



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

**JUZGADO 39 DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MULTIPLE
DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**
j39pccmbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D. C., dieciséis (16) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Ref. ACCIÓN DE TUTELA No. 11001-41-89-039-2020-00608-00

ACCIONANTE: DAYAN ELIZABETH TENJO.

**ACCIONADA: ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ – SECRETARÍA
DISTRITAL DE EDUCACIÓN.**

Procede el Despacho a resolver la acción de tutela de la referencia, una vez rituado en legal forma el trámite correspondiente.

1. Hechos

Se exponen como fundamentos de la tutela, en síntesis que, la accionante se desempeñó en el cargo en planta provisional como Secretaria de Rectoría del Colegio Distrital María Cano IED de la localidad Rafael Uribe Uribe hasta el pasado 19 de agosto, el cual entró en concurso de méritos empero no logró el resultado para ocuparlo, sin embargo en el año 2018 radicó documentación ante la entidad demostrando su condición de madre cabeza de hogar, la cual fue atendida.

Que mediante la Resolución No. 1125 del 30 de julio del año que transcurre se realizó su reemplazo con ocasión al nombramiento de un nuevo funcionario, indicándosele además que no sería atendida su solicitud en razón al concurso efectuado, vulnerando de esta manera su condición de madre cabeza de hogar (cuenta con un hija menor) sumado a su patología de trastorno de ansiedad y depresión ocasionada por la carga laboral, situación de la cual se encontraban enterados sus jefes, ya que era estos quienes le otorgaban los permisos para asistir a sus citas correspondientes.

Señala que la resolución mediante la que se efectúa el nombramiento del nuevo funcionario, ganador del concurso, no le fue notificada de manera personal o electrónica dentro de los términos correspondientes. Seguidamente, resalta su antigüedad dentro de la entidad por más de 15 años, primero como contratista y luego a través de provisionalidad, por ello, manifiesta la procedencia de la acción constitucional debido a su vulnerabilidad.

2. La Petición

Con fundamento en lo anterior, solicitó se ampare sus derechos fundamentales a la vida, salud, igualdad, seguridad social, mínimo vital y protección laboral, en consecuencia, se le ordene a la Secretaria Distrital de Educación reintegrar a la accionante a un cargo de igual o mayor jerarquía al que venía desempeñando, al igual que se deje sin efectos la Resolución 1125 de julio de 2020 como consecuencia de la falta de notificación personal de dicho acto.

3.- Trámite Procesal

Una vez admitida la presente acción, se ordenó la notificación a la accionada y las vinculadas, a efectos de que ejercieran el derecho a la defensa sobre los hechos alegados, en donde la primera, la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DISTRITO**, realizó un recuento de los hechos, resaltando que las pretensiones de la accionante son improcedentes, por cuanto no pueden ser resueltas mediante el mecanismo constitucional de la acción de tutela ya que, asegura, los nombramientos provisionales no pueden tener vocación de permanencia o equipararse a un nombramiento en periodo de prueba o propiedad, y en caso de pretender algún reintegro no es la instancia para estudiar tal solicitud, sino en la jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Que "...al existir un mecanismo ordinario en el cual se puede debatir el objeto de la presente acción, el cual cuenta con medidas cautelares que garantizan la protección de los derechos alegados, no es procedente pretermitir el estudio de legalidad del acto administrativo que nombró en periodo de prueba al ganador de la convocatoria y desvinculó del mismo cargo a la accionante, máxime si se tiene en cuenta que las convocatorias son públicas, así como la naturaleza de los nombramientos en provisionalidad" y resalta que se pretende con el amparo deprecado dejar sin efectos la Resolución 1125 del 30 de julio, mediante la cual se dio por finalizada la vinculación de provisionalidad de la accionante como auxiliar administrativo código 407, grado 24, en el Colegio María Cano IED como consecuencia del nombramiento en periodo de prueba del elegible Rojas Duarte.

Manifestó que la Comisión Nacional del Servicio Civil mediante Convocatoria número 427 de 2016, convocó a concurso abierto de méritos para proveer los empleados generados por vacancias definitivas en la Secretaría de Educación del Distrito y, cumplidas todas las etapas del concurso, la CNSC expidió la Resolución No. CNSC-20182330121525 del 21 de agosto de 2018, mediante la cual se adoptó la lista de elegibles para proveer la vacante correspondiente del empleo denominado auxiliar administrativo, la cual quedó en firme el 5 de septiembre de 2018.

Por último, afirma dar cumplimiento al artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, modificado por el artículo 1° del Decreto 648 de 2017, estableciéndose el orden para la provisión definitiva de los empleos de carrera de la Secretaría accionada, dando utilización a la lista de elegibles producto del concurso abierto de méritos, efectuando el respectivo nombramiento en periodo de prueba de los elegibles establecidos en la Resolución antes mencionada. De manera que, frente a la protección laboral alegada, asevera que la oficina de personal corroboró que la accionante presentó mediante solicitud E-2018-82686 del 18 de mayo de 2018 protección para mantener su vinculación provisional derivada de su condición de madre cabeza de familia, dándosele respuesta S-2018-98175 del 28 de mayo de 2018 en donde le indicó que sería definida su situación una vez se contara con la lista de elegibles que proporcionase la Comisión Nacional y, teniendo en cuenta que la lista de elegibles correspondiente a la OPEC 32859 se encuentra conformada por un número mayor al de los cargos a proveer, dicha protección era desfavorable, además de los derechos adquiridos por meritocracia y con ocasión de los concursos de méritos.

Por su parte, el **MINISTERIO DEL TRABAJO**, realizó un recuento normativo frente al carácter subsidiario de la acción de tutela, al igual que sobre la vinculación del empleo público, de manera similar, señaló la existencia de medio judicial ordinario en virtud del principio de subsidiariedad de la acción de tutela, sin perjuicio de la decisión constitucional, al paso solicitó la improcedencia de la acción con relación al

Ministerio y, en consecuencia, exonerarlo de responsabilidad alguna que se le endilga por falta de legitimación en la causa.

La **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC**, expuso que mediante el acuerdo No. CSNC-20161000001286 de 29 de julio de 2016, se ordenó convocar a concurso abierto de méritos con la finalidad de proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., identificada como convocatoria No. 427 de 2016 -SED Bogotá Planta Administrativa, por lo que la Secretaría accionada reportó a la CNSC dentro de la oferta pública de empleos de carrera – OPEC., 35 vacantes definitivas del empleo denominado Auxiliar Administrativo, código 407, grado 24, identificado con el código OPEC No. 32859.

Por lo que afirmó, una vez adelantado el proceso de selección, mediante Resolución No CNSC-20182330121525 del 21 de agosto de 2018, en firme el día 5 de septiembre de 2018, se conformó la lista de elegibles para proveer 35 vacantes del empleo ya mencionado dentro de la cual el señor Rojas Duarte ocupó la posición 53, sin embargo, resalta que la accionante también participó en dicho proceso de selección, empero como quiera que no superó las pruebas de competencias básicas y funcionales fue excluida.

Así las cosas, aseveró que: “... ante la existencia de una lista de elegibles en firme, producto de un proceso de selección, corresponde a la administración proceder a realizar los nombramientos en período de prueba y posesión de los elegibles que se hallen en posición de mérito dentro la lista respectiva, sin que frente a ellos sea oponible la condición de provisionalidad de un servidor público, ni aun tratándose de fuero sindical. Sobre este punto hay que mencionar que el artículo 24 del Decreto 760 de 2005, prevé: “No será necesaria la autorización judicial para retirar del servicio a los empleados amparados con fuero sindical en los siguientes casos: (..) 24.3. Cuando los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado no ocupare los puestos que permitan su nombramiento en estricto orden de mérito” y “Tratándose de listas de elegibles en firme, el numeral 4 del artículo 31 de la ley 909 de 2004 señala que con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC elaborará en estricto orden de mérito las listas de elegibles para la provisión de las vacantes sometidas a concurso”.

Concluyó mencionando que, las pretensiones de la acción frente a la Comisión no surten efecto alguno, dado que ha cumplido a cabalidad las reglas del concurso hasta la firmeza de las listas de elegibles, ya que lo concerniente a los procesos posteriores como nombramientos en periodo de prueba, forman parte de las actuaciones debidas por las instituciones involucradas, así que propuso ausencia de legitimación en la causa por pasiva.

La última vinculada, la **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SANITAS S.A.S.**, informó que la accionante se encuentra activa en la EPS y ostenta la calidad de cotizante dependiente de la Secretaría accionada contando con 624 semanas de antigüedad ante el SGSSS, y que en virtud de la Ley 1581 de 2012 requiere que de la existencia de una orden adicional para emitir información detallada frente a la usuaria en aras de conservar la protección de datos personales, al paso menciono la improcedencia de la acción de tutela por inexistencia de violación de derechos fundamentales, y la falta de legitimación en la causa por pasiva.

II. CONSIDERACIONES:

De la Acción de Tutela:

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.

La acción de tutela en consecuencia es viable, cuando quiera que un derecho fundamental constitucional se encuentre bajo amenaza o vulneración, situación que deberá ser demostrada o probada, por quien reclama su protección.

Es entonces caracterizada la acción de tutela por ostentar un carácter residual o subsidiario y, por tanto, excepcional, esto es, parte del supuesto de que en un Estado social de derecho como el que consagró el constituyente de 1991, existen mecanismos ordinarios para asegurar la protección de estos intereses de naturaleza fundamental. En este sentido, resulta pertinente destacar, que el carácter residual de este especial mecanismo obedece a la necesidad de preservar el reparto de competencias establecido por la constitución a las diferentes autoridades y que se fundamenta en los principios de autonomía e independencia judicial.

Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que la ineficacia de los instrumentos ordinarios puede derivarse de tres supuestos de hecho en concreto: (i) cuando se acredita que a través de estos le es imposible al actor obtener un amparo integral a sus derechos fundamentales y, por tanto, resulta indispensable un pronunciamiento por parte del juez constitucional que resuelva en forma definitiva la litis planteada; (ii) cuando se evidencia que la protección a través de los procedimientos ordinarios no resulta lo suficientemente expedita como para impedir la configuración de un perjuicio de carácter irremediable, caso en el cual el juez de la acción de amparo se encuentra compelido a efectuar una orden que permita la protección provisional de los derechos del actor, mientras sus pretensiones se resuelven ante el juez natural; y (iii) cuando la persona que solicita el amparo ostenta la condición de sujeto de especial protección constitucional y, por tanto, su situación requiere de una especial consideración.

En este sentido, la jurisprudencia ha establecido ciertos criterios con base en los cuales es posible determinar la ocurrencia o no de un perjuicio que pueda considerarse irremediable. Entre ellos, se encuentran: (i) estar ante un perjuicio inminente o próximo a suceder, lo que exige un grado suficiente de certeza respecto de los hechos y la causa del daño; (ii) de ocurrir, no existiría forma de repararlo; (iii) el perjuicio debe ser grave, esto es, que conlleve la afectación de un bien susceptible de determinación jurídica que se estima como altamente significativo para la persona; (iv) se requieran medidas urgentes para superar la condición de amenaza en la que se encuentra, las cuales deben ser adecuadas frente a la inminencia del perjuicio y, a su vez, deben considerar las circunstancias particulares del caso; y (v) las medidas de protección deben ser impostergables, lo que significa que deben responder a condiciones de oportunidad y eficacia, que eviten la consumación del daño irreparable.

Problema Jurídico

En el caso objeto de análisis, el problema jurídico consiste en determinar si la accionante se encuentra cobijada con estabilidad laboral reforzada derivada de su condición de madre cabeza de familia y, por ende, si se han vulnerado los derechos fundamentales a la vida, salud, trabajo, seguridad social y estabilidad laboral reforzada con ocasión a la terminación de su cargo en provisionalidad, debido al nombramiento en carrera del mismo.

De la Estabilidad Laboral

El derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada “...es una garantía de la cual son titulares las personas que tengan una afectación en su salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, con independencia de si tienen una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda”¹. Dicha garantía es predicable de cualquier modalidad contractual cuando el trabajador se encuentra en alguna situación de debilidad manifiesta².

“[L]a garantía de estabilidad es aplicable frente a cualquier modalidad de contrato **y con independencia de si el origen de la enfermedad del trabajador es laboral o común.** a) En la sentencia T-765 de 2015 se aclaró que este tipo de estabilidad **también se predica de los contratos de trabajo a término fijo y por labor u obra contratada, siempre que se cumplan las exigencias que han sido estructuradas por esta Corporación en los siguientes términos**“(...) **el vencimiento del plazo pactado o la culminación de la obra, no resulta suficiente para legitimar la determinación de un empleador de no renovar esa clase de contratos o darlos por terminado cuando: (i) subsiste la materia del trabajo, las causas que lo originaron o la necesidad del empleador; (ii) el trabajador ha cumplido efectivamente sus obligaciones contractuales; y (iii) se trate de una persona en una situación de debilidad. Por ello, el trabajador que goza de estabilidad laboral reforzada, no puede ser desvinculado sin que exista una razón objetiva para terminar el vínculo laboral y medie la autorización de la oficina del trabajo, que respalde dicha decisión**”³. (se destaca)

También se ha dicho que la ausencia de autorización por parte del Ministerio del Trabajo provoca determinadas consecuencias “(i) que el despido sea absolutamente ineficaz; (ii) que en el evento de haberse presentado éste, corresponde al juez ordenar el reintegro del afectado y, (iii) que sin perjuicio de lo

1 Sentencia T-188 de 2017

2 “Ahora bien, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la protección laboral reforzada en comento no sólo se aplica a quienes tienen la calidad de inválidos o discapacitados. Por el contrario, en criterio de esta Corporación, la estabilidad laboral reforzada se hace extensiva a todos los trabajadores que se encuentren en una situación de debilidad manifiesta como consecuencia de la grave afectación de su estado de salud (...)”**Aquellos trabajadores que sufren una disminución en su estado de salud durante el transcurso del contrato laboral, deben ser consideradas como personas que se encuentran en situación de debilidad manifiesta, razón por la cual frente a ellas también procede la llamada estabilidad laboral reforzada, por la aplicación inmediata de la Constitución.** La protección legal opera por el sólo hecho de encontrarse la persona dentro de la categoría protegida, consagrando las medidas de defensa previstas en la ley. Por su parte, el amparo constitucional de las personas en circunstancia de debilidad manifiesta permite al juez de tutela identificar y ponderar un conjunto más o menos amplio y variado de elementos fácticos para deducir la ocurrencia de tal circunstancia y le da un amplio margen de decisión para proteger el derecho fundamental amenazado o restablecerlo cuando hubiera sido vulnerado.” (Negrilla fuera del texto original).” Sentencia T-263 de 2009, Corte Constitucional.

3 Sentencia T 521 de 2016.

dispuesto, el empleador desconocedor del deber de solidaridad que le asiste con la población laboral discapacitada, pagará la suma correspondiente a 180 días de salario, a título de indemnización, sin que ello signifique la validación del despido. Además, se deberán cancelar todos los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde la fecha del despido hasta el momento en el cual proceda el reintegro”⁴.

Servidores en Provisionalidad

Ahora bien, el amparo constitucional puede ser procedente, de manera transitoria, cuando se involucren y afecten los derechos de personas que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta por causa de su condición económica, física o mental y, adicionalmente, en los casos en los cuales se predica el derecho a la **estabilidad laboral reforzada**, condición que se hace extensiva no sólo a la mujeres en estado de embarazo, sino a las personas con limitación en su estado de salud, entre otros⁵.

De un lado, resulta necesario enfatizar que para la Corte están amparados por la protección prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, no solamente, *“...aquellas personas que tienen la condición de discapacitados, de acuerdo con la calificación efectuada por los organismos competentes, sino también, quienes se encuentran en una situación de debilidad manifiesta, ya sea por acaecimiento de un evento que afecta su salud, o de una limitación física, sin importar si ésta tiene el carácter de accidente, enfermedad profesional, o enfermedad común, ni si es de carácter transitorio o permanente”⁶.*

Del otro, frente a las personas que se encuentran en estado de vulnerabilidad pero además ostenten la calidad de **funcionario público**, la Corte Constitucional ha señalado su especial protección, de tal suerte que antes de ser desvinculados, por parte del empleador se debe tomar las medidas correspondientes en aras de primar la protección de los trabajadores que se encuentren en situación de desprotección al igual que el acto administrativo por medio del cual se dará por terminada la relación laboral sea motivado, según lo señaló en T-373 de 2017:

*“(...)pese a la potestad de desvincular a los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad en un cargo de carrera, para no vulnerar los derechos fundamentales de aquellas personas que están en condición de vulnerabilidad deben **observarse unos requisitos propios de estabilidad relativa o intermedia de que son titulares**, entre ellos (i) la adopción de medidas de acción afirmativa tendientes a proteger efectivamente el especial contexto de las personas vinculadas en provisionalidad y, (ii) la motivación del acto administrativo de desvinculación.*

(...) Si bien estas personas no tienen un derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, pues este debe proveerse por medio de un concurso de méritos, sí debe otorgárseles un trato preferencial como acción afirmativa, antes de efectuar el nombramiento de quienes ocuparon los primeros puestos en la lista de elegibles del respectivo concurso de méritos, con el fin de garantizar el goce efectivo de sus derechos fundamentales. Ello en virtud de los mandatos contenidos en los incisos 2º y 3º del artículo 13 Superior, relativos a la adopción de medidas de protección a favor de grupos vulnerables y personas en condición de debilidad

⁴ Sentencia T-092 de 2016.

⁵ Véase Sentencia T-1040 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil y Sentencia T-125 del 24 de febrero de 2009. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁶ Véase, Sentencia T-830 del 28 de agosto de 2008. M.P. Mauricio González Cuervo.

manifiesta, y en las cláusulas constitucionales que consagran una protección reforzada para ciertos grupos sociales, tales como las madres cabeza de familia (art. 43 CP), los niños (art. 44 CP), las personas de la tercera edad (art. 46 CP) y las personas con discapacidad (art. 47 CP) (...).

Así mismo indicó que frene a “[l]os 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.”

Aunado a lo anterior, la H. Corte Constitucional ha sido enfática en señalar los casos en donde un funcionario público en provisionalidad sea desvinculado porque el cargo en que se desempeñaba ha sido designado a otra persona por concurso de méritos, evento en el cual, el empleador deberá estimar concretamente si aquel trabajador ostenta la calidad de padre, madre cabeza de familia, padece de alguna limitación física, psíquica o sensorial, si es pensionado, para luego implementar medidas a efectos de brindar la protección de sus derechos, así lo expuso en T-462 de 2011, indicando que:

*“(...) 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 una persona calificada de padre o madre cabeza de familia, limitados físicos, psíquicos o sensoriales y prepensionados, en aplicación de medidas afirmativas dispuestas en la constitución (art. 13 numeral 3°), y en la materialización del principio de solidaridad social (art. 95 ibídem, se debe proceder con especial cuidado previniendo 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** y, siempre y cuando **demuestren una de esas condiciones, tanto para la época de su desvinculación, como en el momento del posible nombramiento** (...).*

Subsidiaridad.

Debe precisarse que, para aquellos eventos en que existen otros medios de defensa judicial, la jurisprudencia ha consagrado una excepción para la procedencia de la acción de tutela, como mecanismo transitorio, y se presenta cuando se ejercita para evitar un perjuicio irremediable.

Ahora, bajo ese contexto el perjuicio irremediable no es cualquier situación, ni cualquier daño, tal y como lo ha señalado la jurisprudencia, en Sentencia de Tutela-956 de 2013, mediante la cual indica que no basta *“cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona”*.

Así, pues, “[l]a gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la

amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente. La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. (Subraya fuera de texto)

Si hay postergabilidad de la acción, esta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social”.

Acción de Tutela contra Actos Administrativos de carácter particular y concreto

En materia de actos administrativos de contenido particular y concreto, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que por regla general la acción de tutela no es procedente para controvertir actos administrativos toda vez que las discrepancias suscitadas por la aplicación o interpretación de los mismos deben ser dirimidas a través de la jurisdicción contenciosa administrativa. No obstante, en criterio de la Corte, la aceptación de la procedencia excepcional de la acción de tutela contra los actos administrativos depende de si el contenido de los mismos implica una vulneración evidente de los derechos fundamentales o la amenaza de la ocurrencia de un perjuicio irremediable de tal magnitud que obligue la protección urgente de los mismos.

Reten social respecto de las madres cabeza de familia

Es de igual relevancia precisar las principales reglas que ha establecido la jurisprudencia constitucional en la aplicación del denominado “retén social” de cara a la desvinculación de madres o padres cabeza de familia, manifestó frente a ello la Corte Constitucional que:

(i) En los procesos de modificación de la estructura de la administración pública (reestructuración, fusión, o liquidación de entidades, por ejemplo) en los que exista supresión de cargos, las entidades públicas deben observar los parámetros propios de la estabilidad laboral de los servidores públicos beneficiarios del denominado “retén social”.

(ii) La estabilidad laboral derivada del “retén social” es aplicable tanto para funcionarios de carrera administrativa como para servidores vinculados en provisionalidad, así como para trabajadores oficiales. No obstante, cuando se trata de la permanencia de trabajadores beneficiarios del “retén social” vinculados en provisionalidad por un término definido, la administración puede retirarlos cuando existan razones objetivas del servicio que justifiquen de manera suficiente la desvinculación de dichos funcionarios.

(iii) Los trabajadores que alegan ser beneficiarios del “retén social” deben informar oportunamente a su empleador esta circunstancia, so pena de perder su derecho a recibir la protección especial derivada de su condición, en razón de su falta de diligencia.

(iv) La estabilidad laboral reforzada de la cual son titulares los beneficiarios del “retén social” cubre tanto al sector central de la administración pública como al descentralizado. Así mismo, es predicable de los servidores públicos vinculados a instituciones del orden nacional y de las entidades territoriales.

(v) Las medidas que adopten las entidades públicas en el marco de la aplicación de la protección derivada del denominado “retén social” no pueden implicar un trato discriminatorio entre las personas o grupos que son titulares de especial protección. Por tanto, no sería admisible garantizar la estabilidad laboral de las personas en situación de discapacidad y excluir de protección a los “pre pensionados”.

(vi) Finalmente, se reitera que la estabilidad laboral originada en el llamado “retén social” no es absoluta. Por tanto, los titulares de esta protección pueden ser desvinculados cuando medie una justa causa de terminación de la relación laboral debidamente comprobada. Además, su estabilidad laboral se materializa mediante el reintegro —siempre y cuando ello se encuentre dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas— y se extiende hasta la terminación definitiva del proceso liquidatorio de la entidad respectiva o hasta que cesen las condiciones que originan la especial protección”

Caso Concreto

Descendiendo al sub examine y de las pruebas recaudas dentro del plenario, se torna imperativo señalar, delantamente, que la desvinculación de provisional no devino de un acto arbitrario pues ello se ocasiono debido a que el empleo con código OPEC No. 32859, cargo que desempeñaba la accionante fue ofertado en Convocatoria No. 427 de 2016, pues una vez culminaron las etapas de selección la Comisión Nacional del Servicio Civil mediante Resolución No. CNSC 20182330121525 del 21 de agosto de 2018, en firme el 5 de septiembre de 2018 conformó la lista de elegibles, para que diera paso a que dicho cargo fuera provisto en la entidad correspondiente según el orden de elegibilidad, concurso en el cual fue participe la aquí accionante.

Téngase en cuenta que la actora tenía pleno conocimiento de las condiciones que rodeaban su posesión pues en su resolución de nombramiento dicha condición fue especificada, sumado a que, conforme el artículo 2.2.5.3.1 del Decreto 1083 de 2015, modificado por el Decreto 648 de 2017 estableció la oportunidad de proveerse transitoriamente el empleo de carrera vacante mientras se surte el correspondiente proceso de selección a través de figuras como el encargo o nombramiento de provisionalidad en los términos que señala la Ley 909 de 2004 y el Decreto Ley 760 de 2005 en armonía con las disposiciones que regulen los sistemas específicos de carrera, de manera que la naturaleza del empleo que ocupaba la accionante es de carrera administrativa, por lo cual se deberá regirse conforme lo establecido en la ley antes referenciada (Ley 909 de 2004) es decir, mediante concurso de méritos, proceso que para el presente asunto en efecto adelantó la Comisión Nacional del Servicio Civil, por lo que mientras se proveía tal empleo por concurso, la Secretaría accionada podía proveer la vacante definitiva temporal de manera transitoria y, una vez cuando fuese remitida por la CNSC la lista de elegibles, los nombramientos provisionales se podrían dar por terminados.

Es importante señalar que la Resolución 1125 del 30 de julio de 2020, mediante la cual se dio por terminado su nombramiento en provisionalidad, fue debidamente motivada, pues se soportó en que, la CNSC expidió el 21 de agosto

de 2018 la Resolución 20182330121525 por la cual se conformó la lista de elegibles para proveer la vacante del empleo de carrera identificado con número OPEC 32859 denominado Auxiliar administrativo, Grado 24, código 407 de la planta administrativa de la Secretaría Distrital de Educación, ofertado a través de la Convocatoria No. 427 de 2016.

Además, nótese que previo a su desvinculación, el 27 de julio del año que avanza se emitió respuesta a la petición radicada por la accionante mediante radicado No. S-2020-115518, mediante el cual se le informó que frente a la protección laboral derivada de su condición de madre cabeza de familia con ocasión a la convocatoria 427 de 2016 fue en efecto incluida dentro del reporte de funcionarios con condición de protección especial laboral, no obstante precisaron que su situación laboral sería definida una vez se contara con las listas de elegibles que proporcionará la CNSC, sin embargo teniendo en cuenta que dicha lista se encuentra conformada por un número mayor al de los cargos a proveer, le expresaron la imposibilidad de acceder favorablemente a la solicitud de protección laboral, sumado a la primacía de los derechos de carrera adquiridos por meritocracia y con ocasión de los concursos de méritos adelantados por la CNSC.

Precisado lo anterior, frente a la condición que alega el accionante, esto es ser madre cabeza de familia, en un estudio acucioso del material probatorio arrojado a la presente acción, se vislumbra que el mismo no cumple las condiciones para ser considerada como tal, pues en efecto el tutelante es la progenitora de la menor, no obstante conforme lo ha señalado la jurisprudencia, la condición de madre 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 y, aun así, de estar plenamente acreditado, tampoco sirve de báculo para ordenar su reintegro, pues tal y como lo refiera la cita jurisprudencial antes referida, la protección en estos eventos es relativa y, en vista que todos los cargos fueron ocupados en carrera no hay lugar a ordenar reintegro alguno, precisamente porque prima el nombramiento en carrera.

Finalmente, en cuanto al pedimento encaminado a dejar sin efectos la Resolución 1125 de julio de 2020 mediante la cual se dio por finalizada su vinculación provisional el mismo no es procedente, en virtud que como bien lo contempla la Ley 1437 de 2011 existe un medio de control judicial mediante el cual se permite debatir las determinaciones adoptadas por las autoridades públicas y estas deben ser dirimidas en su correspondiente escenario, esto es a través de la jurisdicción contenciosa administrativa.

Bajo el anterior orden de ideas, en el caso objeto de análisis, el Despacho encuentra que las pretensiones invocadas por la accionante, relacionadas en el acápite correspondiente no están llamadas a prosperar, habida cuenta que su desvinculación del cargo en el que se encontraba bajo la modalidad provisional no devino de un acto arbitrario de la administración sino del cumplimiento de un mandato constitucional y legal y con apego al debido proceso, pues es inevitable desconocerse el concurso de méritos efectuado como la lista de elegibles emitida por la CNSC., aunado a que, se itera, la naturaleza del empleo que ocupaba la accionante era de carrera administrativa, de manera que debe regirse conforme lo establecido en la Ley 909 de 2004 y los Decretos 1083 de 2015, 648 de 2017 y demás disposiciones que regulen los sistemas específicos de carrera. Por lo que se negará el amparo deprecado.

III. DECISIÓN

ACCIÓN DE TUTELA No. 11001-41-89-039-2020-00608-00

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO 39 DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MULTIPLE DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR el amparo constitucional solicitado por la señora **DAYAN ELIZABETH TENJO** por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: En los términos del artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 notifíquese esta providencia en forma telegráfica o por cualquier medio expedito a las partes.

TERCERO: La presente decisión podrá ser impugnada, dentro de los tres días siguientes a su notificación en los términos del artículo 31 del decreto 2591 de 1991. Si esta providencia no fue impugnada en tiempo oportuno, envíese la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE,

Firmado Por:

**CRISTHIAN CAMILO MONTOYA CARDENAS
JUEZ MUNICIPAL
JUZGADO 39 COMPETENCIA MÚLTIPLE BOGOTÁ**

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:

af031bc86126b98f9f2483bbb9e5632541d0291256ad22d1f55e1dec9ab1c71c

Documento generado en 16/09/2020 02:24:11 p.m.