



**REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO OCTAVO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ
Bogotá, D.C., veintiséis (26) de mayo de dos mil veinte (2020)**

Rad. Acción de Tutela - 110014003008-2020-00286-00

Decídase la acción de tutela formulada por **MARÍA MERCEDES ACERO BORBÓN** contra **ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ D.C. – SECRETARÍA DISTRITAL DE GOBIERNO**.

L. ANTECEDENTES

1. El apoderado judicial de la actora expresó que esa ciudadana se vinculó a la Secretaría Distrital de Hacienda, mediante Resolución 881 del 19 de julio de 1994, luego, en 1997 a través de Resolución 218 se vinculó en provisionalidad a la Secretaría Distrital de Gobierno, como profesional universitario, código 218, grado 15, cuya terminación del nombramiento vino a darse a través de la Resolución 0193 del 11 de febrero de 2020, sin tenerse en cuenta la calidad de pre - pensionada que goza la accionante y su fuero de estabilidad laboral reforzada, con ocasión de una enfermedad laboral, debidamente calificada por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.
2. Como consecuencia, solicita: (i) tutelar los derechos fundamentales que estima transgredidos; (ii) ordenar el reintegro de la accionante en el cargo desempeñado, o a uno de superior jerarquía; (iii) y ordenar el pago de emolumentos salariales, sin solución de continuidad.
3. La acción constitucional se admitió en proveído del 13 de mayo de 2020, ordenándose la notificación del ente accionado, al tiempo que se ordenó la vinculación de la Secretaría Distrital de Hacienda, AFP Protección, Colpensiones, Porvenir S.A, Junta Nacional de Calificación de Invalidez y Alcaldía Local de Antonio Nariño.
4. Por su parte, la Secretaría Distrital de Gobierno manifestó que en virtud de la interpretación que hace la jurisprudencia sobre el artículo 86, inc. 3º constitucional, se infiere que este mecanismo que eligió la accionante, no es factible agotarlo como medida sustitutiva, puesto que el ordenamiento consagra herramientas judiciales idóneas, seguido de lo cual considera que su gestión estuvo ceñida al canon 125 superior, en la medida que el cargo público de la demandante fue provisto bajo el sistema de carrera administrativa, cumpliéndose con pilares esenciales de la función pública; igualmente advirtió que la actora no es pre-pensionada, por cuanto tiene 59 años y ha cotizado más de 1600 semanas, con lo que se causó su derecho a pensionarse, contrario al derecho de reintegro; y finalmente, sobre las

patologías referenciadas en los hechos, estima que tales no pueden considerarse catastróficas o que impliquen una discapacidad, máxime que la ARL respectiva le garantizará un tratamiento indefinido, según la especialidad que requiera.

5. La Secretaría Distrital de Hacienda solicitó su desvinculación, pues considera que no le asiste legitimación por pasiva, pese a que en algún momento la demandante fuese empleada de dicha entidad; no obstante, anexó la historia laboral de aquella ciudadana.

6. El fondo de pensiones Porvenir S.A. agregó que la actora se encuentra afiliada a dicho fondo, y que, su última relación laboral con el Distrito data del mes de marzo de 2020, fecha de la novedad del retiro; por otra parte, solicitó su desvinculación en la medida que dice no tener legitimación en la causa por pasiva.

7. A su turno, Colpensiones expresó que la ciudadana no se encuentra afiliada al régimen de prima media con prestación definida, advirtiendo asimismo que el cambio de régimen era de su plena autonomía, prueba de ello es el formulario que diligenció con el fin afiliarse a otro fondo de pensiones.

8. Las entidades Protección S.A., Junta Nacional de Calificación de Invalidez y Alcaldía Local de Antonio Nariño, guardaron silencio.

9. Por último, la accionante arrojó un escrito aclarando los hechos 4 y 5 del libelo de amparo, e hizo referencia a los derechos fundamentales que considera deben ser tutelados, el cual fue puesto en conocimiento de los intervinientes.

III. CONSIDERACIONES

1. La acción de tutela es un mecanismo establecido por la Constitución Política de 1991, a fin de brindar protección a los derechos fundamentales de las personas, de carácter residual y subsidiario, porque sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio judicial de salvaguarda, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

2. En el *sub exánime* se encuentra probado que a María Mercedes Acero Borbon, le fue terminado su nombramiento provisional en el cargo de profesional universitario con código 219, grado 15, adscrito a la Secretaría Distrital de Gobierno, en virtud de la Resolución 0193 del 11 de febrero de 2020, por lo que, preferentemente deberá interponer el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en los términos del art. 138 del C.P.A.C.A, bien para cuestionar la legalidad de tal acto administrativo, ora para reestablecer algún derecho subjetivo que considere vulnerado con su expedición.

3. Lo anterior se afianza, aún más, teniendo en cuenta que evaluadas sus condiciones en los términos del apartado final del numeral 1º del art. 6 del Decreto 2591 de 1991, no se acreditó que la demandante fungiera como pre-pensionada, mucho menos como beneficiaria del fuero de estabilidad laboral

que obstaculizara su desvinculación del órgano convocado, lo que deja al descubierto, en consecuencia, que la acción de marras no supera el requisito de *subsidiariedad*.

3.1. Del artículo 125 superior emana el régimen de carrera administrativa, mediante el cual se realiza el ingreso y desempeño de cargos públicos a órganos estatales, siempre que un aspirante a un cargo supere las etapas del concurso de méritos, pues de ser así *“adquiere un derecho subjetivo de ingreso al empleo público, exigible tanto frente a la Administración como a los funcionarios públicos que están desempeñando el cargo ofertado en provisionalidad.”*¹, situación que encaja en la materia objeto de análisis, donde se avizora que, la aspirante Gloria María Rodríguez Rodríguez, en virtud de ocupar el tercer puesto del concurso de méritos que la Comisión Nacional del Servicio Civil dispuso para proveer unas vacantes en la planta de personal adscrita a la Secretaría Distrital de Gobierno, se vinculó a ese órgano y, en consecuencia, la nombraron en el cargo desempeñado por María Mercedes Acero Borbon, a quien era procedente darle un trato preferencial al momento de declararla insubsistente, siempre que fungiera como pre-pensionada o fuese sujeto en estado de debilidad manifiesta y ello le otorgara protección reforzada constitucional.

3.2. De no ser como se expuso, el derecho a la estabilidad laboral relativa o intermedia que gozan los servidores en provisionalidad, no se antepone al derecho del ciudadano que saliera avante en un concurso público de méritos.

Veamos:

*“Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación, gozan de una estabilidad relativa, en la medida en que sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera, tal como ocurrió en el caso en estudio o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación. En consecuencia, 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”*². (Resaltado)

3.3. Por tanto, para que el nominador se encuentre compelido a tomar acciones afirmativas en virtud de las cuales otorgue un trato preferencial al servidor provisional que deba ser desvinculado, necesariamente aquel ciudadano debe ostentar las calidades mencionadas con anterioridad (*pre-pensionado o sujeto con debilidad manifiesta*). Al respecto, téngase en cuenta lo siguiente:

“A partir de las posiciones fijadas por diferentes salas de revisión de tutelas, se puede concluir que (i) la decisión de la Administración de excluir del empleo público a quien lo ejerce en provisionalidad, debido a la necesidad de permitir el ingreso de quien ha superado el concurso de méritos, es una medida constitucionalmente adecuada, pues se sustenta en el carácter preeminente de esa modalidad de

¹ Sentencia T-373 de 2017. Corte Constitucional de Colombia.

² Sentencia SU446 de 2011. Corte Constitucional de Colombia.

provisión de cargos; (ii) **sin embargo, la medida no resulta necesaria cuando quien ejerce el empleo en provisionalidad es un sujeto de especial protección constitucional, como sucede con las personas próximas a pensionarse** y, a su vez, concurre un margen de maniobra para la Administración en cuanto a la provisión del empleo, en razón de la diferencia entre las plazas ofertadas y aquellas provistas mediante la lista de elegibles correspondiente, y (iii) una decisión en este sentido se muestra compatible con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, a la vez que resulta respetuosa de los derechos fundamentales de dichos sujetos de especial protección³".

(Resaltado)

3.4. De lo expuesto resulta claro que cuando un ciudadano hubiere ganado el cargo público a través de concurso de méritos, no es imperativo para la administración nombrarlo sin mediar márgenes de acción, cuando quien ejerce dicho cargo en provisionalidad se encuentra próximo a pensionarse (*prepensionado*), precisamente por su fuero de protección reforzada.

3.5. Ahora bien, deberá mirarse el siguiente texto jurisprudencial.

*"(...) a pesar del carácter eminentemente transitorio de los nombramientos en provisionalidad en cargos de carrera, la Corte ha sido enfática en señalar que el servidor que se encuentra en dicha situación administrativa **y, además, es sujeto de especial protección constitucional, como es el caso, entre otros, de las personas en condición de discapacidad o que padecen grave enfermedad**, concurre una relación de dependencia intrínseca entre la permanencia en el empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, particularmente el mínimo vital y la igualdad de oportunidades. De allí que se sostenga por la jurisprudencia que la eficacia de esos derechos depende del reconocimiento de estabilidad laboral en aquellos casos, a través de un ejercicio de ponderación entre tales derechos y los principios que informan la carrera administrativa".*

5.7. *En ese sentido, el ente nominador está en la obligación de brindarle a los servidores en las condiciones especiales anotadas, un trato preferencial, como acción afirmativa, antes de proceder a nombrar en sus cargos a quienes integraron la lista de elegibles una vez superadas todas las etapas del respectivo concurso de méritos. **Ello, con el fin de garantizar el goce real de sus derechos fundamentales (art. 2º Const.) y de llevar a efecto la cláusula constitucional que exige a las autoridades en un Estado Social de Derecho, prodigar una protección especial a las personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta (art. 13, inciso 3º Const.)**.*

5.8. *Así, respecto de las medidas que pueden adoptarse para no lesionar los derechos fundamentales de este grupo de servidores, en la sentencia SU-446 de 2011, la Corte Constitucional destacó la importancia de que los órganos del Estado y, en particular, la Fiscalía General de la Nación, (i) dispongan lo necesario para garantizar que sean los últimos en ser desvinculados y, (ii) de ser posible, procure su reubicación en empleos que aún se encuentren vacantes, iguales o equivalentes a aquellos que venían ocupando en provisionalidad, mientras estos son cubiertos en propiedad mediante el sistema de carrera."*

(Se resalta)

3.6. Se colige, entonces, que tanto el ciudadano pre-pensionado y quien padezca una enfermedad grave, se encuentre discapacitado o afectado por una situación de debilidad manifiesta con ocasión de sus condiciones económicas, físicas o mentales, deberá de ser tratado preferencialmente por

³ Sentencia T-326 de 2014. Corte Constitucional de Colombia.

parte del nominador, procurando su vinculación en otro cargo vacante, entre otras medidas afirmativas.

3.7. Así las cosas, como se dijera en antecedentes párrafos, el mecanismo utilizado por la tutelante no resulta procedente, en primer lugar, porque no resultada ser pre-pensionada, atendiendo que tal calidad hace referencia a *“las personas vinculadas laboralmente al sector público o privado, que están próximas (dentro de los 3 años siguientes) a acreditar los dos requisitos necesarios para obtener la pensión de vejez (la edad y el número de semanas – o tiempo de servicio- requerido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o el capital necesario en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad) y consolidar así su derecho a la pensión”*⁴, y para el caso de análisis, se encuentra que la demandante cuenta con el derecho a pensionarse, conforme se colige del cálculo provisional efectuado por la AFP Porvenir, del que igualmente se concluye que cuenta con el valor necesario para disfrutar de una pensión⁵ (art. 64 de la Ley 100 de 1993), situación que no cabe duda puede corroborarse de su historial laboral consolidada.

3.8. Por tanto, si se suma a la anterior situación que la actora ya cumplió 57 años de edad, según quedó narrado en los hechos de la tutela, es decir que cuenta con la edad de pensión de acuerdo al inciso 1º del numeral 1º del art. 33 *idem*, aunado a que como se dijo, posee saldo suficiente para pensionarse en el régimen de ahorro individual con solidaridad, también es imperioso tener en cuenta que, en caso de salir avante su proceso seguido ante la jurisdicción ordinaria y, en consecuencia, fuera propicio su traslado al régimen denominado de prima media con prestación definida (Colpensiones), igualmente cuenta con más de 1300 semanas cotizadas⁶, necesarias para gozar de una pensión de vejez en dicho régimen (inc. 2º, Num. 2º, Art. 33/ Ley 100 de 1993).

De ese modo, la actora no es una persona próxima a cumplir los requisitos para optar a una pensión, esencialmente porque en su caso ya consulta las dos condiciones prístinas para acceder a ese derecho, muy a pesar de no encontrarse activa en la nómina de alguno de los fondos de pensiones, precisamente porque en la actualidad solo resta por gestionar los trámites para jubilarse con Porvenir S.A., o en su lugar, esperar la decisión de fondo que adopte el Juzgado 26 Laboral del Circuito de esta urbe, respecto al posible traslado a Colpensiones, de todas maneras, valga decir, ya cuenta con el derecho a disfrutar una pensión de vejez en cualquiera de los dos regímenes mencionados.

3.9. Además, si la accionante quisiera continuar cotizando al sistema de pensiones, su situación patrimonial posiblemente se lo permitiría pese a la desvinculación de la Secretaría Distrital de Gobierno, teniendo en cuenta su hoja de vida registrada en el SIDEAP, arimada por dicho órgano, de la cual se advierte que detenta una profesión liberal que le permite en cierta medida subsistir independientemente, y aún más, teniendo en cuenta su historial crediticio consecuente con su currículo profesional, lo mismo que la existencia de dos apartamentos y una casa-lote bajo su dominio, son suficientes para garantizarse una digna subsistencia.

⁴ Sentencia SU-003 de 2018. Corte Constitucional de Colombia.

⁵ Comunicado electrónico del 25 de mayo de 2020, allegado por la AFP Porvenir S.A.

⁶ Histórico laboral aportado con los anexos vía electrónica.

3.10. Ahora, en cuanto al derecho a una estabilidad laboral reforzada que dice gozar la tutelante, ello no es cierto, con ocasión a que la calificación de su capacidad laboral efectuada por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez (11.8%), en sí misma, carece de virtualidad para otorgarle una condición de debilidad manifiesta, lo mismo que las documentales clínicas que solamente dan cuenta de la práctica de una resonancia magnética, una ecografía y una consulta de ortopedia, tampoco hacen concluir que padeciera una grave enfermedad que, le imposibilitara el desarrollo normal de sus funciones.

Así lo ha determinado la jurisprudencia, a saber:

*“una persona en situación de debilidad manifiesta por deterioro en su estado de salud, será titular del derecho a la estabilidad laboral reforzada cuando (i) **se encuentre demostrado que padece de serios problemas de salud;** (ii) cuando no haya una causal objetiva de desvinculación; (iii) subsistan las causas que dieron origen a la relación laboral; y (iv) el despido se haya hecho sin la autorización previa del inspector de trabajo.”*

(Resaltado)

3.11. Es que para la demostración del debilitamiento manifiesto de quienes interponen acción de tutela, debe estar **“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”**, supuesto que no acreditó la accionante, acorde a lo manifestado en el numeral precedente.

4. Lo expuesto conlleva a negar las pretensiones formuladas, en la medida que el mecanismo constitucional elegido no sirve de reemplazo de las herramientas judiciales ordinarias, particularmente, del medio de nulidad y restablecimiento del derecho, donde la parte accionante podrá debatir la nulidad del acto administrativo de desvinculación, atendiendo que no se cumple el presupuesto de *subsidiariedad*, por cuanto se encuentra lejos de padecer una enfermedad grave que la convierta en sujeto de especial protección (*debilidad manifiesta*), y desde luego porque tampoco hace parte de la población próxima a pensionarse, teniendo en cuenta que ya cumple los requisitos para acceder a un pensión de vejez, en cualquiera de los regímenes pensionales existentes.

IV. DECISIÓN

5. En mérito de lo expuesto, el Juzgado Octavo Civil Municipal de Oralidad de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR el amparo de tutela solicitado por el señor **MARÍA MERCEDES ACERO BORBÓN** contra **ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ D.C. – SECRETARÍA DISTRITAL DE GOBIERNO**.

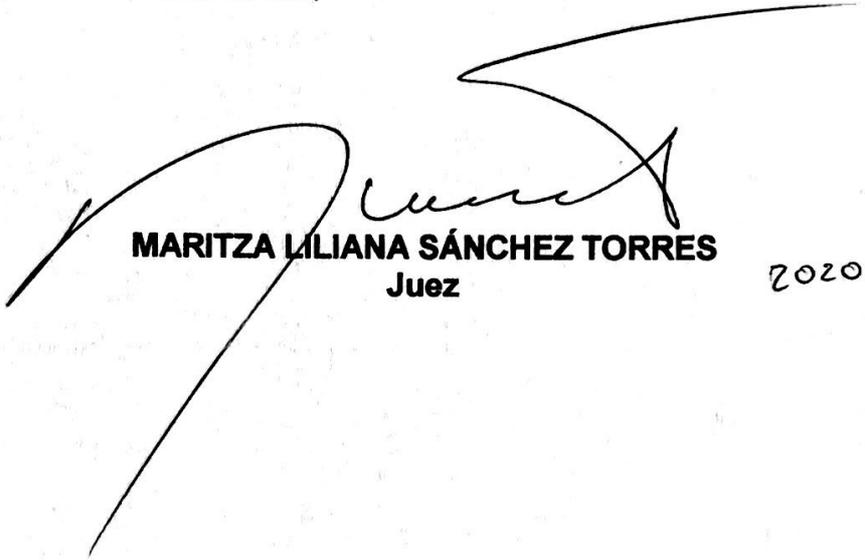
⁷ Sentencia T-899 de 2014. Corte Constitucional.

⁸ *Ibidem*.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE a las partes el fallo que nos ocupa por el medio más expedito, relievándoles el derecho que les asiste para impugnar, si no estuvieren de acuerdo con él, dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

TERCERO: Si no fuere impugnado este proveído y una vez se levante la suspensión de términos de la revisión eventual, **REMÍTASE** la actuación a la H. CORTE CONSTITUCIONAL. (Par. del Art. 2 Acuerdo PCSJA20-11546 del 25 de abril de 2020).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



MARITZA LILIANA SÁNCHEZ TORRES
Juez

2020 - 286

D/S

7