

REPUBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DÉCIMO CIVIL DEL CIRCUITO**

Bogotá D.C, veintiséis (26) de mayo de dos mil veinte (2020)

REF: IMPUGNACIÓN ACCIÓN de TUTELA No. 11001-41890-39-2020-006-01 de ALEJANDRO FERNÁNDEZ CRUZ, quien actúa en nombre propio y como agente oficioso de la menor ALEJANDRA FERNÁNDEZ ESPINOSA contra SECRETARÍA DISTRITAL DE HACIENDA.

Se resuelve la impugnación formulada por el accionante contra la sentencia del 13 de abril de 2020 proferida por el Juzgado 39 de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá.

ANTECEDENTES

1. Alejandro Fernández Cruz, quien actúa en nombre propio y como agente oficioso su menor hija Alejandra Fernández Espinosa solicitó la protección de sus derechos fundamentales al trabajo, al mínimo vital, salud, seguridad social, estabilidad laboral reforzada, dignidad humana, debido proceso e igualdad, que considera vulnerados por la accionada Secretaria Distrital de Hacienda al ser desvinculado de su trabajo a pesar de su calidad de padre cabeza de familia. En aras de su protección pide le sea reconocida su calidad de padre cabeza de familia de conformidad con lo normado en el artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 648 de 2017 y sea reintegrado a un cargo igual o con mejores condiciones al que ocupaba

2. Los hechos se resumen así:

2.1. Afirma que fue nombrado en el cargo de profesional especializado código 222 grado 24 en la Subdirección de Infraestructura TIC de la Dirección de informática y Tecnología, en la Secretaría Distrital de Hacienda el 1° de noviembre de 2018. Que el 5 de marzo de 2019 radicó ante la entidad accionada una declaración juramentada en donde informó su calidad de padre cabeza de familia, que el 22 del mismo mes y año realizó petición dirigida al subdirector de talento humano de la entidad.

Esgrime que comunicó a la entidad accionada su proceso de separación con la señora Diana Espinosa Reyes por lo que sería quien cubriera el 100 % de las necesidades de su hija, por cuanto la progenitora se había quedado desempleada, al respecto la accionada le informó que su caso sería evaluado y se daría aplicación al parágrafo 2° del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 648 de 2017. Añade que el 9 de marzo del año en curso adjuntó acuerdo de divorcio, tramitado ante la Notaría 14 del Círculo de Bogotá.

Refiere que el 12 de marzo hogaño le fue comunicada la Resolución SDH-00489 de fecha 15 de noviembre de 2019 mediante la cual se dio por terminado su nombramiento en provisionalidad, sin embargo, advierte que no le fue notificado según lo establece el Decreto 1083 de 2015 en su artículo 2.2.5.3.4., por lo que con tal determinación se le ha vulnerado su estado de padre cabeza de familia al igual que sus derechos fundamentales.

Aduce que se encuentra en un limbo laboral que se agudiza por cuanto actualmente Colombia padece del virus denominado COVID-19, lo cual puede causar un daño irreparable a éste y a su menor hija, motivo por el que acude a la tutela para obtener la protección derivada del retén social en procesos de reestructuración administrativa.

Advierte que a la fecha 31 de enero del año en curso existían plazas para la labor que este desempeñaba, donde la accionada podría reubicarlo sumado a que en la fecha de la presentación de la tutela había cargos donde podría ser nombrado.

Añade que junto con su hermano se encargan del sustento de su progenitora la señora Mercedes Cruz Leguizamo quien tiene 78 años de edad, pero con ocasión a la pandemia él es quien debe cubrir la totalidad de su sostenimiento y agrega que al no contar con un sustento económico se deteriora su salud mental.

ACTUACIÓN SURTIDA

3. Admitida la tutela el 3 de abril del año que avanza, el a quo notificó a la accionada y dispuso vincular a la Comisión Nacional del Servicio Civil como a la Alcaldía Mayor de Bogotá, las que contestaron así:

3.1. La accionada secretaría informó que el accionante fue vinculado mediante la Resolución No. SDH-000146 del 1º de octubre de 2018 en el cargo profesional especializado código 222 Grado 24 en la Subdirección de Infraestructura de TIC, de la Dirección de Informática y Tecnología; como también, a través de la Resolución SDH-000164 del 13 de marzo de 2020 se dio por terminado su nombramiento en provisionalidad.

Adujo que mediante Acuerdo No. 542 del 02 de julio de 2015, se convocó concurso abierto de méritos por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la Secretaria Distrital de Hacienda Convocatoria No. 328 de 2015, por lo que una vez culminadas las etapas de selección la entidad con Resolución No. CNSC 20172130020655 del 23 de marzo de 2017, conformó la lista de elegibles integrada por cinco (5) concursantes, para proveer las 2 vacantes ofertadas del empleo de carrera identificado con código OPEC No. 212865,

cargo que desempeñaba el accionante y quien no se encontraba en tal lista de elegibles. Refirió que mediante Resolución No.000489 del 15 de noviembre de 2019 a efectuar los nombramientos en periodo de prueba, y posteriormente realizó el trámite de posesión de los elegibles, pues dichos nombramientos tuvieron como causa legal la utilización de la lista de elegibles comunicada por la CNSC, lo cual conllevó a la desvinculación de dos servidores vinculados en carácter de provisionalidad, entre ellos al accionante, quien en acto motivado se le dio por terminada su provisionalidad, pues dicho cargo forzosamente debía ser provisto según el orden de elegibilidad.

Finalmente adujo que previo a su desvinculación, el 16 de abril de 2019 se dio respuesta a las solicitudes presentadas por el actor, señaló que se procuró garantizar hasta última instancia el empleo del tutelante ya que se sostuvo el mismo hasta la fecha de posesión del último elegible correspondiente a la OPEC 212865 y que la desvinculación de provisional no devino de un acto arbitrario de la administración sino del cumplimiento de un mandato constitucional y legal y que respeto el debido proceso y los derechos fundamentales del accionante.

3.2. La Comisión Nacional del Servicio Civil adujo que no le corresponde excluir de la convocatoria empleos o vacantes en los que puedan encontrarse sujetos de especial protección constitucional, toda vez que existe un procedimiento legalmente establecido para ocupar los cargos de carrera, el cual se cumplió frente al cargo objeto de queja constitucional, bajo la precisión que la vinculación que ostentaba la accionante era en provisionalidad, es decir, un nombramiento de carácter transitorio que deben ser provistos a través de concurso de mérito para lo cual finalizado el mismo, se procede a la expedición de las listas de elegibles.

3.3. La Alcaldía Mayor de Bogotá instó declarar improcedente el amparo respecto a la entidad por no ser empleador del accionante ni tener relación alguna con los hechos, por lo que alegó falta de legitimación en la causa por pasiva.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez 39 de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá negó el amparo deprecado, tras señalar que del examen de las pruebas allegadas se deduce que la desvinculación laboral del actor quien se venía desempeñando en provisionalidad no devino de un acto ilegal, por razón que se originó con ocasión a que el empleo con código OPEC No. 212865 fue ofertado en Convocatoria No. 328 de 2015 y, una vez culminaron las etapas de selección la Comisión Nacional del Servicio Civil mediante Resolución No. CNSC 20172130020655 del 23 de marzo de 2017, conformó la lista de elegibles, para que diera paso a que dicho cargo fuera provisto en la entidad correspondiente según el orden de elegibilidad. Agregó que la Resolución SDH-000164 del 13 de marzo de 2020, mediante la cual se dio

por terminado su nombramiento en provisionalidad, fue debidamente motivada y todas las peticiones del actor fueron debidamente contestadas y puestas en conocimiento de éste.

5. LA IMPUGNACIÓN

El accionante impugnó el fallo, en resumen, porque el juzgador desconoció la documental allegada al donde se corrobora su calidad de padre cabeza de familia y consecuente estado de vulnerabilidad, subrayó también que la entidad accionada hizo incurrir en error al a quo, por ende, procede la tutela como mecanismo de protección para evitar un perjuicio irremediable ante la actual crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19.

6. CONSIDERACIONES

En forma reiterada, la Corte Constitucional al interpretar el contenido y alcance del artículo 86 superior, ha señalado que el propósito de dicho amparo se limita a la protección inmediata y actual de los derechos fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares en los casos expresamente consagrados en la ley.

Bajo este contexto, el propósito de la acción de tutela, como lo establece dicho artículo, se limita a que el Juez Constitucional administre justicia en el caso concreto y profiera las órdenes que considere pertinentes frente a quien con su acción u omisión ha amenazado o vulnerado derechos fundamentales, ello con el fin de procurar la defensa actual y cierta de los mismos.

El escrito impugnatorio presentado por el accionante se contrae, en esencia, a reiterar que al ostentar la calidad especial de padre cabeza de familia ciertamente gozaba de una estabilidad laboral y en consecuencia, debía recibir una protección especial a fin de no vulnerar la entidad accionada sus derechos fundamentales, por lo cual resalta que es viable el reintegro solicitado.

Antes de entrar a determinar si la decisión del *a quo* se ajustó a los derroteros fijados jurisprudencialmente sobre la materia, debe recordarse que frente al tópico la Corte Constitucional ha sostenido que:

"(...) los servidores públicos que ocupan en provisionalidad un cargo de carrera gozan de una estabilidad laboral relativa, lo que implica que únicamente pueden ser removidos por causas legales que obran como razones objetivas que deben expresarse claramente en el acto de desvinculación, dentro de las que se encuentra la provisión del cargo que ocupaban, con una persona de la lista de elegibles conformada previo concurso de méritos. En esta hipótesis, la estabilidad laboral relativa de las personas vinculadas en provisionalidad cede frente al mejor derecho de quienes superaron el respectivo concurso.

En ese sentido, 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.

(...) Sin embargo, esta Corte ha reconocido que dentro de las personas que ocupan en provisionalidad cargos de carrera, pueden encontrarse sujetos de especial protección constitucional, como las madres y padres cabeza de familia, quienes están próximos a pensionarse y las personas en situación de discapacidad, a los que, si bien por esa sola circunstancia no se les otorga un derecho indefinido a permanecer en ese tipo de vinculación laboral, en virtud del derecho ostentado por las personas que acceden por concurso de méritos, sí surge una obligación jurídico constitucional (art. 13) de propiciarse un trato preferencial como medida de acción afirmativa.

Por lo anterior, antes de procederse al nombramiento de quienes superaron el concurso de méritos, han de ser los últimos en removerse y en todo caso, en la medida de las posibilidades, deben vincularse nuevamente en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que venían ocupando, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones especiales al momento de su desvinculación y al momento del posible nombramiento. "La vinculación de estos servidores se prolongará hasta tanto los cargos que lleguen a ocupar sean provistos en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional, contenidos, entre otras, en la sentencia SU-917 de 2010".

Descendiendo al caso concreto y una vez verificada la documentación aportada a las presentes diligencias, es evidente que el fallo emitido por el *a quo* debe ser confirmado por las razones que pasarán a exponerse.

Constata este juzgador que la desvinculación laboral del señor Fernández Cruz quien laboraba en provisionalidad no se suscitó por un acto injustificado o arbitrario de la entidad accionada, pues su desvinculación obedeció a un lineamiento normativo y constitucional derivado de la expedición de la lista de elegibles para proveer los cargos que estuvieron ocupados en provisionalidad, como aquel en el que el actor se encontraba. Ciertamente el empleo con código OPEC No. 212865 es de naturaleza administrativa y fue ofertado en mediante concurso de méritos a través de la Convocatoria No. 328 de 2015, por lo que una vez se superaron las etapas de selección la Comisión Nacional del Servicio Civil mediante Resolución No. CNSC 20172130020655 del 23 de marzo de 2017 se concretó la lista de elegibles y fue provisto el cargo que ocupaba el accionante conforme la aludida lista.

La Resolución SDH000164 del 13 de marzo del año en curso, que dio por terminado el nombramiento en provisionalidad del actor, estuvo debidamente motivado al apoyarse en la resolución No. 20172130020655 mediante la cual se expidió la lista de elegibles para proveer dos vacantes del empleo de carrera identificado en la OPEC No. 212865 ofertado a través de la Convocatoria No. 328 de 2015.

¹ Sentencia T-373/17

A juicio de este juzgador la motivación del retiro del servicio del señor Fernández Cruz es razonable y consecuentemente, no se evidencia, la utilización abusiva y arbitraria de una facultad legal para encubrir un trato discriminatorio, tampoco se advierte que el actor sea un sujeto de especial protección constitucional que amerite por parte de la entidad accionada prodigar un trato preferencial por su presunta condición de padre cabeza de familia.

Téngase en cuenta que previo a proveer el pluricitado cargo la entidad accionada emitió respuesta a las peticiones radicadas por el señor Fernández Cruz mediante radicados No. 2019ER23449 del 5 de marzo de 2019, 2019ER32354 del 22 de marzo de 2019, 2019ER36276 del 1º de abril de 2019, y 2019ER36852 del 2 de abril de 2019, donde le indicaron que su situación sería evaluada conforme la ley, sin embargo la entidad consideró que el petente no cumplía con los requisitos para tener tal calidad. Situación que este despacho tampoco encuentra debidamente acreditada conforme la normatividad que rige el tema, pues que el accionante ostente la custodia y el cuidado personal de su menor hija, tal circunstancia por sí sola no conlleva a reconocerle dicha calidad, por cuanto conforme lo señaló el juez de primer grado, el accionante no demostró que la progenitora de la menor se sustrajera del cumplimiento de sus obligaciones o que no estuviese dispuesta en asumir las responsabilidades que le corresponden.

El desarrollo de este tema se dio a partir de la sentencia SU-388 de 2005 en donde se unificó la jurisprudencia relativa a la protección de las madres cabeza de hogar en el retén social y se establecieron los requisitos a exigir al momento de catalogar a un trabajador reclamante, como "padre cabeza de familia", para poder ser beneficiario de las prerrogativas dispuestas dentro del "retén social". Sobre los criterios, la aludida sentencia precisó lo siguiente:

"(...)9 En efecto, para tener dicha condición es presupuesto indispensable (i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental ó, como es obvio, la muerte; (v) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar.

Así pues, la mera circunstancia del desempleo y la vacancia temporal de la pareja, o su ausencia transitoria, por prolongada y desafortunada que resulte, no constituyen elementos a partir de los cuales pueda predicarse que una madre tiene la responsabilidad exclusiva del hogar en su condición de madre cabeza de familia.(...)"

Valga reiterar que la Corte Constitucional ha manifestado que el status de padre cabeza de familia tiene como presupuesto indispensable que esté a su cargo la dirección del hogar al igual que esa responsabilidad sea de carácter permanente, hecho que no se verificó en el presente caso para acreditar debidamente la alegada condición de estabilidad laboral reforzada.

En suma, se confirmará la sentencia de primera instancia.

7. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el suscrito **JUEZ DÉCIMO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

8. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 11 de mayo de 2020 por el Juzgado 39 de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de esta ciudad, por lo anotado en precedencia.

SEGUNDO: REMITIR el expediente, después de libradas las comunicaciones del caso, a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



FELIPE PABLO MOJICA CORTES
JUEZ