida de la capacidad para trabajar comprobada; y otra, más abierta, que admite su aplicación a personas que sufren limitaciones (Sentencias T-198 de 2006, T-819 de 2008, T-603 de 2009 y T-643 de 2009) y la segunda, la cual ha sido acogida mayoritariamente por la jurisprudencia reciente de la Corte Constitucional, que ha ampliado la concepción del término “limitación”, en el sentido de hacer extensiva la protección señalada en la Ley 361 de 1997 a aquellas personas que se encuentran en un estado de debilidad manifiesta por causa de una enfermedad, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de discapacitados o de invalidez (Sentencias T-198 de 2006, T-513 de 2006, T-504 de 2008, T-992 de 2008, T-263 de 2009, T-866 de 2009, T-065 de 2010, T-092 de 2010, T-663 de 2011).

“La elaboración de una noción de discapacidad ha sido un proceso muy lento y difícil. En cada momento de la historia, con base en los conocimientos científicos con los que se ha contado, los legisladores han regulado diversos aspectos de esta problemática. De allí que la terminología empleada en la materia haya cambiado con el paso del tiempo. De hecho, hoy por hoy, se trata de un concepto en permanente construcción y revisión. En materia laboral, la protección especial de quienes por su condición física están en circunstancia de debilidad manifiesta se extiende también a las personas respecto de las cuales esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de inválido. Queda entonces claro que la discapacidad es un concepto diverso al de invalidez¹³”

Ahora bien, en el caso de los servidores públicos que ocupan en provisionalidad un cargo de carrera, la Corte ha manifestado que gozan de una estabilidad laboral relativa, lo que implica que únicamente pueden ser removidos por causales legales que deben expresarse de manera clara en el acto de desvinculación. De esta manera, la Corte ha reiterado que 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”¹⁴.*

Al respecto, en la sentencia SU-446 de 2011, la Corte precisó que:

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

No obstante, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que dentro de las personas que ocupan un cargo de carrera en provisionalidad, pueden encontrarse sujetos de especial protección constitucional, como las madres y padres cabeza de familia, quienes estén próximos a pensionarse, las personas que se encuentran en situación de discapacidad o en debilidad manifiesta por causa de una enfermedad. En estos casos, la Corte ha afirmado que antes de proceder al nombramiento de quienes superaron el concurso de méritos, los funcionarios que se encuentren en provisionalidad deberán ser los últimos en removerse y en todo caso, en la medida de las posibilidades, deben vincularse nuevamente de manera provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que se venían ocupando¹⁵.

Es así como en la sentencia T-373 de 2017, la Corte concluyó que:

¹³ Sentencias T-725 de 2009, T-632 de 2004, T-351 de 2003 y T-519 de 2003.

¹⁴ Sentencia SU-446 de 2011.

¹⁵ Sentencia T-373 de 2017.

“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 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 público¹⁶.

No obstante lo anterior, la Corte 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 fundamentales¹⁷.

5. El derecho a la estabilidad laboral reforzada de las personas próximas a pensionarse.

En reiteradas ocasiones, la Corte se ha referido al derecho a la estabilidad laboral reforzada de las personas próximas a pensionarse¹⁸. El desarrollo de esta línea jurisprudencial se ha dado de forma más amplia en el contexto de reestructuración de la administración pública donde diferentes entidades estatales han sido objeto de procesos de liquidación por lo que se ha instituido la figura del retén social con el fin de garantizar los derechos al trabajo, a la seguridad social y al mínimo vital de las personas más vulnerables dentro de estas entidades como lo son las personas que se encuentran próximas a cumplir los requisitos para acceder a una pensión legal.

Así, la Corte se ha referido a los pre-pensionados como aquellas personas próximas a pensionarse en el contexto de los procesos de renovación de la administración pública, entendiendo que *“tiene la condición de pre-pensionado para*

¹⁶ Sentencia SU-691 de 2017.

¹⁷ Sentencia SU-691 de 2017 y T-373 de 2017.

¹⁸ Sentencias T-1045 de 2007, T-009 de 2008, T-989 de 2008, T-1238 de 2008, T-802 de 2012 y T-326 de 2014, entre otras.

efectos de la protección reforzada reconocida por el legislador a sujetos de especial vulnerabilidad, en el contexto de procesos de renovación de la administración pública, el servidor público próximo a pensionarse al cual le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez”.¹⁹

Con todo, la protección de este grupo poblacional ha trascendido la órbita de la reestructuración estatal abarcando las diferentes situaciones en las que estas personas son desvinculadas del servicio generándose una afectación de sus derechos fundamentales. Son diferentes las sentencias que se han ocupado del alcance de esta protección por fuera del contexto de la renovación de la administración pública²⁰, pero resulta particularmente diáfana la distinción realizada por la Corte en la sentencia T-326 de 2014, en donde se precisó lo siguiente:

“El fundamento del reconocimiento de la estabilidad laboral de los pre-pensionados no se circunscribe al retén social, sino que deriva de mandatos especiales de protección contenidos en la Constitución Política y del principio de igualdad material que ordena dar un trato especial a grupos vulnerables”²¹. Esto debido a que dicha estabilidad opera como instrumento para la satisfacción de los derechos fundamentales de estos grupos poblacionales, que se verían gravemente interferidos por el retiro del empleo público. Por ende, no debe confundirse la estabilidad laboral de los pre pensionados con la figura del retén social, para concluir erróneamente que la mencionada estabilidad solo es aplicable en el marco del Programa de Renovación de la Administración Pública”.
(Negritas fuera del texto).

En este orden de ideas, la condición de pre pensionado, como sujeto de especial protección, no necesita que la persona que alega pertenecer a dicho grupo poblacional se encuentre en el supuesto de hecho propio de la liquidación de una entidad estatal y cubre incluso a los trabajadores del sector privado que se encuentren próximos a cumplir los requisitos para acceder a una pensión por lo que puede decirse que tiene la condición de pre pensionable toda persona con contrato de trabajo que le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez.

En todo caso, a pesar de haberse superado el contexto de la renovación de la administración pública como requisito para ser considerado sujeto de especial protección constitucional en el caso de los pre pensionados, la Corte ha protegido los derechos de estas personas cuando su desvinculación suponga una afectación de su mínimo vital derivada del hecho de que su salario y eventual pensión son la fuente de su sustento económico. En efecto, la mera condición de pre pensionado no es suficiente para ordenar el reintegro de un trabajador sino que es necesario evidenciar en el caso concreto que la desvinculación está poniendo en riesgo los

¹⁹ Sentencia C-759 de 2009.

²⁰ Sentencia T-186 de 2013.

²¹ Sentencias C-044 de, T-768 de 2005, T-587 de 2008, C-795 de 2009 y T-729 de 2010.

derechos fundamentales del accionante, donde la edad del mismo es un indicador la falta de probabilidades de integrarse al mercado laboral que debe apreciarse junto con el hecho de que el salario sea la única fuente de ingresos de este o, en todo caso, que los ingresos por otros conceptos sean insuficientes para garantizar una vida en condiciones dignas ante la ausencia del primero.

En concordancia con lo dicho anteriormente, cabe mencionar que en la sentencia T-824 de 2014, la Corte ordenó el reintegro de un trabajador del Banco Agrario que había sido desvinculado del servicio por expiración del plazo presuntivo establecido en el artículo 40 del Decreto 2127 de 1945. En esta ocasión, luego de haber verificado que el peticionario estaba próximo a pensionarse, la Sala Tercera de Revisión ordenó el reintegro del trabajador al considerar que la terminación de su contrato había estado motivada en la edad del actor al no evidenciarse un incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de este y que dicha terminación estaba generando una afectación al mínimo vital del accionante y al de su grupo familiar al privarlo de su única fuente de ingresos:

“De manera pues, que en el caso bajo estudio, el simple vencimiento del plazo no constituye necesariamente una justa causa para la terminación del contrato laboral del actor, pues subsistiendo las causas que dieron origen a la relación laboral entre aquel y la accionada y, teniendo probado que cumplió en forma adecuada sus funciones, no existe causa objetiva que impida que el accionante pueda conservar su trabajo, aunque el término del contrato haya expirado.

Como consecuencia de dicho actuar, el accionante y su familia están expuestos a la vulneración clara y evidente de sus derechos al mínimo vital y a una vida en condiciones dignas, por cuanto se les estaría dejando sin la única fuente de ingresos que tenían para su sostenimiento, que consistía precisamente en el salario que devengaba el accionante como conductor al servicio del Banco Agrario.

Es así como, teniendo en cuenta que tanto el señor Hernando Mendoza Mendoza y su familia se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta por la condición económica que atraviesan, la Sala debe tomar medidas efectivas que hagan cesar en forma inmediata la vulneración de sus derechos”²².

En la misma providencia, la Corte se pronunció sobre el acaecimiento del plazo pactado o establecido en la ley como causal de terminación del contrato de trabajo en contraposición al derecho a la estabilidad en el empleo consagrado en el artículo 53 Superior que cobija a todos los trabajadores tanto del sector privado como del público. Así, tomando como referencia la Sentencia C-016 de 1998, el tribunal indicó que en el caso de los contratos de trabajo sujetos a término “el simple deseo de no prorrogarlos al vencimiento del plazo no justifica la terminación de los mismos, cuando aquellos tienen por objeto el desempeño de labores de carácter permanente y el empleado ha cumplido a cabalidad con sus funciones” y agregó, que “siempre que subsista la materia del trabajo y el empleado haya cumplido satisfactoriamente sus funciones, el contrato debe ser renovado, pues **el solo**

²² Sentencia T-824 de 2014.

vencimiento del plazo no es suficiente para legitimar la decisión del patrono de no renovarlo". (Negrillas fuera del texto).

Por otro lado, la Corte ha precisado que el cumplimiento de los requisitos para la pensión no es garantía de reconocimiento y pago de la misma por lo que se debe proteger al trabajador que ha alcanzado la edad de jubilación y cotizado el número de semanas requeridas por la ley en el sentido de que su contrato no debe ser terminado hasta tanto este no haya sido incluido en la nómina de pensionados, ello en procura de la garantía de los derechos fundamentales al trabajo y al mínimo vital de estas personas.

Si bien el parágrafo 3º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003 establece que *"Se considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión. El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones"*, se tiene que con ocasión del control abstracto de constitucionalidad realizado por la Corte a la precitada norma, se estableció en la Sentencia C-1037 de 2003 que dicha terminación con justa causa solo podrá tener lugar cuando el trabajador haya sido incluido en la nómina de pensionados. En efecto, la parte resolutive de esta providencia declaró la exequibilidad condicionada de la disposición citada bajo el entendido de que el trabajador pensionado deberá estar incluido en la nómina de pensionados del respectivo fondo de pensiones para que pueda darse por terminado el contrato de trabajo²³.

En conclusión, la Corte entiende que la condición de pre pensionado de un trabajador y la protección que de esta se deriva no se circunscribe a las relaciones laborales afectadas por los planes de renovación de la administración pública sino que cobija a todos los trabajadores próximos a pensionarse definidos como aquellos a quienes les falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez. Por otro lado, el derecho a la estabilidad laboral reforzada que de esta condición se deriva se concretiza en la garantía de no desvinculación del servicio por el mero acaecimiento del plazo pactado o presuntivo como causa suficiente de terminación, por lo que deberá ordenarse el reintegro de los trabajadores próximos a pensionarse cuyos contratos hayan sido terminados por estas causales cuando quiera que la finalización de la relación laboral signifique para el trabajador una afectación de sus derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital, verificable por el hecho de que el sustento del trabajador y se derive del salario que percibía.

²³ *"Declarar EXEQUIBLE el parágrafo 3º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003, siempre y cuando además de la notificación del reconocimiento de la pensión no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente"*.

PROBLEMA JURÍDICO

Procede el Despacho a determinar si la Secretaria General de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., vulnera los derechos fundamentales invocados por BERNARDO VASCO BUSTOS, desconociendo la protección laboral reforzada por la condición de pre pensionado, al parecer al dar por terminado su contrato de trabajo, sin tener en cuenta que le faltan 3 años de cotización para obtener la pensión de vejez.

De conformidad con los anteriores postulados, procede el Despacho a estudiar.

EL CASO OBJETO DE ESTUDIO

Para el caso de marras, se tiene la presunta vulneración de los derechos fundamentales al trabajo, al mínimo vital, a la estabilidad laboral reforzada prepensional e igualdad, de BERNARDO VASCO BUSTOS, quien en la actualidad no tiene posibilidad de conseguir un empleo por su edad de 59 años, no cuenta con un mínimo vital para él y considera que cumple con los requisitos de pre pensionado.

De las pruebas documentales y lo narrado por el accionante, se observa que entre las partes existió una relación laboral, encontrándose plenamente establecido que BERNARDO VASCO BUSTOS, ingreso a trabajar el 22 de enero de 2013, en el cargo de profesional Especializado código 222 grado 24 en la Dirección Archivo de Bogotá, como comunicador social- periodismo, mediante Resolución 038 del 21 de enero de 2013, hasta el 16 de diciembre de 2020, cuando la Secretaria Accionada dio por terminado el contrato, por el concurso de méritos.

Para este estrado judicial, es importante definir si se dan los supuestos legales para considerar si BERNARDO VASCO BUSTOS, cumple con la condición de prepensionado, como sujeto de especial protección, ya que, la persona que alega pertenecer a dicho grupo poblacional se encuentra en el supuesto de hecho propio de la liquidación de una entidad estatal próximos a cumplir los requisitos para acceder a una pensión, por lo que puede decirse que tiene la condición de prepensionable toda persona con contrato de trabajo que le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez.

Para el caso de estudio, se debe indicar que según la fotocopia de la cédula de ciudadanía del accionante nació el 22 de enero de 1961, en Bogotá D.C., es decir, que, para el momento de la desvinculación laboral, esto es el 16 de diciembre de 2020, cuenta con 59 años, y según su dicho tiene 1.477 semanas cotizadas, por lo que puede decirse supuestamente que tendría la condición de pre pensionable. Ahora bien, la garantía y protección que se predica de la condición de prepensionado, no se deriva única y exclusivamente de esta situación, sino que,

es necesario que se demuestre que el despido ocasiona una amenaza o un riesgo para otros derechos fundamentales, entre ellos, el mínimo vital, pues es entendible que una persona que está próxima a pensionarse y que deriva el sustento propio y el de su familia de lo devengado, si es retirado del servicio abruptamente y faltándole menos de tres años para adquirir su status pensional, tendrá dificultades para conseguir un nuevo empleo y por tanto, se verá afectado su mínimo vital, circunstancia que haría imperiosa la intervención del juez de tutela.

De los documentos aportados a esta tutela por el accionante, se evidencia un registro civil de nacimiento a nombre de Mateo Vasco Lizcano, una transacción de \$7'950.000., a la Universidad de la Sabana, con la descripción de "matrícula fisioterapia A", sin nombre; un extracto individual de cesantías, de fecha de expedición del 02 de enero de 2021, a nombre del accionante; este despacho consultó por la página de Adres, en el link de "*maestro afiliado compensados*", donde registra que el accionante se encuentra como cotizante, afiliado a protección laboral, a la EPS Sanitas y se encuentra con 16 días cotizados del mes de enero de 2021 y la señora Doria Constanza Lizcano Rivera, madre de Mateo, es periodista, cotizante activa, del régimen contributivo de Aliansalud EPS y se encuentra al día en el pago de enero de 2021; representa lo anterior que la madre de Mateo, está laborando, significando lo anterior que al parecer el accionante no es el único que está aportando a la manutención de su hijo; adicional a ello, el accionante es periodista tal y como se encuentra demostrado, ello significa que en remota opción de quedarse sin vinculación laboral, puede ejercer su profesión en forma independiente, pues no necesariamente debe estar atado a un vínculo laboral con una empresa, para devengar su sustento.

Adicionalmente, considera este estrado judicial que cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez sea el de edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, no hay lugar a considerar que la persona sea 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, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, considera que no se frustra el acceso a la pensión de vejez.

Ahora bien, el despacho revisara si la desvinculación laboral del accionante, quien ocupaba un cargo de carrera en provisionalidad y quien padece de problemas en la próstata, afectó los derechos fundamentales del accionante, en el momento en que la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., procedió a realizar el nombramiento de la persona que superó el concurso de méritos; pues nótese que el accionante fue notificado de la Resolución 594 de 2020, desde el 23 de octubre de 2020, donde le informan que se realizara un nombramiento en periodo de prueba y se da por terminado su nombramiento provisional, y la incapacidad data del 27 de noviembre de 2020, como las citas médicas del 03 de diciembre de 2020, fechas posteriores, cuando ya tenía conocimiento de su desvinculación de la entidad accionada.

Una vez examinada la actuación por parte de la Secretaria General de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., que reposa en la acción de tutela, el juzgado constató que a través de la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC expidió el Acuerdo No. CNSC – 20191000002046 del 5 de marzo de 2019, donde da cuenta de la convocatoria a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa y que, una vez agotadas las etapas del proceso de selección, se conformó la lista de elegibles para proveer el empleos de la entidad accionada y se cumplió con los plazos para realizar los respectivos nombramientos.

De esta manera, se concluye que la motivación de la desvinculación del aquí accionante es razonable y como consecuencia de esto, no se evidencia, la utilización abusiva de una facultad legal para encubrir un trato discriminatorio en torno a las circunstancias de debilidad manifiesta por parte de la accionada, en relación con el estado de salud del accionante. De igual manera, se observa que la persona que actualmente ocupa el cargo del accionante, fue nombrada en periodo de prueba, con los presupuestos legales y constitucionales que regulan el concurso de méritos.

Sin embargo, no es menos cierto que existe una tensión entre la protección de los derechos del accionante, de una parte; y el respeto de la carrera administrativa y los resultados del concurso adelantado por la Secretaria General de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., de otra parte. En el presente caso, el despacho no puede acceder a la pretensión del accionante de ordenar su reincorporación al mismo cargo que venía desempeñando o a uno de mayor jerarquía, sin solución de continuidad, pues esta decisión vulneraría los derechos fundamentales de la persona que accedió a esa vacante a través del concurso de méritos e iría en contra de la jurisprudencia de la Corte Constitucional que reconoce la carrera administrativa como el mecanismo preferente para el acceso y la gestión de empleos públicos.

Debe señalarse igualmente, que la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá, D.C., allegó constancia donde informa que en la planta de personal, a la fecha no cuenta con empleos similares o equivalentes o de superior jerarquía del cargo de profesional Especializado Código 22 Grado 24, que puedan ser provistos en provisionalidad; acudiendo de esa manera, al principio general del derecho según el cual nadie está obligado a lo imposible, dada la imposibilidad jurídica de acceder a esa pretensión.

Conforme a lo anterior, es importante aclarar que si bien el accionante, menciona vulnerados sus derechos fundamentales a la salud y vida, de manera concreta no precisa o hace alusión a una acción u omisión por parte la entidad accionada, si bien es cierto, estuvo incapacitado, no ilustra al despacho tal situación de vulnerabilidad; reflejando que no hubo despido por causa de su discapacidad, sino que existe para la accionada, motivos fundados que la terminación de su nombramiento en provisionalidad y que se dio en virtud de la aplicación del principio constitucional del mérito del acceso al empleo público.

Para el caso de marras no se tutelara los derechos invocados y por el contrario, si se insiste en el mismo el peticionario deberá acudir a la jurisdicción laboral a hacer valer el derecho que considera vulnerado, ya que no se evidencia afectación a los mismos.

Se debe destacar de la misma manera que la acción de tutela, es de naturaleza residual y subsidiaria, ya fue concebida como un mecanismo jurisdiccional excepcional, para procurar la efectiva e inmediata protección de los derechos fundamentales de las personas, cuando quiera que éstos resulten vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de ciertos particulares. Es residual o subsidiaria porque no procede cuando existen otros recursos o medios de defensa judiciales para salvaguardar los derechos vulnerados, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En consecuencia, se reitera que se despachará desfavorablemente, las pretensiones incoadas por BERNARDO VASCO BUSTOS, quien obra en nombre propio, en contra de la Secretaria General de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., al constatar que dicha entidad no ha vulnerado derechos fundamentales.

De la misma manera no se tutelará en contra del Ministerio de trabajo, ni contra la Alcaldía Mayor de Bogotá, al establecerse que no han vulnerado derechos fundamentales de BERNARDO VASCO BUSTOS.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SETENTA Y CUATRO (74) PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: NO TUTELAR, los derechos fundamentales al trabajo, al mínimo vital, a la estabilidad laboral reforzada prepensional e igualdad de BERNARDO VASCO BUSTOS, por lo indicado en la parte motiva del presente fallo.

SEGUNDO: NO TUTELAR, en contra del Ministerio de trabajo, ni contra la Alcaldía Mayor de Bogotá, al establecerse que no han vulnerado derechos fundamentales de BERNARDO VASCO BUSTOS.

TERCERO: INFORMAR al accionante y accionados, que la presente decisión puede ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

CUARTO: ORDENAR que, de no ser impugnada esta decisión, se remita la actuación original a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Tutela No. 2021-009
Accionante: Bernardo Vasco Bustos
Accionado: Secretaria General de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C.
Decisión: No concede Tutela

Firmado Por:

**OMAR LEONARDO BELTRAN CASTILLO
JUEZ MUNICIPAL
JUZGADO 74 PENAL MUNICIPALCN FUNCION CONTROL GARANTIAS
BOGOTA**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

30672a3686011ce1dd995a6954d53ca16a2fdfe4fca3e7cb049707649cd9c7a0

Documento generado en 02/02/2021 08:11:32 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**