



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARENTA Y SIETE CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ
Email: cmpl47bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D.C., cinco (5) de octubre de dos mil veinte (2020)

Ref. Acción de Tutela. Nro. 11001-40-03-047-2020-00392-00

Decide el Despacho la acción de tutela promovida por **MARLEN LAGOS HERRERA** en contra de **DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ - SECRETARÍA DE GOBIERNO – DIRECCIÓN DE TALENTO HUMANO**.

I. Antecedentes

La accionante reclamó la protección constitucional de sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, al trabajo, seguridad social y al mínimo vital y solicita se ordene a la accionada *"disponga mi reubicación laboral en el cargo de INSPECTOR DE POLICIA URBANO CATEGORIA ESPECIAL Y PRIMERA CATEGORIA CODIGO 233 GRADO 23 o a uno equivalente en funciones, jerarquía y remuneración del nivel profesional y a reconocer todos los salarios y prestaciones sociales que garanticen un adecuado ingreso base de cotización, teniendo en cuenta el menoscabo causado con el traslado a un cargo de nivel Asistencial, hasta el momento en que adquiera mis plenos derechos pensionales"*. [Folio 10 Escrito de Tutela]

2. Sustentó el amparo, en síntesis, así:

2.1. En la demanda de tutela adujo Marlen Lagos Herrera ingresó al servicio del Distrito Capital de Bogotá el día 02 de febrero de 1989 y el 26 de mayo de 2011 la designaron como Inspectora de Policía Urbana Primera Categoría. Sin embargo, el 23 de junio de 2020 la accionada le notificó la Resolución No. 582 del 16 de junio de 2020 *"por medio de la cual se da por terminado mi encargo en el empleo de INSPECTOR DE POLICIA URBANO CATEGORIA ESPECIAL Y PRIMERA CATEGORIA CODIGO 233 GRADO 23"*, toda vez que en virtud del concurso de méritos No. 740 de 2018 se nombró al señor Pablo Andrés Ruiz Devia, ordenando, además, que debe asumir el cargo de AUXILIAR ADMINISTRATIVO CODIGO 407 GRADO 27, del cual es titular de derechos de Carrera Administrativa.

Mediante escrito con Radicado No. 20205440010333 del 7 de febrero de 2020, elevado ante la Dirección de Gestión del Talento Humano de la Secretaría de Gobierno, **solicitó** *"el reconocimiento de los derechos que se derivan de la estabilidad relativa por razón de mi condición de **pre-pensionada**, pues los mismos se encuentran en tensión o conflicto con los derechos fundamentales de aquellos que han superado el concurso de méritos para acceder formalmente*

al sistema de Carrera Administrativa, solicitando en consecuencia se adopten las medidas administrativas para respetar unos y otros derechos, como quiera también que varios miembros de mi familia dependen de mi ingreso, a efectos de no causarse un perjuicio irremediable”, aunado al hecho de que debió instaurar demanda ordinaria laboral “para que se declare **la invalidez y/o nulidad y/o ineficacia del traslado** al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado con fecha 1º de noviembre de 1997 y del 25 de octubre de 2000, ante la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A., respectivamente, al no haberse suministrado de manera oportuna por dichas Administradoras información veraz, clara, suficiente, completa y comprensible, acerca de los efectos de dicho traslado”, de conocimiento del Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá.

Enfatizó, que “con motivo de la expedición del Acuerdo No. 20181000006046 del 24 de septiembre de 2018 y Acuerdo No. 20181000007376 del 16 de noviembre de 2018, que convocaron el proceso de selección No. 740 de 2018, para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes a la Carrera Administrativa, **en parte alguna de la sustentación** que motiva la Resolución N. 582 de 2020 **aparece que las autoridades encargadas de este proceso de selección hayan ponderado la situación laboral** y de permanencia en el servicio de los servidores públicos en calidad de reten social a que me he referido en hechos anteriores, entre otros, **los que corresponde a mi situación como pre-pensionada o que se hayan siquiera sustentado estudios técnicos sobre este particular**”. [2. Escrito de Tutela]

II. El Trámite de Instancia

1. El 21 de julio de 2020 se admitió la acción de tutela, y se ordenó el traslado a la entidad encausada así mismo se vinculó al Colfondos S.A, Porvenir y a Colpensiones, para que remitieran copia de la documentación en cuanto a los hechos de la solicitud de amparo y ejerciera su derecho de defensa, librando las comunicaciones de rigor.

2. ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A Informó que la accionante no se encuentra vinculada a dicha entidad. Además, a la fecha no se encuentra en curso solicitud alguna frente a la cual deban pronunciarse, por tanto, solicitó su desvinculación del presente trámite constitucional. [6. Respuesta – Porvenir]

3. COLFONDOS S.A Informó que la señora Marlen Lagos Herrera a la fecha se encuentra afiliada en esa administradora de pensiones y su estado es activo. Que las pretensiones las pretensiones están encaminadas al pago de acreencias laborales por parte de su empleador, razón por la cual pidió declarar improcedente la acción de tutela frente a la entidad. [7. Respuesta - Colfondos]

4. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Solicitó su desvinculación por falta de legitimación en la causa por pasiva toda vez que a la fecha no se encuentra solicitudes pendientes por resolver a favor del accionante. [058RespuestaColpensiones]

5. SECRETARIA DE GOBIERNO Manifestó que "*mediante Resolución No. 345 del 26 de mayo de 2011, se procedió a encargar a la doctora MARLEN LAGOS HERRERA, identificada con la cédula de ciudadanía No. 21.014.101, Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 27, con derechos de carrera administrativa, en el cargo de Inspector de Policía Urbano Categoría Especial y 1ª Categoría Código 233 Grado 23, con asignación básica mensual de \$2.514.940,00, mientras su titular la funcionaria NELSY ADRIANA CUERVO ESCOBAR, se encuentra en período de prueba*". Teniendo en cuenta que a la señora Cuervo Escobar se le aceptó su renuncia, la entidad procedió a "*reportar las **vacantes definitivas**, este empleo tuvo que ser reportado dentro de la Convocatoria No.740 de 2018, a través del cual se proveer de manera definitiva cuatrocientos cuarenta y dos (442) cargos vacantes de la planta de personal de la Secretaría Distrital de Gobierno, identificado con el Proceso de Selección N.º 740 de 2018 - Distrito Capital, dentro de la OPEC 75627 a través de la cual se proveen TREINTA (30) vacantes definitivas del empleo, denominado **Inspector De Policía Urbano Categoría Especial Y 1ª Categoría, Código 233, Grado 23***".

Refirió, que "*mediante Resolución No. 0582 del 16 de junio de 2020, debidamente motivada, esta Administración procedió a nombrar a PABLO ANDRÉS RUÍZ DEVIA, para desempeñar el empleo de Inspector de Policía Urbano Categoría Especial y 1ª Categoría Código 233 Grado 23 de la planta global de esta Secretaría Distrital de Gobierno. Por lo anterior, **se dio por terminado el encargo realizado a la accionante**, quien debería asumir el empleo de **Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 27**, del cual es titular y ostenta derechos de carrera administrativa, a partir de la fecha de posesión del señor PABLO ANDRÉS RUÍZ DEVIA*".

Sobre la calidad de **prepensionada** de la accionante la "*Dirección de Gestión del Talento Humano, mediante memorando interno No. 20204100086013 del 27 de febrero y 20204100290701 del 16 de junio de 2020, procedió a requerir a la ciudadana su historia laboral, la cual a la fecha no ha sido aportada. Lo anterior, teniendo en cuenta que la accionante mediante comunicación del 30 de junio de 2020, manifestó que ingresó a esta Entidad desde el 2 de febrero de 1989, con lo cual sería evidente su condición de prepensionada. Ahora bien, analizando la información pertinente, se tiene que la ciudadana cuenta con 61 años y un aproximado de 31 años laborados, equivalentes a 1612 semanas, con lo cual la ciudadana no tendría la calidad de prepensionada, sino que con el cumplimiento de dichos requisitos, alcanzaría el **"status pensional"** que le permite solicitar el reconocimiento de su prestación pensional*".

Finalizó diciendo que la acción de tutela es improcedente para solicitar el pago y regulación de acreencias laborales de una empleada de carrera administrativa de la Secretaría Distrital de

Gobierno; situación que debe ser debatida ante el juez natural llamado a dirimir conflictos de tal naturaleza, es decir, el **Juez de lo contencioso administrativo**; quien en principio está revestido de autonomía e independencia para resolver las contiendas jurídicas que en ejercicio de sus funciones se le presenten, desconocer tal noción sería ignorar la división de competencias que la misma Carta ha establecido, de tal manera que si en ejercicio de esta acción se emplea una decisión favorable sin reconocer la primacía de los procedimientos establecidos por la ley, claramente se estaría en contraposición con nuestra norma superior. [8. Respuesta – Secretaria de Gobierno]

6. En sentencia de 31 de julio de 2020 se negó el amparo constitucional que invocó MARLEN LAGOS HERRERA en contra de DISTRITO CAPITAL DE BOGOTA - SECRETARIA DE GOBIERNO – DIRECCIÓN DE TALENTO HUMANO. No obstante, con escrito de fecha 5 de agosto de 2020, la accionante presentó impugnación [024EscritoImpugnacion], recurso que correspondió por reparto al Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá. [034ActaReparto]

7. Mediante providencia adiada 23 de septiembre de 2020 [038AutoDecretoNulidad] se declaró la nulidad de lo actuado a partir del 31 de julio de 2020 inclusive, para que se vinculara a la Comisión Nacional del Servicio Civil y al señor Pablo Andrés Ruiz Devia.

8. En cumplimiento de la decisión adoptada, mediante auto de 24 de septiembre de 2020 se ordenó oficiar a la Comisión Nacional del Servicio Civil y al señor Pablo Andrés Ruiz Devia, para que ejercieran su derecho de defensa. [041AutoAdmiteTutela]

9. COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL Solicitó su desvinculación por falta de legitimación por pasiva, porque la competencia constitucional y legal de la entidad llega solo a la expedición y firmeza de las respectivas listas de elegibles de conformidad con las etapas del proceso de selección reguladas por el artículo 31 de la Ley 909 de 2004 y 14 a 16 del Decreto Ley 760 de 2005.

Manifestó que, bajo los lineamientos dados por la jurisprudencia constitucional, no le corresponde excluir de la convocatoria de empleos o vacantes en los que puedan encontrarse sujetos de especial protección constitucional. En consecuencia, afirmó que se desvirtúa lo solicitado por la accionante en su escrito de tutela.

Refirió cómo la entidad en coordinación con las Secretarías Distritales de Gobierno y de Seguridad, Convivencia y Justicia abrieron el concurso de méritos para proveer 980 empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal, identificados como “Procesos de Selección No. 740 y 741 de 2018 – Distrital Capital”, regulado por los Acuerdos No. CNSC-20181000006046 y 20181000006056 del 24 de septiembre de 2018. Es así como para el empleo, ocupado en encargo por la accionante, denominado Inspector de Policía Urbano Categoría Especial y 1ª Categoría, Código 233, Grado 23, de la Secretaria de

Gobierno se conformó lista de elegibles para proveer treinta (30) vacantes definitivas, a través de la Resolución No. 6040 del 11 de mayo de 2020, publicada en la página www.cncs.gov.co, enlace Banco Nacional de Lista de Elegibles el día 13 de mayo de 2020, con firmeza individual desde el 21 de mayo de 2020, en la cual el señor **Pablo Andrés Ruiz Devia** ocupó la posición 15, **otorgándole de esta manera al ocupar de manera meritoria**, el derecho particular y concreto a ser **nombrado en periodo de prueba y posesionado en el cargo al cual accedió a través de concurso público de méritos**.

Enfatizó que, ante una lista de elegibles en firme, producto de un proceso de selección, corresponde a la administración proceder a **realizar los nombramientos** en periodo de prueba y posesión de los elegibles que se hallen en posición de mérito de la lista respectiva, ya que de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional las listas que se encuentran en firme **son inmodificables**, en virtud del principio constitucional de **buena fe y confianza legítima que ampara a quienes participan en estos procesos**.
[065ContestacionTutelaComisionNacionalServicioCivil]

10. PABLO ANDRÉS RUIZ DEVIA Guardó silente conducta.

III. Consideraciones

1. De conformidad con lo dispuesto en el art. 37 del Decreto 2591 de 1991 y en el num. 1º del art. 1º del Decreto 1382 de 2000, este Juzgado es competente para conocer de la presente acción de tutela.

2. Bajo la teleología de la acción de tutela, con base en los hechos expuestos en el libelo demandatorio, corresponde a este Juez constitucional, resolver el **problema jurídico** que consiste en determinar si la acción de tutela es procedente para entrar a determinar si la entidad accionada vulneró los derechos fundamentales a la vida, a la salud, al trabajo, seguridad social y al mínimo vital de la accionante al dar por **terminado** su encargo de Inspector de Policía Urbano Categoría Especial, sin tener en cuenta su calidad de "prepensionada".

3. La acción de tutela es un mecanismo creado para la protección inmediata de un derecho fundamental que se encuentra vulnerado o en riesgo de serlo. Sin embargo, es una herramienta residual que no puede reemplazar los medios judiciales ordinarios para resolver controversias jurídicas y se convierte en un instrumento supletorio cuando no se han empleado oportunamente dichos medios, salvo que no resulten idóneos ni eficaces para amparar las garantías constitucionales. Ahora bien, se puede utilizar como mecanismo transitorio de protección de derechos cuando se está ante un perjuicio irremediable que hace urgente la intervención del juez constitucional.

En cada caso en particular se deben tener en cuenta las condiciones particulares de la persona cuyo derecho está siendo presuntamente vulnerado, así como los supuestos fácticos que generaron la conducta vulneradora y la efectividad de los mecanismos ordinarios para proporcionar una garantía oportuna y eficaz en el momento de existir un desconocimiento de los derechos invocados. El hecho de existir un mecanismo de defensa judicial previsto en el ordenamiento jurídico para dirimir la controversia ante el juez ordinario, no es óbice para que el juez de tutela conozca del asunto si se requieren acciones urgentes¹.

3.1. En el caso específico de los **reintegros laborales**, la Corte Constitucional ha establecido que la acción de tutela, por regla general, no es el mecanismo idóneo para ventilar controversias de esta naturaleza². Sobre este particular, la sentencia T-341 de 2009 indicó que *"La jurisprudencia de esta corporación ha establecido que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para solicitar el reintegro laboral, sin miramientos a la causa que generó la terminación de la vinculación respectiva, al existir como mecanismos establecidos la jurisdicción ordinaria laboral o la **contencioso administrativa**, según la forma de vinculación del interesado, salvo que se trate de sujetos en condición de debilidad manifiesta, como aquéllos a quienes constitucionalmente se les protege con una estabilidad laboral reforzada"*.

En relación con las personas que gozan de una **estabilidad laboral reforzada**, la jurisprudencia constitucional ha considerado que estas son los menores de edad, los adultos mayores, las mujeres en estado de embarazo y los trabajadores discapacitados. No obstante, se ha establecido que las personas **próximas a pensionarse** pueden ser sujetos de especial protección constitucional cuando en los hechos presentados al juez de tutela se hace evidente que están en riesgo de sufrir una afectación a su mínimo vital o de causarse un perjuicio irremediable.

4. La **carrera administrativa** es el mecanismo preferente para el acceso y la gestión de los empleos públicos, en donde quien supere satisfactoriamente las etapas del concurso de méritos adquiere un derecho subjetivo de ingreso al empleo público, exigible tanto a la Administración como a los funcionarios públicos que están desempeñando el cargo ofertado en provisionalidad. Por esta razón, la Corte Constitucional ha sostenido que los cargos ejercidos en provisionalidad no pueden equipararse a los de carrera administrativa en cuanto a su vinculación y retiro, en tanto existen marcadas diferencias entre los funcionarios inscritos en carrera administrativa y los funcionarios públicos provisionales³.

¹ Sentencia T-1268 de 2005 y reiterado en la T-357 de 2016.

² T-198 de 2006 y T-11 de 2008.

³ Sin embargo, desde la sentencia T-800 de 1998 (MP Vladimiro Naranjo Mesa) se estableció que "la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que lo haga en provisionalidad; en otros términos, el nombramiento en provisionalidad de servidores públicos para cargos de carrera administrativa, como es el caso, no convierte el cargo en uno de libre nombramiento y remoción. Por ello, el nominador no puede desvincular al empleado con la misma discrecionalidad con que puede hacerlo sobre uno de libre nombramiento y remoción, a menos que exista justa causa para ello". En el mismo sentido, la Corte Constitucional en la sentencia T-660 de 2005 (MP Jaime Córdoba Triviño) señaló que "la jurisprudencia constitucional ha sido consistente en estimar que las garantías de estabilidad laboral propias de los empleos de carrera administrativa también resultan aplicables a quienes ejercen dichos cargos en condición de provisionalidad, puesto que este mecanismo de designación no tiene el efecto de transformar la naturaleza del cargo de carrera a de libre nombramiento y remoción. Por ende, el acto administrativo que retira del servicio a funcionarios de esta categoría no puede fundarse solamente en el ejercicio de la facultad

En relación con los primeros, se trata de funcionarios que acceden a estos cargos mediante un concurso de méritos, por lo que su permanencia en ellos implica mayor estabilidad al haber superado las etapas propias del concurso, lo que impide el retiro del cargo a partir de criterios meramente discrecionales. De ahí, que el acto administrativo por medio del cual se desvincula a un funcionario de carrera administrativa deba, además de otros requisitos, ser motivado para que la decisión sea ajustada a la Constitución⁴.

Por su parte, los funcionarios públicos que desempeñan en **provisionalidad** cargos de carrera gozan de una **estabilidad laboral relativa o intermedia**, que implica, sin embargo, que el acto administrativo por medio del cual se efectúe su desvinculación debe estar motivado, es decir, debe contener las razones de la decisión, lo cual constituye una garantía mínima derivada, entre otros, del derecho fundamental al debido proceso y del principio de publicidad⁵.

4.1 El alto Tribunal Constitucional ha reconocido que cuando un funcionario ocupa en **provisionalidad un cargo de carrera** y es, además, sujeto de especial protección constitucional, como por ejemplo, madres o padres cabeza de familia sin alternativa económica, funcionarios que están próximos a **pensionarse** o personas en situación de discapacidad,

discrecional del nominador, como sucede para el caso de los empleos de libre nombramiento y remoción, sino que tiene que motivarse. Esta misma doctrina también ha señalado que la falta de motivación del acto administrativo que desvincula a un servidor en provisionalidad constituye una vulneración del derecho al debido proceso. Ello debido a que la reserva de las razones que fundaron la separación del empleo pone en situación de indefensión al afectado, en la medida en que no podría controvertirlas ante la jurisdicción del contencioso administrativo”.

⁴ El párrafo 2º del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 “por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”, establece que “[e]s reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado”.

⁵ La Corte Constitucional ha desarrollado una línea jurisprudencial consolidada sobre el deber de motivación de los actos de desvinculación de los funcionarios públicos que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, la cual fue sentada desde la sentencia T-800 de 1998 (MP Vladimiro Naranjo Mesa). En esta providencia, la Corte conoció la acción de tutela interpuesta con ocasión de la desvinculación de una mujer madre cabeza de familia, que desempeñaba en provisionalidad el cargo de auxiliar de enfermería, el cual era de carrera. Esta Corporación confirmó las sentencias de instancia, mediante las cuales se ordenaba el reintegro de manera transitoria, mientras la jurisdicción de lo contencioso decidía sobre la legalidad del acto por medio del cual se dispuso su desvinculación. Para tal efecto, la Corte explicó que el derecho a permanecer en un cargo determinado no es fundamental, sin embargo consideró que por las particularidades del caso, procedía la acción de tutela para proteger otros derechos fundamentales a fin de evitar un perjuicio irremediable, pues con base en las circunstancias particulares de la peticionaria se vislumbraba que “la pérdida del trabajo [...] y su consiguiente vacancia, la enfrentaría, junto con su hijo, a un perjuicio irremediable que no podría ser corregido a tiempo, si no es porque la acción de tutela permite evitarlo”. Además, la Corte sostuvo por vez primera que “el nombramiento en provisionalidad de servidores públicos para cargos de carrera administrativa, como es el caso, no convierte el cargo en uno de libre nombramiento y remoción. Por ello, el nominador no puede desvincular al empleado con la misma discrecionalidad con que puede hacerlo sobre uno de libre nombramiento y remoción, a menos que exista justa causa para ello”. Esta postura ha permanecido inalterada como lo detalló la Corte en la SU-917 de 2010 (MP Jorge Iván Palacio Palacio, SPV Nilson Pinilla Pinilla). En esta ocasión, la Corte Constitucional asumió el conocimiento de 24 expedientes de tutela, los cuales fueron acumulados luego de advertir la existencia de conexidad temática ya que todos los accionantes desempeñaban cargos de carrera en provisionalidad en diferentes entidades públicas, siendo desvinculados de sus empleos sin que los actos de retiro hubieran sido motivados. Este Tribunal (i) reiteró la posición sentada por la Corte desde el año mil novecientos noventa y ocho (1998) referente a la falta de motivación de los actos administrativos de desvinculación de funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, y (ii) resaltó la estrecha relación que guarda la exigencia de motivar los actos administrativo con importantes preceptos de orden constitucional como lo son el principio democrático, la cláusula del Estado de Derecho, el debido proceso y el principio de publicidad. La Sala Plena de la Corte Constitucional señaló en relación con el contenido de la motivación lo siguiente: “El acto de retiro no sólo debe ser motivado sino que ha de cumplir ciertas exigencias mínimas respecto de su contenido material, de modo que el administrado cuente con elementos de juicio necesarios para decidir si acude o no ante la jurisdicción y demanda la nulidad del acto en los términos del artículo 84 del CCA. Lo contrario significaría anteponer una exigencia formal de motivación en detrimento del derecho sustancial al debido proceso, pues si no se sabe con precisión cuáles son las razones de una decisión administrativa difícilmente podrá controvertirse el acto tanto en sede gubernativa como jurisdiccional. || Es por lo anterior por lo que la Corte ha hecho referencia al principio de “razón suficiente” en el acto administrativo que declara la insubsistencia o en general prescinde de los servicios de un empleado vinculado en provisionalidad, donde “deben constar las circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, por las cuáles se decide remover a un determinado funcionario, de manera que no resultan válidas aquellas justificaciones indefinidas, generales y abstractas, que no se predicen directamente de quien es desvinculado”...”. Concluyó que “respecto del acto de retiro de un servidor público que ejerce un cargo en provisionalidad no puede predicarse estabilidad laboral propia de los derechos de carrera, pero en todo caso el nominador continúa con la obligación de motivarlo, al tiempo que el administrado conserva incólume el derecho a saber de manera puntual cuáles fueron las razones que motivaron esa decisión”. Entre otras, también pueden consultarse las sentencias T-289 de 2011 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y T-462 de 2011 (MP Juan Carlos Henao Pérez).

“concurre una relación de dependencia intrínseca entre la permanencia en el empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, particularmente el mínimo vital y la igualdad de oportunidades. De allí que se sostenga por la jurisprudencia que la eficacia de esos derechos depende del reconocimiento de estabilidad laboral en aquellos casos, a través de un ejercicio de ponderación entre tales derechos y los principios que informan la carrera administrativa”⁶.

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 afirmativa⁷**, 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 mujeres (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)⁸.

4.2 En relación con la **estabilidad laboral relativa** de que gozan los funcionarios que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, la Corte Constitucional ha precisado algunas medidas adoptadas para garantizar los derechos fundamentales de quienes ameritan una especial protección constitucional por estar en condiciones de vulnerabilidad. Por ejemplo, en la sentencia de unificación SU-446 de 2011⁹, la Corporación hizo un pronunciamiento en torno a la relación existente entre la provisión de cargos de carrera mediante concurso de méritos y la protección especial de las personas que ocupan dichos cargos en provisionalidad y se encuentran en circunstancias especiales por tratarse de madres y padres cabeza de familia, prepensionados o personas en situación de discapacidad. Al respecto expresó:

⁶ Sentencia T-186 de 2013 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

⁷ En relación con este aspecto de la acción afirmativa pueden ser consultadas las sentencias SU-446 de 2011 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y T-186 de 2013 (MP Luis Ernesto Vargas Silva). Este razonamiento se impuso por la Sala Plena de la Corporación en la providencia SU-446 de 2011, en la cual se planteó que, aunque primaban los derechos de acceder al cargo de los empleados de carrera, la entidad (Fiscalía General de la Nación) tenía el deber constitucional de emplear medidas de acción afirmativa tendientes a proteger efectivamente el especial contexto de las personas vinculadas en provisionalidad.

⁸ Al respecto, ver, entre otras la sentencia T-462 de 2011 (MP Juan Carlos Henao Pérez) y la SU-446 de 2011 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; SV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Humberto Antonio Sierra Porto; AV Luis Ernesto Vargas Silva).

⁹ MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; SV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Humberto Antonio Sierra Porto; AV Luis Ernesto Vargas Silva. En esta ocasión correspondió a la Corte, entre otros asuntos, resolver dos interrogantes: *i*) si la Fiscalía General de la Nación vulneró los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, a la seguridad social y al debido proceso de quienes estaban en una situación de especial protección constitucional, al desvincularlos del cargo que ocupaban en provisionalidad, pese a su condición especial que obligaba a que se les brindara un trato preferente, cuando era posible desvincular a otros servidores en provisionalidad no sujetos a un trato preferente, y *ii*) determinar si la entidad demandada desconoció los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso de los demás provisionales –no sujetos de especial protección– al no señalar de antemano los criterios de selección de los cargos específicos que serían provistos con personas que superaron el concurso. Concluyó que “[e]n el caso de los provisionales que son sujetos de especial de (sic) protección, si bien la Corte no concederá la tutela porque no ostentaban un derecho a permanecer en el empleo, sí se ordenará a la Fiscalía General de la Nación que, en el evento en que a la fecha de expedición del fallo existan vacantes disponibles en cargos iguales o equivalentes a aquellos que venían ocupando, sean vinculados en provisionalidad mientras se realiza un nuevo concurso. La desvinculación de estos servidores sólo será posible previo acto administrativo motivado en los términos de la sentencia SU-917 de 2010”.

“Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación¹⁰, 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 desvinculación¹¹. En consecuencia, la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos.

“[...]

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

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

Entonces, 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 la 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.

5. La estabilidad laboral de los **prepensionados** no proviene de un mandato legal, sino que es creación constitucional. En ese sentido lo definió el Alto Tribunal Constitucional en

¹⁰ La línea jurisprudencial en esta materia se encuentra recogida en la sentencia SU-917 de 2010, MP Jorge Iván Palacio Palacio (cita del texto).

¹¹ Cfr. Corte Constitucional T-1011 de 2003; T-951 de 2004; T-031 de 2005; T-267 de 2005; T-1059 de 2005; T-1117 de 2005; T-245 de 2007; T-887 de 2007; T-010 de 2008; T-437 de 2008; T-087 de 2009 y T-269 de 2009. Así mismo, la sentencia SU-917 de 2010, que recoge toda la jurisprudencia sobre este particular y fija las órdenes que debe dar el juez de tutela en estos casos (cita del texto).

sentencia T-186 de 2013: "(...) Con todo, debe hacerse una distinción conceptual de especial importancia para la solución de los problemas jurídicos materia de esta decisión. El fundamento del reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada de los prepensionados no es un asunto que dependa de un mandato legislativo particular y concreto, sino que tiene raigambre constitucional. Esto debido a que dicha estabilidad opera como instrumento para la satisfacción de los derechos fundamentales de estos grupos poblacionales, que se verían gravemente interferidos por el retiro del empleo público. Por ende, la Corte desestima lo expresado por los jueces de instancia, en el sentido de confundir la estabilidad laboral reforzada de los prepensionados con la figura del retén social, para concluir erróneamente que la mencionada estabilidad solo es aplicable en los casos que el retiro del cargo se sustenta en su supresión ante la liquidación de la entidad y en el marco de los procesos de reestructuración de la Administración Pública".

Adicionalmente, **la Corte ha sostenido que no basta con ostentar la calidad de prepensionado para gozar de esta protección**, pues además se requiere que la terminación del contrato de trabajo ponga en riesgo derechos fundamentales tales como el mínimo vital, debido a la edad en que se encuentra quien es retirado de su puesto de trabajo, lo cual puede conllevar a que sea difícil conseguir un nuevo empleo y por ende satisfacer las necesidades básicas de un hogar. Lo que implica que, en los eventos de retiro de una persona a quien le falten tres años o menos para adquirir la condición de pensionado, se debe analizar cada caso concreto para establecer si están en riesgo sus derechos fundamentales. Así lo consideró en sentencia T-357 de 2016:

"(...) **La condición de prepensionado**, como sujeto de especial protección, no necesita que la persona que alega pertenecer a dicho grupo poblacional se encuentre en el supuesto de hecho propio de la liquidación de una entidad estatal y cobija incluso a los trabajadores del sector privado que se encuentren próximos a cumplir los requisitos para acceder a una pensión por lo que puede decirse que tiene la condición de prepensionable toda persona con contrato de trabajo que le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez.

5.1 En todo caso, a pesar de haberse superado el contexto de la renovación de la administración pública como requisito para ser considerado sujeto de especial protección constitucional en el caso de los prepensionados, la Corte ha protegido los derechos de estas personas cuando su desvinculación suponga una afectación de su mínimo vital derivada del hecho de que su salario y eventual pensión son la fuente de su sustento económico. En efecto, la mera condición de prepensionado no es suficiente para ordenar el reintegro de un trabajador sino que es necesario evidenciar en el caso concreto que la desvinculación está poniendo en riesgo los derechos fundamentales del accionante, donde la edad del mismo es un indicador la falta de probabilidades de integrarse al mercado laboral que debe apreciarse junto con el hecho de que el salario sea la única fuente de ingresos de este o, en todo caso, que los ingresos por otros

conceptos sean insuficientes para garantizar una vida en condiciones dignas ante la ausencia del primer”.

En suma, la estabilidad laboral de los prepensionados es una garantía constitucional de los trabajadores del sector público o privado, de no ser desvinculados de sus cargos cuando se encuentren ad portas de cumplir con los requisitos para acceder a la pensión de vejez. **De otro lado, no basta la mera condición de prepensionado, sino que se precisa verificar si hubo afectación de los derechos fundamentales.**

5.2. Examinada la actuación de la accionada contenida en la Resolución No. 582 del 16 de junio de 2020, se encuentra que esta se sustenta en la expedición de las listas de elegibles del concurso de méritos para proveer el cargo de Inspector de Policía Urbano Categoría Especial y 1ª Categoría Código 233 Grado 23 de la planta global de esta Secretaría Distrital de Gobierno, luego de superadas las etapas del concurso convocado mediante Convocatoria No.740 de 2018. [Folios 10 a 15 Anexos Tutela]

6. Analizado el **acervo probatorio**, se colige que la acción de tutela promovida por Marlen Herrera Lagos está llamada al fracaso, toda vez que la motivación del retiro del servicio de la actora es razonable y consecuentemente, no se evidencia, *prima facie*, la utilización abusiva y arbitraria de una facultad legal para **desconocer** la estabilidad en el empleo de las personas próximas a pensionarse, teniendo en cuenta que pese a que la accionada **dio por terminado** el encargo realizado por la accionante (Inspector de Policía Urbano Categoría Especial), también lo es que **no fue desvinculada** de la planta de la Secretaría Distrital de Gobierno, sino que la **traslado** al cargo de Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 27, del cual es titular y ostenta derechos de carrera administrativa. Nótese, además, que la tutelante no ha acudido al juez de lo Contencioso Administrativo y por ende no ha agotado el mecanismo idóneo y eficaz para que se defina su derecho, y tampoco probó la configuración de un perjuicio irremediable.

En este orden de ideas **no existen suficientes elementos probatorios** en el expediente que le permitan al Despacho tomar una decisión de fondo, en la medida en que era a la accionante a la que le correspondía **asumir la carga de demostrar el perjuicio irremediable ocasionado** con la terminación del encargo de Inspector de Policía Urbano Categoría Especial por parte de la Secretaría Distrital de Gobierno. Es importante aclarar **que no es suficiente con que se alegue un supuesto de hecho del cual se pretenda derivar una consecuencia jurídica, sino que dicho supuesto debe estar suficientemente demostrado.**

6.1 Bajo el anterior criterio y siguiendo la directriz jurisprudencial sobre las reglas probatorias en materia de tutela¹², es claro que este mecanismo subsidiario no es el escenario propicio y adecuado para desatar una controversia probatoria como la que tiene que surtirse ante

¹² Sentencia T-298 de 1993 y T-131 de 2007.

el juez contencioso administrativo, para determinar si en efecto a la accionante se le desconocieron sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, al trabajo, seguridad social y al mínimo vital al darse por terminado su encargo como Inspector de Policía Urbano Categoría Especial y trasladarla al cargo de Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 27, del cual es titular y ostenta derechos de carrera administrativa.

Así las cosas, se advierte que la presente acción no reúne los requisitos mínimos exigidos para su procedencia, aunado a que no se vislumbra **la existencia de un perjuicio irremediable** para la petente, por lo que se denegará el amparo deprecado, pues como ya se advirtió, la acción de tutela no se puede convertir, en un mecanismo que remplace las herramientas legales preconstituidas para tal efecto

IV. DECISIÓN

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

Resuelve:

PRIMERO. NEGAR el amparo constitucional que invocó **MARLEN LAGOS HERRERA** en contra de **DISTRITO CAPITAL DE BOGOTA - SECRETARIA DE GOBIERNO – DIRECCIÓN DE TALENTO HUMANO.**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión judicial.

SEGUNDO. COMUNICAR esta determinación al accionante y a la encartada, por el medio más expedito y eficaz.

TERCERO. Si la presente decisión no fuere impugnada, remítase el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

Comuníquese y Cúmplase.


FELIPE ANDRÉS LOPEZ GARCÍA
JUEZ