

República De Colombia



Rama Judicial

JUZGADO VEINTICUATRO CIVIL MUNICIPAL

Bogotá D.C., dos (2) de julio de dos mil veinte (2020)

Clase de Proceso: Acción de tutela

Radicación: 1100140030242020 0033100

Accionante: Carlos Eladio Aguirre Gámez.

Accionadas: Alcaldía Mayor de Bogotá y la Secretaría Distrital de Gobierno.

Vinculados: Ana María Gómez Ballén, Comisión Nacional del Servicio Civil- CNSC, Departamento Administrativo de la Función Pública, Colpensiones y Ministerio de Trabajo.

Derechos Involucrados: Igualdad, vida digna, trabajo, estabilidad laboral reforzada, mínimo vital y seguridad social.

En la ciudad de Bogotá D.C., en la fecha antes indicada, **LA JUEZ VEINTICUATRO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ**, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, especialmente las establecidas en el artículo 86 de la Constitución Política y en los Decretos reglamentarios 2591 de 1991 y 1069 de 2015, procede a decidir de fondo la solicitud de amparo constitucional deprecada.

ANTECEDENTES

1. Competencia.

Corresponde a este despacho el conocimiento de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 37 y 2.2.3.1.2.1 numeral 1 de los Decretos 2591 de 1991 y 1069 de 2015, respectivamente, *“A los Jueces Municipales les serán repartidas para su conocimiento en primera instancia, las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier autoridad pública del orden distrital o municipal y contra particulares”*.

2. Presupuestos Fácticos.

Carlos Eladio Aguirre Gámez interpuso acción de tutela en contra de la Alcaldía Mayor de Bogotá y la Secretaría Distrital de Gobierno, para que se le protejan los derechos fundamentales a la igualdad, vida digna, trabajo,

estabilidad laboral reforzada, mínimo vital y seguridad social; los cuales considera están siendo vulnerados por la entidad accionada, dados los siguientes motivos de orden fáctico que se pasan a sintetizar:

2.1. Fue nombrado provisionalmente por el término de seis (6) meses, mediante la Resolución 755 de 29 de diciembre de 2014 de la Secretaría de Gobierno de Bogotá D.C., para desempeñar el cargo de Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 13, dentro de la planta global de esa entidad.

2.2. Mediante la Resolución 392 de 14 de julio de 2015, la Secretaría de Gobierno de Bogotá D.C. resolvió mantener el nombramiento provisional efectuado.

2.3. El cargo que ocupaba fue asignado en periodo de prueba a Ana María Gómez Ballén por intermedio de la Resolución 140 de 10 de febrero de 2020 de la Secretaría de Gobierno de Bogotá D.C., debido a que fue ofertado con la OPEC No. 75780 del proceso de selección No. 740 – 2018 del Distrito Capital, lo que ocasionó la terminación de su nombramiento sin proteger el estatus de prepensionado que goza.

2.4. Previo a lo anterior, específicamente el 5 de julio de 2019, radicó derecho de petición ante la aludida Secretaría, para indicarle que le hacía falta menos de año y medio para adquirir su pensión de vejez, solicitud de la que acusa no se ha brindado respuesta.

2.5. El 20 de febrero de 2020 interpuso nuevo derecho de petición ante la accionada, a efectos de, (i) recordarle su condición de prepensionado al momento de la terminación del nombramiento, (ii) verificar si se tuvieron en cuenta sus evaluaciones de desempeño (iii) cuáles fueron las manifestaciones de los directivos con respecto a su caso, y (iv) sí a la fecha, existen otros cargos en provisionalidad de la planta global de la Secretaría Distrital de Gobierno.

2.6. Consideró que esos pedimentos no fueron contestados de fondo por la Directora de Gestión de Talento Humano de la querellada, pues, aunque su solicitud se encaminó a que le informara si había vacantes de calidad semejante a la que ostentaba y, así remediar su condición de desempleado, no fue reubicado.

2.7. Explicó que su grupo familiar compuesto de su esposa Sonia Patricia de la Peña y de su hija Verónica Aguirre de la Peña de 21 años de edad, sufrió una limitación considerable de sus ingresos, debido a que el salario de su cónyuge no alcanza para cubrir la manutención “*(arriendo, servicios públicos, transportes, alimentación, y demás gastos necesarios para subsistir)*”, y su descendiente depende económicamente de ellos al ser estudiante universitaria. Al punto, de verse en la necesidad de adquirir un crédito en el mes de marzo de 2020 por valor de \$2.000.000, deber cuotas de administración de la copropiedad donde viven por la suma de \$381.912 y que su hija deserte de sus estudios al no poder sufragar la matrícula.

2.8. No ha podido ubicarse laboralmente, pese a postularse a diferentes procesos de selección. En la actualidad tiene 61 años de edad y cuenta con tan solo 1.107,86 semanas cotizadas, faltándole 192,94 para poder acceder a la pensión de vejez.

2.9. Dada la emergencia sanitaria decretada por el Gobierno Nacional por el virus COVID-19, no puede acceder a otro mecanismo, por lo que debe acudir al amparo constitucional.

PETICIÓN DEL ACCIONANTE

Solicitó que se le tutelen los derechos fundamentales a la igualdad, vida digna, trabajo, estabilidad laboral reforzada, mínimo vital y seguridad social. En consecuencia, se le ordene a las accionadas **(i)** lo reintegre en el cargo que ocupaba como Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 13, dentro de la planta global de la Secretaría Distrital de Gobierno de Bogotá D. C. o en uno de similar o uno de mejor condición; **(ii)** revocar parcialmente la Resolución 0140 de 10 de febrero de 2020, en lo concerniente a la terminación de su nombramiento en provisionalidad, para que su lugar, se realice lo necesario a fin de recuperar su posesión hasta la fecha en que se le reconozca la pensión de vejez y sea incluido en la nómina de pensionados y, **(iii)** pague los salarios, primas, reajustes o aumentos de sueldo, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir desde el día 11 de febrero de 2020 a la fecha que su reintegro.

PRUEBAS

Ténganse las documentales militantes en el plenario.

3. Trámite Procesal.

3.1. Mediante auto de 19 de junio de este año, se admitió para su trámite la presente acción de tutela, requiriendo a las accionadas y vinculados para que se manifestaran en torno a los hechos expuestos.

3.2. El Departamento Administrativo de la Función Pública indicó que no le corresponde autorizar, ordenar o revisar los retiros que se realizan en la planta de personal de la Alcaldía Mayor de Bogotá y la Secretaría Distrital de Gobierno, debido a que goza de autonomía e independencia para manejar sus propios asuntos. Por lo que, solicitó su desvinculación por falta de legitimación por pasiva.

Refirió que la estabilidad relativa reconocida a los empleados de provisionalidad que tienen una condición o protección especial cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos. Además, que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para resolver lo pretendido, debido a que existen las acciones de nulidad simple y de nulidad y restableciendo de derecho.

3.3. Colpensiones pidió su desvinculación de la acción constitucional por falta de legitimación en la causa por pasiva, indicando que solamente pueden asumir asuntos relativos a la Administración del Régimen de Prima Media con Prestación Definida en materia pensional.

3.4. La Comisión Nacional del Servicio Civil alegó falta de legitimación en la causa por pasiva y, refirió que el actor no participó en el concurso de méritos para el cargo que hoy exige.

3.5. La Secretaría Distrital de Gobierno manifestó que el accionante conocía la naturaleza del nombramiento en provisionalidad desde su vinculación a la entidad mediante la Resolución 775 de 19 de diciembre de 2014, el cual se utiliza como mecanismo de carácter excepcional y transitorio para proveer temporalmente un empleo de carrera administrativa.

Especificó que conforme lo preceptuado en el artículo 125 de la Constitución Nacional y la Ley 909 de 2004, la totalidad de los derechos de carrera administrativa y su permanencia indefinida en ella, se obtienen únicamente luego de que el funcionario público ha participado en el respectivo concurso de méritos, por lo que la vinculación en provisionalidad no puede ser entendida como una prerrogativa de permanencia perpetua ni la inscripción en la carrera administrativa.

Advirtió que el nuevo nombramiento efectuado surgió de la lista de elegibles expedida por la Comisión Nacional del Servicio Civil, que se emitió como resultado del concurso de méritos, del cual el actor no participó.

Indicó que la tutela es improcedente debido a la naturaleza subsidiaria y residual de la misma, pues, el promotor cuenta con otro medio para controvertir la legalidad de las resoluciones que se emitieron siguiendo los parámetros legales y a fin de proveer las 16 vacantes ofertadas en el cargo de Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 13.

Manifestó que no se cumplen los presupuestos para considerar que el querellante este en condición de prepensionado, en la medida en que le faltan 192,14 semanas cotizadas para acceder al beneficio de pensión, lo que se traduce en 3,84 años, siendo que el requisito para tener esa calidad, es que falten solo 3 años para poder acceder a la prestación en el momento de la desvinculación. Además, que tampoco acredita el estado especial de protección que se le brinda a los padres cabeza de familia.

3.6. El Ministerio de Trabajo solicitó que se declare la improcedencia de la tutela respecto a su entidad por la falta de legitimación en la causa por pasiva. Destacó que existen otros mecanismos de defensa, teniendo en cuenta que la tutela es un medio subsidiario, no sin antes recordar los lineamientos de la vinculación en el empleo público y proceso de selección en el concurso de méritos.

3.7. Al momento de emitir la presente decisión, Ana María Gómez Ballén y la Alcaldía Mayor de Bogotá, no se habían pronunciado.

CONSIDERACIONES

1. Como surge del recuento de los antecedentes, el problema jurídico que ocupa la atención de este Juzgado se circunscribe en establecer si la Alcaldía Mayor de Bogotá y la Secretaría Distrital de Gobierno, transgredieron las garantías fundamentales a la igualdad, vida digna, trabajo, estabilidad laboral reforzada, mínimo vital y seguridad social del tutelante, al desvincularlo laboralmente antes de acceder a su pensión de vejez sin tener en cuenta su condición de prepensionado.

2. El artículo 86 de la Constitución Política de 1991 estableció que toda persona tiene acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, o contra particular frente al cual se encuentre en condiciones de subordinación. Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

3. Es así como se abre paso al estudio de las pretensiones interpuestas por el promotor y se advierte necesario verificar: **(i)** la procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos que desvinculan a funcionarios públicos que ocupan cargos de carrera en provisionalidad; **(ii)** la estabilidad intermedia de los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad que desempeñan cargos de carrera administrativa; y **(iii)** la provisión de cargos a partir de la lista de elegibles, previo concurso de méritos, frente a la protección especial de las personas en situación de discapacidad, las madres y padres cabeza de familia y los prepensionados.

4. En lo que respecta a la procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos que desvinculan a funcionarios públicos que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, en la sentencia T-373 de 2017 se dijo:

“Así, entonces, la jurisprudencia constitucional ha entendido que por regla general la acción de tutela es improcedente cuando se solicita el reintegro de empleados públicos a sus cargos, pues para controvertir los actos administrativos por medio de los cuales la administración decide separarlos de los mismos, existe la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la cual desplaza a la acción de tutela.

No obstante, la Corte Constitucional ha admitido la procedencia excepcional de la tutela para solicitar el reintegro de servidores públicos a los cargos de los que han sido desvinculados, cuando en el caso concreto se advierte 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”

5. Frente a la estabilidad intermedia de los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad que desempeñan cargos de carrera administrativa, en la precitada providencia se indicó:

*“la Corte Constitucional ha señalado algunas medidas que pueden adoptarse para garantizar los derechos fundamentales de quienes ameritan una especial protección constitucional por estar en condiciones de vulnerabilidad. Por ejemplo, en la sentencia de unificación SU-446 de 2011, esta Corporación hizo un pronunciamiento en torno a la relación existente entre la provisión de cargos de carrera mediante concurso de méritos y la protección especial de las personas que ocupan dichos cargos en provisionalidad y se encuentran en circunstancias **especiales tales como las madres y padres cabeza de familia, prepensionados o personas en situación de discapacidad**. Al respecto expresó:*

*“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.***

*“[...] Sin embargo, la Fiscalía General de la Nación, pese a la discrecionalidad de la que gozaba, **sí** tenía la obligación de dar un trato preferencial, como una medida de acción afirmativa a: **i) las madres y padres cabeza de familia; ii) las personas que estaban próximas a pensionarse,** entendiéndose a quienes para el 24 de noviembre de 2008 –fecha en que se expidió el Acuerdo 007 de 2008– **les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión;** y **iii) las personas en situación de discapacidad.***

*“En estos tres eventos la Fiscalía General de la Nación ha debido prever mecanismos para garantizar que las personas en las condiciones antedichas, fueran las últimas en ser desvinculadas, porque si bien una cualquiera de las situaciones descritas no otorga un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos. Como el ente fiscal no previó dispositivo alguno para no lesionar los derechos de ese grupo de personas, estando obligado a hacerlo, en los términos del artículo 13 de la Constitución, esta Corte le ordenará a la entidad que dichas personas, **de ser posible,** sean nuevamente vinculadas en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía de los que venían ocupando.” (Se resalta y subraya).*

6. Finalmente, respecto a la provisión de cargos de la lista de elegibles previó concurso de méritos y la protección especial de las personas en situación de discapacidad, las madres y padres cabeza de familia y los prepensionados, así en la sentencia T-373 de 2017 se reiteró:

“Siguiendo lo indicado por la Sala Plena de esta Corporación en la sentencia de unificación de jurisprudencia SU-446 de 2011, cuando con fundamento en el principio del mérito (art. 125 C.P.) surja en cabeza del nominador la obligación de nombrar de la lista de elegibles a quien superó las etapas del concurso, en un cargo de carrera ocupado en provisionalidad por un sujeto de especial protección como los padres o madres cabeza de familia, limitados físicos, psíquicos o sensoriales y prepensionados, en aplicación de medidas

afirmativas dispuestas en la constitución (art. 13 numeral 3º), y en la materialización del principio de solidaridad social (art. 95 ibídem), se debe proceder con especial cuidado previendo dispositivos tendientes a no lesionar sus derechos y en caso de no adoptarse tales medidas, de ser posible, han de ser vinculados de nuevo en provisionalidad en un cargo similar o equivalente al que venían ocupando, de existir la vacante, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones, tanto para la época de su desvinculación, como en el momento del posible nombramiento.

8. Se precisa que la jurisprudencia del Alto Tribunal, también ha considerado pertinente de forma excepcional que sea tramitado a través de este mecanismo preferente y sumario la solicitud de reintegro laboral cuando el afectado este próximo a pensionarse, siempre y cuando:

“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. En el caso de los prepensionados, 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”¹. (Se resalta y subraya).

9. En el *sub lite*, se resalta en primer lugar, que Carlos Eladio Aguirre Gámez **NO** acreditó que la entidad accionada diera por terminada la relación laboral en provisionalidad que sustentaban faltándole menos de tres años para tener la edad de pensión, lo que de entrada desdibuja la calidad de prepensionado en la que soporta el amparo que reclama.

Ello es así, si en cuenta se tiene que si bien, al **10 de febrero de 2020**, fecha de la emisión de la Resolución 140 mediante la cual fue desvinculado por la Secretaría Distrital de Gobierno, contaba con **61 años** (comoquiera que nació el **19 de junio de 1958**), empero, lo cierto es que, **le faltan 192.14 semanas** para acceder a la prestación, las que se traducen en **3,74 años** (según el documental adjunto con la acción), interregno que excede el tiempo fijado por la jurisprudencia en cita.

Adicionalmente, está acreditado en el plenario que la desvinculación laboral del promotor obedeció a que el cargo de Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 13 que ocupaba en la Secretaría Distrital de Gobierno, fue asignado a Ana María Gómez Ballén quien después de haber surtido el proceso de selección 740 de 2018, hizo parte de la lista de elegibles publicada por la Comisión Nacional del Servicio Civil. Por lo tanto, se advierte que la motivación del retiro del servicio de promotor es razonable.

Tampoco se probó que el promotor sea padre cabeza de familia y/o persona en condición de discapacidad, a efectos de que la Secretaría Distrital de Gobierno esté obligada de prodigarle a Carlos Eladio Aguirre Gámez un trato preferencial.

¹ Sentencia T 325 de 2018.

Por lo anterior, no resulta procedente por esta vía de carácter residual, decidir sobre el reintegro laboral, en cuyo caso será la jurisdicción de lo contencioso administrativo la llamada a decidir sobre lo pretendido, en atención al postulado de subsidiariedad que rige en materia de tutela.

10. De igual forma, se descarta la posible configuración de un perjuicio irremediable, que para su acreditación requiere ser: (i) inminente, (ii) que las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio sean urgentes, (iii) que sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona, y (iv) la urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable.

Lo anterior, debido a que, pese a la disminución de los ingresos del grupo familiar del promotor, las deudas adquiridas y obligaciones dejadas de atender, se mencionó que la señora Sonia Patricia de la Peña, cónyuge del actor mantiene su vínculo laboral, lo que restringe la afectación del mínimo vital.

Finalmente, respecto al argumento del actor concerniente a la imposibilidad de acudir a otro mecanismo judicial ante la emergencia sanitaria decretada por el Gobierno Nacional por el virus COVID-19, ha de decirse que mediante el Acuerdo PCSJA20-11567 de 2020 del Consejo Superior de la Judicatura se dispuso la reanudación de términos judiciales a partir del 1° de julio de este año, lo que se traduce en la posibilidad de acceder a otras vías, para dirimir lo referente al debate sobre la restitución del cargo que ostentaba.

11. Por estas razones, se negará la protección de los derechos invocados, al no observarse vulneración que amerite ser protegida por esta acción constitucional.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el **Juzgado Veinticuatro Civil Municipal de Bogotá D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. - DECLARAR **IMPROCEDENTE** el amparo de la acción de tutela de interpuesta por **Carlos Eladio Aguirre Gámez** en contra de **Alcaldía Mayor de Bogotá** y la **Secretaría Distrital de Gobierno**, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO. - **NOTIFÍQUESE** la presente decisión a los extremos de la acción en forma personal o por el medio más idóneo o expedito posible, relievándoles el derecho que les asiste a impugnarlo dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, sino estuvieren de acuerdo con lo aquí decidido.

TERCERO. - Si la presente decisión no fuere impugnada dentro de la oportunidad legal, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual REVISIÓN. Oficiese. Déjense las constancias del caso.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIANA MARCELA BORDA GUTIÉRREZ
Juez