



Rama Judicial  
Consejo Superior de la Judicatura  
República de Colombia

**JUZGADO 39 DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE  
DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**  
[j39pccmbta@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:j39pccmbta@cendoj.ramajudicial.gov.co)

Bogotá D. C., dieciocho (18) de marzo de dos mil veintidós (2022)

**Ref. ACCIÓN DE TUTELA No. 11001-41-89-039-2022-00060-00**  
**ACCIONANTE: JORGE ENRIQUE BUSTOS JIMÉNEZ.**  
**ACCIONADA: SECRETARÍA DISTRITAL DE DESARROLLO.**

Procede el Despacho a resolver la acción de tutela de la referencia, una vez subsanada la nulidad decretada por el superior y rituado en legal forma el trámite correspondiente.

**1. Hechos**

Se exponen como fundamentos de la tutela que el accionante **JORGE ENRIQUE BUSTOS JIMÉNEZ** identificado con cédula de ciudadanía No. 11.430.991, se desempeñó en el cargo en planta provisional como profesional especializado 222 grado 27 desde febrero del año 2007, esto es 14 años y 11 meses.

Mediante convocatoria No. CNSC – 0406 de 2020, la Comisión Nacional del Servicio Civil ofertó el cargo que el accionante desempeñaba en la modalidad de ascenso, pudiendo participar únicamente las personas de carrera administrativa, por lo que no pudo acceder por su condición de provisionalidad vulnerando el artículo 263 de la Ley 1955 del 2019.

Que para el año 2016 la accionada, cuenta con planta transitoria aprobada por el Departamento Administrativo del Servicio Civil, sin embargo, precisó que ello fue desconocido por la SDDE y CNSC al ofertar los cargos de ascenso, lo que implicó la desvinculación del cargo que ocupaba el accionante, a pesar de reiterar ante la Secretaría accionada que le asistía *“reclamar estabilidad laboral reforzada aduciendo de una parte, mi condición de salud, es decir que soy paciente por enfermedad catastrófica de cáncer de colon detectado en marzo del 2007 y metástasis hepática aparecida en diciembre de 2007 (en ambos casos intervenido quirúrgicamente y tratado con sesiones de quimioterapia); enfermedad detectada cuando ya estaba vinculado a la SDDE”*.

Señala que es objeto permanente de seguimiento y control con ocasión a la enfermedad catastrófica que padece, expuso que posterior a la práctica de exámenes especializados, se descubrió una nueva lesión en el hueso iliaco, en el alerón derecho y la presencia de lesiones en el fémur, asegurando que su enfermedad no puede darse por curada, además precisó padecer otras enfermedades como *“artrosis degenerativa, epilepsia, ambliopía en ojo derecho y miopía en ambos ojos”*, en la actualidad se encuentra en tratamiento por una reumatología y fisiatría para tratar la artrosis y control permanente con el urólogo, todo lo cual informa se puso en conocimiento de la accionada.

Que la junta médica de Colpensiones emitió dictamen de pérdida de capacidad laboral No. 1259 del 11 de abril del año 2019 con un porcentaje de 22.5 % y, aparte de desconocer ello, la accionada tampoco tuvo en cuenta la calidad pre pensionado del accionante ya que cuenta con 59 años, pues expidió la Resolución 774 del 14 de diciembre del año 2021 dando por terminado el nombramiento de provisionalidad, haciéndose efectiva la misma desde el pasado 6 de enero de 2022, generándole perjuicios económicos (personal y familiar) y, afectación a su mínimo vital.

## 2. La Petición

Con fundamento en lo anterior, solicitó se ampare los derechos fundamentales a la vida, trabajo, seguridad social, mínimo vital y estabilidad laboral reforzada, en consecuencia, se le ordene a la Secretaria accionada reintegrar al accionante a un cargo de igual o mayor jerarquía al que venía desempeñando sin solución de continuidad y hasta le sea reconocida la pensión de vejez, al igual que la Secretaría de aplicación al Decreto 275 de 2016 ordenando su vinculación a la planta transitoria y, subsidiariamente en caso de imposibilidad de reintegrar en la SDDE, se de aplicación de la Circular No. 009 del 9 de septiembre del año 2021, así como el pago de salarios, prestaciones sociales y aportes a la seguridad social dejados de percibir desde su retiro hasta la fecha que se produzca el reintegro.

## 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 DISTRITAL DE DESARROLLO ECONÓMICO**, 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 “...existe un mecanismo principal de defensa judicial para que la parte actora cuestione el hecho de la terminación de su relación legal y reglamentaria, la cual, valga decirlo, culminó como consecuencia del deber de la administración de nombrar a quienes acceden al servicio público a través de un concurso de méritos para ocupar cargos en carrera administrativa y no porque mi representada haya decidido terminarla en forma anticipada o por motivos de orden subjetivo, por el contrario, como bien lo sabe la parte actora, su relación de trabajo llegó a su final por razones objetivas, esto es, con ocasión de un concurso de méritos; tampoco está demostrado que haya sido terminada como consecuencia del desconocimiento de una situación de fuero de estabilidad que no posee el Señor Jorge Enrique Bustos”.*

Manifestó que: “{e}n este sentido, el referido mecanismo principal de defensa no es otro que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, ya que, si lo pretendido por el actor, es cuestionar el hecho o las causas de la terminación de su relación legal y reglamentaria, tal situación es una discusión propia de la órbita de competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo” y “... la parte actora no cumplió en este caso con la carga que le corresponde demostrar para la procedencia de esta tutela, esto es, la existencia de un perjuicio irremediable; en efecto, aunque revisado el expediente la parte actora

*hace mención a esta circunstancia, no basta con que se hagan afirmaciones en este sentido, es necesario, como ya se dijo, probar la existencia del perjuicio, tarea que se echa de menos en el plenario, en ese sentido, no existen elementos de juicio que permitan considerar que se altere la satisfacción de sus necesidades básicas y su mínimo vital o su vida digna”.*

Por su parte, , 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, señalo 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.

**EPS SANITAS S.A.S.**, informó que el área de medicina laboral no registra accidente de trabajo ni enfermedad laboral reportada, sí registra “{c}alificación de Pérdida de Capacidad Laboral el 11/04/2019 por parte del Fondo de Pensiones Colpensiones, con un porcentaje de 22.55% y fecha de estructuración del 08/06/2018”, empero desconoce las recomendaciones médicas, no obstante también precisó con el área de servicios médicos de la EPS en donde encontró: “**EVIDENCIA CONSULTA POR: MEDICINA GENERAL EL 03/12/2021 DIAGNÓSTICO PRINCIPAL: CARCINOMA IN SITU DEL COLON (D010) DIAGNÓSTICO ASOCIADO 1: CATARATA, NO ESPECIFICADA (H269 DIAGNÓSTICO ASOCIADO 2: HIPERPLASIA DE LA PROSTATA (N40X) DIAGNÓSTICO ASOCIADO 3: HIPERTROFIA DE LOS CORNETES NASALES (J343) SE EVIDENCIA CONSULTA POR: MEDICINA GENERAL EL 28/11/2021 DIAGNÓSTICO PRINCIPAL: CARCINOMA IN SITU DEL COLON (D010)**”

Finalmente, en lo que al área de prestaciones económicas se refiere, informaron que: “...**usuario JORGE ENRIQUE BUSTOS JIMENEZ con CC 11430991 se valida nuestro sistema de información donde se evidencia que el usuario se encuentra activo en calidad de dependiente con el empleador SECRETARIA DISTRITAL DE SALUD NIT 899999061 desde el 20/02/2007 hasta la fecha.**” Registra como ultima incapacidad el día 1ª de agosto de 2015, por 20 días de origen general, al paso solicitó su desvinculación.

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, señalo 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.

Finalmente, conforme lo resuelto por el Superior - Juzgado 25 Civil del Circuito de Bogotá- al resolver la impugnación del fallo proferido por este Despacho, mediante auto del pasado 7 de marzo se vinculó a la actuación: “...**al MINISTERIO DEL TRABAJO a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL-CNSC a SANITAS EPS a el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DEL SERVICIO CIVIL a COLPENSIONES y a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD –ADRES, para que conforme a los fundamentos fácticos de la acción se emitan pronunciamiento como entidades relacionadas con el actor, todo en aras de la protección de los derechos fundamentales del accionante..**”, quienes fueron debidamente enterados vía

electrónica conforme se evidencia en los folios Nos. 26 a 33 del cuaderno principal y, dentro del término concedido así se pronunciaron:

La **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC**, precisó que en uso de sus competencias legales realizó conjuntamente con delegados de las Entidades objeto de convocatoria, la etapa de planeación para adelantar el concurso en modalidades de ascenso y abierto de méritos en el marco del mandato Constitucional y de las normas vigentes e instrucciones de la CNSC, con el fin de proveer los empleos en vacancia definitiva del Sistema General de Carrera Administrativa de sus plantas de personal, en donde se suscribió acuerdo de convocatoria con la entidades del Distrito Capital, entre ellas con la Secretaría Distrital de Desarrollo Económico.

Que luego de transcurrir el normal desarrollo del concurso para ofertar las vacantes en modalidad de ascenso y las vacantes ofertadas en modalidad de concurso abierto, del que surgieron listas de elegibles publicadas el 19 de noviembre del año 2021, con excepción de los empleos que contemplaron pruebas adicionales. *“En su mayoría, las listas de elegibles adquirieron firmeza el 29 de noviembre de 2021, teniendo vigencia hasta el 28 de noviembre de 2023”.*

Afirmó que *“...la provisión de los empleos del Estado a excepción de los empleos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la Ley, se fundamenta única y exclusivamente en el mérito, el cual se presenta como un principio constitucional que permea la función pública y que debe ser respetado por todas las autoridades administrativas.”*

Expuso que *“...los empleos en vacancia definitiva de la SECRETARÍA DISTRITAL DE DESARROLLO ECONÓMICO fueron reportados por la entidad para ser sometidos a concurso, toda vez que no existe norma legal o reglamentaria que los excluya del concurso, prevalece el mérito (...) Aunado a lo anterior, es preciso mencionar que los empleados vinculados mediante un nombramiento provisional gozan de una estabilidad relativa o intermedia, y por lo tanto están sujetos a una posible desvinculación cuando como producto de un concurso de méritos una persona gane el derecho a proveer el empleo ofertado”.*

Aclaró que: *“...es pertinente señalar que las personas nombradas en provisionalidad, así como los servidores con derechos de carrera administrativa, que hacen parte de la planta de personal de la SECRETARÍA DISTRITAL DE DESARROLLO ECONÓMICO, podían inscribirse en igualdad de condiciones con todos los ciudadanos para aspirar a un empleo en el marco de la Convocatoria DISTRITO CAPITAL No.4, y tener así la posibilidad de ser nombrados meritocráticamente en un empleo de carrera administrativa”.*

Finalizó diciendo que por tal motivo: *“...es claro y evidente que la CNSC, con su actuar ha obrado en estricto cumplimiento de sus competencias constitucionales, legales y reglamentarias, y, por ende, no ha generado agravio alguno a los derechos fundaméntameles, ni de ninguna otra índole, de la accionante”.*

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, mencionó que: *“... no puede atender lo solicitado por el accionante en el presente trámite de tutela, teniendo en cuenta que lo solicitado no va dirigido contra esta Administradora y además no se tienen la competencia para entrar a responder por lo requerido (...) por lo que solamente puede asumir asuntos relativos a la Administración del Régimen de Prima Media con Prestación Definida*

*en materia pensional, toda vez que éste es el marco de su competencia”, al paso solicito su desvinculación por falta de legitimación en la causa por pasiva.*

**EL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DEL SERVICIO CIVIL DISTRITAL**, EN ADELANTE TAMBIÉN “DASCD” fue preciso en sustentando que: *“analizado el escrito de tutela por medio del cual, el Accionante, describe una serie de hechos, que en su consideración constituyen vulneración a “(...) sus derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, y por tanto sus derechos a una vida en condiciones de dignidad, el derecho al trabajo, a la seguridad social, al mínimo vital(...)”, se está planteando ante su Despacho, un problema jurídico relacionado con la tensión que puede llegarse a presentar, entre la protección de los derechos de los funcionarios(as) provisionales sujetos de especial protección, de una parte; y el respeto de la carrera administrativa, concretamente respecto de los derechos de los beneficiarios del concurso público, de otra parte”.* Razón por la que alegó la falta de legitimación en la causa por pasiva, así como la primacía de los derechos fundamentales de los beneficiarios del concurso de méritos, la ausencia de violación a la estabilidad laboral reforzada de la accionante en virtud de sus padecimientos en salud y la improcedencia de la acción.

## **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 el accionante se encuentra cobijado con estabilidad laboral reforzada derivada de sus patologías y su condición de pre pensionado y padre cabeza de familia y, por ende, si se han vulnerado los derechos fundamentales a la vida, trabajo, seguridad social, mínimo vital y estabilidad laboral reforzada con ocasión a la terminación de su cargo en provisionalidad.

### 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”<sup>1</sup>. Dicha garantía es predicable de cualquier modalidad contractual cuando el trabajador se encuentra en alguna situación de debilidad manifiesta<sup>2</sup>”.

*“[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*

<sup>1</sup> Sentencia T-188 de 2017

<sup>2</sup> “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.

*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”<sup>3</sup>. (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 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”<sup>4</sup>.

### **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 otros<sup>5</sup>.

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”<sup>6</sup>.

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,

<sup>3</sup> Sentencia T 521 de 2016.

<sup>4</sup> Sentencia T-092 de 2016.

<sup>5</sup> 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.

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

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 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 “[/]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.”

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 3º), 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 o padres 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**

En este punto se advierte que, pese a la vinculación del: **“Departamento Administrativo del Servicio Civil, a Colpensiones y la Administradora de los Recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud –ADRES,”** con ocasión de la nulidad decretada por el superior, no se modificó la situación fáctica ya verificada por el Despacho, por lo que se mantiene en las mismas consideraciones plasmadas con antelación, en los siguientes términos:

Descendiendo al sub examine y de las pruebas recaudas dentro del plenario, se torna imperativo señalar, delantadamente, que la desvinculación de provisional no devino de un acto arbitrario pues ello se ocasiono debido a que el empleo

denominado profesional especializado código 222, grado 27 de la Secretaría Distrital de Desarrollo Económico, cargo que desempeñaba el accionante fue ofertado en Convocatoria No. CNSC – 0406 de 2020, pues una vez culminaron las etapas de selección la Comisión Nacional del Servicio Civil, se dio paso a que dicho cargo fuera provisto en la entidad correspondiente según el orden de elegibilidad, concurso en el cual no fue participe el aquí accionante.

Téngase en cuenta que el actor 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 el 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 774 de 2021, mediante la cual se dio por terminado su nombramiento en provisionalidad, fue debidamente motivada, pues se soportó en que, la CNSC expidió el 9 de noviembre de 2021 la Resolución 4890 por la cual figuró en primer lugar la lista de elegibles el señor Jorge Gonzalez Herrera, quien reunió además los requisitos requeridos para ser nombrado en periodo de prueba en el empleo denominado Profesional Especializado Código 222, grado 27, Subdirección de Ciencia, tecnología e innovación de la Secretaría de Desarrollo Económico, ofertado a través de la Convocatoria No. CNSC – 0406 de 2020.

Además, nótese que la condición especial alegada por el actor, concerniente a su enfermedad catastrófica, se denota conforme la historia clínica aportada y la respuesta de la EPS vinculada, que en efecto el accionante ha padecido de dicha patología, la cual ha sido tratada en su oportunidad de manera efectiva, pues según se describe en su última valoración 3 de diciembre del año 2021, el accionante se encuentra en una buena condición de salud, además si bien le fue determinada pérdida de capacidad laboral – 22.5%- por parte del Fondo de Pensiones Colpensiones, el 11 de abril del año 2019, da paso a observar que desde dicha data, aunado a las recomendaciones médicas generadas, le ha permitido desempeñarse laboralmente sin tener contratiempos hasta la fecha pues también se denota que su última incapacidad medica registra del 13/07/2015 al 01/08/2015 y, respecto de la planta transitoria creada en el 2016 por parte de la Secretaría accionada aprobada por el Departamento Administrativo del Servicio Civil, se logra evidenciar que, conforme lo expuesto en los informes rendidos, el mismo obedeció a la terminación de la planta temporal que existió hasta el día 30 de junio del año 2016 en aras de proteger funcionarios que acreditaron para la época condiciones especiales, además de acentuar la accionada que el actor no ha ejercido de manera ininterrumpida desde el año 2007 su cargo, pues a través de la Resolución No. 52 del año 2019 fue nombrado en provisionalidad, lo que desdibuja el incumplimiento del artículo 263 de la Ley 1955 del año 2019.

Precisado lo anterior, frente a la condición que alega el accionante, esto es ser padre 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 el progenitor de los dos hijos enunciados, no obstante conforme lo ha señalado la jurisprudencia, la condición de madre-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, así como tampoco acreditó su calidad de pre pensionado pues recuérdese que como requisito indispensable se debe demostrar una de las exigencias para acceder a dicha prestación, ya sea el tiempo legal o las semanas respectivas, caso que no ocurrió con la segunda.

Finalmente, debe hacerse hincapié en que la Ley 1437 de 2011 contempla un medio de control judicial mediante el cual se permite debatir las determinaciones adoptadas por las autoridades públicas, las cuales 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 el 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, que en todo caso, se respetó el 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 el accionante era en provisionalidad, 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

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 el señor **JORGE ENRIQUE BUSTOS JIMÉNEZ** identificado con cédula de ciudadanía No. 11.430.991 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 CÚMPLASE,**

**Firmado Por:**

**Cristhian Camilo Montoya Cardenas**  
**Juez Municipal**  
**Juzgado Pequeñas Causas**  
**Juzgados 39 Pequeñas Causas Y Competencias Múltiples**  
**Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

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:

**30c8d5a107c8eede8cde6b57215725c3617268f51f1cfdc17f616013d358a196**

Documento generado en 18/03/2022 09:39:23 AM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**