



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

JUZGADO SETENTA Y UNO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTÍAS

Radicación: **1100140880712020-093-00**
Accionante: **DIDIER WALTE ESTEVEZ VASQUEZ**
Accionada: **SECRETARIA DISTRIAL DE EDUCACIÓN DE
BOGOTÁ -ALCALDÍA MAYOR BOGOTÁ.**

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

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Dentro del término previsto en el Decreto 2591 de 1991, procede el Despacho a proferir la decisión que en derecho corresponde dentro de la presente **ACCIÓN DE TUTELA** promovida por el señor **DIDIER WALTE ESTEVEZ VASQUES** contra la **SECRETARIA DISTRIAL DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ Y LA ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ.**

HECHOS

Asegura el accionante, que fue funcionario de la Secretaría Distrital de Educación de Bogotá. en el cargo de **técnico operativo 314 grado 10** asignado a la Dirección Local de Educación 05 USME., área talento humano. Tal como consta en la Resolución 1985 del 09/11/2017. En una vacante definitiva. Como consta en el ITEMS dos (2). Que laboré para dicha entidad desde el diez (10) de noviembre de 2017, hasta el 16 de diciembre del 2019, y siempre se ha caracterizado por ser cumplidor de sus obligaciones y mantener un alto estándar en su rendimiento laboral.

Que desde el siete (7) de diciembre de año 2018 hace parte de la Junta Directiva del Sindicato "SIPACATCO", en el cargo de Secretario General Radicado; 08SE202033210000002825 del Ministerio del Trabajo. La condición de miembro principal de la junta directiva del sindicato "SIPATCO", era conocida por el empleador Secretaría Distrital de Educación de Bogotá como lo demuestra con la

Asunto: Tutela primera instancia
Accionante: DIDIER WALTE ESTEVES VASQUES
Accionada: SECRETARIA DISTRITAL DE EDUCACIÓN BOGOTÁ
ALCALDÍA MAYOR BOGOTÁ.
Radicado: 1100140880712020-093.

documentación que se anexa. (Res: 1047 del 27/06/2018 y 2009 del 27/12/2018, Permisos sindicales).

Agrega, que el día 10 de julio del 2019, le notificaron la Resolución 1864, “(...) Por el cual se efectúa un nombramiento en periodo de prueba en la planta de personal Administrativo de la Secretaria de Educación del Distrito, dentro de la convocatoria 427 de 2016, de la Comisión Nacional del Servicio Civil y se termina un nombramiento provisional (...)” Según la resolución 1864 ingresó al puesto que ocupa (OPEC) la señora Ganadora del concurso meritocrático de la convocatoria 427 de 2016, llamada, **DANIELA PEDROZA LUGO**.

La ganadora del concurso de la convocatoria 427 del 2016, señora: **DANIELA PEDROZA LUGO**, solicito una prórroga de noventa días (90), habiendo la entidad accionada aceptado la solicitud, esto es, hasta el 16 de diciembre, día en que en que quedo desvinculado de la Secretaria Distrital de Educación de Bogotá, tal como consta en el radicado S-2019-146063, con radicado de referencia E-2019-127398 del 02/ de agosto del 2019. Firmado por la Jefe de Oficina de Personal Dra. **MARIA TERESA MENDEZ GRANADOS**.

La Secretaría Distrital de Educación, estando en permiso sindical, procedió a dar unos encargos en vacantes temporales de la planta de personal de dicha entidad, como consta en la resolución 1467 del 10 de septiembre del 2019, en la cual en el ITEMS cuatro (4) encargan en el cargo donde él estaba vinculado a la funcionaria de carrera administrativa **ELCY JANETH LESMES CASTAÑEDA** la cual tiene un cargo base en el código 407 grado 14 Auxiliar administrativa del Colegio Integrado La Candelaria IED y la encargan en el Código 314 grado 10 de la Dirección Local de Usme , en el Área de Talento Humano.

Es claro, que la terminación de su relación laboral se dio en momentos en que se estaba de permiso sindical y, peor aún, lo hicieron sin levantar el fuero sindical, con una clara violación a lo normado en el artículo 405 del Código Sustantivo del Trabajo el cual trajo a colación.

Asunto: Tutela primera instancia
Accionante: DIDIER WALTE ESTEVES VASQUES
Accionada: SECRETARIA DISTRITAL DE EDUCACIÓN BOGOTÁ
ALCALDÍA MAYOR BOGOTÁ.
Radicado: 1100140880712020-093.

“Lo anterior indica de manera cierta, que en su caso se vulneró el debido proceso, el derecho al trabajo y otros derechos fundamentales, ya que, por contar con fuero sindical no lo podían despedir sin antes obtener el permiso del Juez del Trabajo para ello; lo que debieron hacer fue reubicarme en un cargo de igual o mejor categoría. Ya que se denota la violación del Decreto 1083 del 2005 “ARTÍCULO 2.2.5.3.4 Terminación de encargo y nombramiento provisional. Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados.” Hubo una falsa motivación, ya que la persona que gana el concurso, no se posesiono en el empleo público (OPEC) cargo en el cual yo estaba. Dirección Local de Usme Talento Humano”.

*“En el cargo donde trabajaba como Técnico Operativo 314 Grado 10 de la Dirección Local de Usme Área de Talento Humano, encargaron a la funcionaria de Carrera Administrativa, **ELCY JANETH LESMES CASTAÑADA**, como consta en la Resolución Numero: 1467 del 10 de septiembre del 2019. Ubicada en el Ítems Cuatro (4), que hasta esta fecha está ejerciendo el encargo”.*

Indica que la supuesta persona que ganó el concurso de méritos **DANIELA PEDROZA LUGO**, no se posesionó en el cargo que él venía ocupando. Esta, se posesiono en la Oficina de Personal del Nivel Central, en el cargo de Técnico Operativo Código 314 grado 10. Expresando, que el despido es aún más injusto. Según la resolución 1864 del 10 de julio del 2019, la cual se prorroga hasta el 16 de diciembre del 2019, supuestamente por una prórroga que solicito la Señora Daniela Pedroza en la Secretaria de Educación en la SEDE principal, en otro cargo u OPEC y no como lo norma el artículo 209 de la Constitución Política; los cuales son condiciones para afianzar los fines del Estado consagrados en el artículo 2 Ibidem.

Lo anterior, con un criterio racional y practico se impone como necesidad la provisión del cargo en forma temporal o transitoria, mientras se puede hacer la provisión definitiva lo cual se logra mediante las instituciones del nombramiento provisional de cualquier persona que reúna los requisitos para su desempeño o mediante encargo a empleado de carrera. En los términos de la sentencia C-077 de

Asunto: Tutela primera instancia
Accionante: DIDIER WALTE ESTEVES VASQUES
Accionada: SECRETARIA DISTRITAL DE EDUCACIÓN BOGOTÁ
ALCALDÍA MAYOR BOGOTÁ.
Radicado: 1100140880712020-093.

204 de la Corte Constitucional. A la vez la señora Daniela Pedroza Lugo, presunta ganadora de la OPEC donde él estaba nombrado provisionalmente en una vacante definitiva, no cumplió lo que dicta el artículo 122 de la Constitución Política, lo que indica, que ningún servidor Público entrara a ejercer su cargo, sin prestar Juramento de cumplir y defender la constitución y desempeñar los deberes que le incumben, ya que su posesión fue en otra AREA(Oficina de Personal) ,en otra SEDE(Nivel central), y como tal en otro cargo u OPEC, a pesar que la Planta de empleo es global, no paso su periodo de prueba en el OPEC, de la cual lo sacaron, y su traslado procedía después del periodo de prueba y su calificación satisfactoria. tal como lo indica la Ley 909 del 2004. Consejo de Estado sección 2 1/04/18 Expediente 4871 del 2015”.

En conclusión, solicita, se le amparen los derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo, a la dignidad y libre asociación sindical aun teniendo fuero, que han sido vulnerados por la parte accionada siendo una persona vulnerable en calidad de afrocolombiano. En consecuencia, se ordene a la accionada Secretaría Distrital de Educación de Bogotá, que proceda a declarar que no hubo solución de continuidad en el ejercicio del cargo. Además, que se le ordene el pago todos los salarios y demás prestaciones laborales a las cuales tenía derecho durante todo el tiempo que duró por fuera del cargo desde el despido hasta el reintegro en un cargo igual o mejor del que venía desempeñando, debido al perfil de profesional especializado. Finalmente, se ordene a la accionada, realice todos los aportes a seguridad social y demás prestaciones sociales de ley, desde el despido hasta su reintegro.

RESPUESTA DE LA ACCIONADA.

1.- El Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Secretaria Distrital de Educación de Bogotá, taxativamente informó al Despacho, que “a través del uso inapropiado del mecanismo constitucional invocado, el señor **ESTEVEZ VASQUES**, busca omitir el obligado acceso a la jurisdicción contenciosa, acudiendo sin fundamento jurídico razonable, a esa vía excepcional, que se recalca, no es la específicamente consagrada y diseñada para atacar decisiones administrativas, y de ese modo espera que sea el juez constitucional quien surta el debate sobre la legalidad de la Resolución 1885 del 12 de julio de 2019, con las

Asunto: Tutela primera instancia
Accionante: DIDIER WALTE ESTEVES VASQUES
Accionada: SECRETARIA DISTRITAL DE EDUCACIÓN BOGOTÁ
ALCALDÍA MAYOR BOGOTÁ.
Radicado: 1100140880712020-093.

que se vinculó a la entidad la señora **DANIELA PEDROZA LUGO** y se da por terminado el nombramiento provisional del accionante como Técnico Operativo Código 314, Grado 10, acto que se materializó el día 16 de diciembre de 2019, tomado posesión del cargo, pero además, sin haber demostrado que, conforme el señalado criterio jurisprudencial, se configure una situación fáctica que haga necesario promover medidas de protección tutelar tendientes a precaver un “perjuicio irremediable”.

“Asegura que, no se evidencia una irracionalidad manifiesta o trasgresión jurídica de bulto en consideraciones o decisiones adoptadas por los citados actos administrativos, por el contrario, tales decisiones contenidas en éstos se presumen ajustados al ordenamiento que regula las situaciones de provisión de vacantes mediante nombramientos provisionales, las hipótesis en que estos deben ser terminados, presunción que subsiste en tanto no sean revocados por la propia administración o declaradas nulas en sede contenciosa, amén que tampoco se encuentra acreditado que el funcionaria se halle en condición de vulnerabilidad manifiesta, o bajo una situación que haga necesario dejar sin efectos la terminación de su nombramiento como Técnico Operativo Código 314, Grado 10”.

*“No obstante, la improcedencia de la acción de tutela promovida por el señor a **ESTEVEZ VASQUES** por contar con un mecanismo judicial idóneo y eficaz para controvertir las referidas decisiones, la Oficina de Personal se permite efectuar las siguientes precisiones con relación a los hechos de la demanda, con el fin de evidenciar su adecuación a la Ley 909 de 2004 y 1437 de 2011, y a los Decretos 1083 de 2015, así como el respeto a las garantías constitucionales que estima vulneradas”.*

“Respecto de los hechos 1 al 13 informa, que verificados los antecedentes que reposan en los sistemas de información de Nómina Kombo, planta administrativa y Humano, se constató que el accionante **ESTEVEZ VASQUES**, se vinculó mediante acto legal y reglamentario, con carácter provisional, Mediante la Resolución 1985 del 9 de noviembre de 2017, se nombró de manera provisional en el cargo de Técnico Operativo Código 314, Grado 10, como última ubicación la

Asunto: Tutela primera instancia
Accionante: DIDIER WALTE ESTEVES VASQUES
Accionada: SECRETARIA DISTRITAL DE EDUCACIÓN BOGOTÁ
ALCALDÍA MAYOR BOGOTÁ.
Radicado: 1100140880712020-093.

Dirección Local de Usme de la Secretaria Distrital de Educación, cargo que fue ofertado en la Convocatoria Pública 427 de 2016”.

“La Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante Convocatoria número 427 de 2016, convocó a concurso abierto de méritos para proveer los empleos generados por vacancias definitivas en la Secretaría de Educación del Distrito, como se estableció en el Acuerdo 20161000001286 del 29 de julio de 2016 de. Cumplidas todas las etapas del concurso, la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió la 20182330125945 del 10 de septiembre de 2018, mediante la cual adopta la lista de elegible para proveer una (1) vacantes correspondientes a empleos del cargo denominado Técnico Operativo Código 314 Grado 10 de la planta administrativa de esta Entidad con número de OPEC 22648, la cual quedó en firme el 19 de septiembre de 2018”.

“En cumplimiento de lo consagrado en el Decreto 648 de 2017 Artículo 2.2.5.3.2, que establece el orden para la provisión definitiva de los empleos de carrera, la Secretaria Distrital de Educación de Bogotá, dio cumplimiento a la utilización de la lista de elegible, producto del concurso abierto de méritos, efectuando el respectivo nombramiento en periodo de prueba de la elegible señalada en la resolución 1864 del 10 de julio de 2019, y en el mismo acto administrativo termina el nombramiento provisional del accionante a partir de la posesión de la señora **DANIELA PEDROZA LUGO**, situación que se materializó el día 16 de diciembre de 2019, toda vez que la señora **PEDROZA LUGO** solicitó prórroga del nombramiento mediante oficio E-2019- 127398 del 12 de agosto de 2019, la cual se concedió mediante radicado S-2019-146063 del 12 de agosto de 2019, hasta el día 16 de diciembre de 2019, fecha para la cual tomó posesión del cargo dicha servidora”.

“La conformación de lista de elegibles para el empleo de Técnico Operativo Código 314 Grado 10 de la planta administrativa de esa Entidad con número de OPEC 22648, que ocupa provisionalmente el accionante en la Dirección Local de Usme, y la provisión de dicha vacante definitiva por parte de la Distrital de Educación, mediante el nombramiento en periodo de prueba de la señora **PEDROZA LUGO**, conllevó a la emisión de la Resolución 1885 del 12 de julio de

Asunto: Tutela primera instancia
Accionante: DIDIER WALTE ESTEVES VASQUES
Accionada: SECRETARIA DISTRITAL DE EDUCACIÓN BOGOTÁ
ALCALDÍA MAYOR BOGOTÁ.
Radicado: 1100140880712020-093.

2019, tal como se le puso en conocimiento al señor **ESTEVEZ VASQUEZ**, el día de 16 de diciembre de 2020, por intermedio del correo electrónico administrativosconvocatoria427@educacionbogota.gov.co".

"La Resolución 1864 del 10 de julio de 2019, mediante la cual desvincula al señor **ESTEVEZ VASQUES** del cargo como Técnico Operativo Código 314 Grado 10, (hecho que se ha materializó) es un acto de mero trámite que contra el mismo no procede recurso alguno, fue puesto en conocimiento del accionante, de tal suerte que el debido proceso fue garantizado, ya que se surtió el procedimiento de conformidad con los preceptos consagrados en la Ley 909 de 2004, Decretos 1083 de 2015 y 648 de 2017 y la Circular 9 de 2018 expedida por la Secretaria Distrital de Educación".

"Respecto del hecho Decimo Primero del escrito de tutela, la Servidora Pública **LESMES CASTAÑEDA ELCY JANETH**, revisada la Planta de Personal Administrativo de la Secretaria Distrital de Educación, se adjunta la ubicación actual. Teniendo en cuenta el anterior reporte, se evidencia que dicha servidora esta prestados sus servicios a la entidad en el Colegio el Verjon Institución de Educación Distrital."

"Es así como previamente la Entidad había puesto en conocimiento del accionante, todas las actuaciones que se venían surtiendo respecto de la Convocatoria 427 de 2016, OPEC 22648 del cargo que ostentaba en provisionalidad Técnico Operativo Código 314 Grado 10 ubicado por las necesidad del servicio en la Dirección Local de Usme, por lo tanto y en cumplimiento de lo consagrado en el Artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 648 de 2017, el cual establece el orden para la provisión definitiva de los empleos de carrera, la Secretaría de Educación del Distrito, debió dar cumplimiento a la utilización de 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 N°20182330125945 del 10 de septiembre de 2018".

"Es importante reiterar, que la vacante donde estaba nombrado provisionalmente **ESTEVEZ VASQUES**, su ubicación real es la Oficina de

Asunto: Tutela primera instancia
Accionante: DIDIER WALTE ESTEVES VASQUES
Accionada: SECRETARIA DISTRITAL DE EDUCACIÓN BOGOTÁ
ALCALDÍA MAYOR BOGOTÁ.
Radicado: 1100140880712020-093.

personal de la Secretaria Distrital de Educación, que el accionante fue nombrado en su momento en la Dirección Local de Usme por necesidades del servicio en dicha Dirección. Sin embargo, en el momento la entidad reportó la vacante a la Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC, para la convocatoria No 427 de 2016, en la oficina de Personal”.

“En efecto, por expresa disposición legal, la designación en provisionalidad del actor tiene por objeto proveer la vacante, aspecto sobre el cual conviene señalar que de acuerdo con la normatividad jurídica vigente que regula el ingreso y permanencia a cargos de carrera administrativa, en particular el artículo 125 de la Constitución Nacional y la Ley 909 de 2004, la totalidad de los derechos de carrera administrativa, y su permanencia indefinida en ella, se obtiene sólo luego de que el funcionario público **PEDROZA LUGO** ha participado en el respectivo concurso de méritos, es nombrado y evaluado satisfactoriamente en periodo de prueba, designado en propiedad e inscrito en carrera administrativa”.

“Por tal razón, la vinculación en provisionalidad, si bien constituye, de acuerdo con ese mismo estatuto, otra modalidad de ingreso a un cargo administrativo, no puede ser entendida, como una prerrogativa que el funcionario público adquiere para permanecer indefinidamente desempeñando el cargo, y tampoco le otorga per se, las prerrogativas de la inscripción en carrera administrativa, así el mismo haya sido ejercido durante cierto lapso de tiempo, como ocurrió en el caso del señor **ESTEVEZ VASQUES**, y en vacantes definitivas, el nombramiento provisional produce efectos hasta que la plaza sea cubierta, mediante nombramiento en periodo de prueba, con un elegible que haya adquirido esa condición producto del concurso de méritos, que para el caso en particular, así sucedió”.

“Es así como de conformidad con las previsiones establecidas en la Ley de Carrera Administrativa, la vinculación provisional que se efectuó al accionante, está prevista para finalizar como se estableció en la Resolución 1864 del 10 de julio de 2019, con el nombramiento en periodo de prueba y posesión de la elegible la señora **PEDROZA LUGO**, acontecimiento que a la fecha de la presentación de la tutela ya está posesionada, situación de la que tiene conocimiento el

Asunto: Tutela primera instancia
Accionante: DIDIER WALTE ESTEVES VASQUES
Accionada: SECRETARIA DISTRITAL DE EDUCACIÓN BOGOTÁ
ALCALDÍA MAYOR BOGOTÁ.
Radicado: 1100140880712020-093.

accionante, toda vez que no se trataba de un nombramiento definitivo sino provisional, como se puede evidenciar en el acto administrativo de nombramiento y la finalización de la vinculación provisional, que surte efecto de retiro, a partir de la fecha de posesión de la elegible”.

“En efecto, en el caso puntual del señor **ESTEVEZ VASQUES** empleado en provisionalidad, cuando es realizado el correspondiente concurso público de mérito, el Decreto 760 de 2005, por el cual se establece el procedimiento que debe surtirse ante y por la Comisión Nacional del Servicio Civil para el cumplimiento de sus funciones, en su artículo 24, establece lo siguiente”:

"ARTÍCULO 24. No será necesaria la autorización judicial para retirar del servicio a los empleados con fuero sindical en los siguientes casos”:

“24.1 Cuando no superen el período de prueba. 24.2 Cuando los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado que lo ocupa no participe en él. 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.”

“La Constitucionalidad de esta norma fue analizada por la Corte Constitucional, en Sentencia C - 1119 de 2005, examinando la naturaleza de la Carrera Administrativa, la función del nombramiento en provisionalidad y el fuero sindical, ante el reproche de los demandantes, respecto a que en la norma en mención se habrían desbordado facultades al regular asuntos de fuero sindical cuya regulación correspondía al legislador, quien históricamente lo habría hecho a través del Código Sustantivo del Trabajo, por tanto se estudió el asunto de la siguiente manera:”

“El retiro del servicio de servidores públicos amparados con la garantía del fuero sindical, que desempeñan el cargo en provisionalidad no requiere autorización judicial. Conexidad entre el retiro del servicio en esas condiciones y la provisión de empleos mediante concurso público de méritos, como asunto propio de la Comisión Nacional del Servicio Civil”.

Asunto: Tutela primera instancia
Accionante: DIDIER WALTE ESTEVES VASQUES
Accionada: SECRETARIA DISTRITAL DE EDUCACIÓN BOGOTÁ
ALCALDÍA MAYOR BOGOTÁ.
Radicado: 1100140880712020-093.

“En ese orden, no puede entenderse que, con la sola emisión de la Resolución 1864 del 10 de julio de 2019, se hubiere violado los derechos invocados por el accionante, pues su vinculación laboral cesó desde el 16 de diciembre de 2019, fecha para la cual se nombró la funcionaria administrativa elegible en el concurso de méritos, pues basa su tutela en hechos futuros e inciertos”.

“Por lo anteriormente expuesto considera que, la presente acción de tutela no está llamada a prosperar, pues no existe un derecho fundamental cuyo estado de vulneración sea irremediable o requiera atención inmediata como quiera que de las pruebas allegadas al proceso y las que reposan en esa entidad, no se logra demostrar lo argumentado en los hechos, de manera que la Secretaría Distrital de Educación, no ha vulnerado derecho fundamental alguno en razón a que toda su actuación se ajusta a derecho”.

“Finalmente, debe anotarse que, en el caso bajo estudio, resulta improcedente la acción impetrada, toda vez que el accionante cuenta con otros mecanismos ordinarios de defensa judicial a los cuales debió acudir previo al ejercicio de la acción de tutela, por ser una acción de ultima ratio. Y al no ser cierto que la Secretaria Distrital de Educación haya vulnerado derecho fundamental alguno del accionante. Solicita se declare improcedente esta acción constitucional”.

2.- Por su parte la **ALCALDIA MAYOR DE BOGOTÁ**, informó al Despacho, haber enviado por competencia el escrito de tutela a la Secretaria Distrital de Educación de Bogotá.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. Cuestiones previas

De conformidad con lo preceptuado por los artículos 86 de la Constitución Política, 37 del Decreto 2591 de 1991, así como el Decreto 1382 del 12 de julio de 2000, es competente el despacho para pronunciarse sobre la solicitud de amparo

Asunto: Tutela primera instancia
Accionante: DIDIER WALTE ESTEVES VASQUES
Accionada: SECRETARIA DISTRITAL DE EDUCACIÓN BOGOTÁ
ALCALDÍA MAYOR BOGOTÁ.
Radicado: 1100140880712020-093.

invocada, por el lugar de ocurrencia de los hechos y por tratarse la entidad demandada de un particular que presta servicios de salud.

La Constitución Política, en el artículo 86, ha consagrado la acción de tutela como un mecanismo en desarrollo del cual, cualquier persona, sea natural o jurídica, puede acudir ante los jueces, en todo momento y lugar, para que mediante un procedimiento preferente, breve y sumario, reclame la protección de sus derechos fundamentales cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública, o por un particular en los casos expresamente señalados por la ley.

2. Problema Jurídico

Conforme a los hechos planteados por el accionante **DIDIER WALTE ESTEVEZ VASQUES**, el problema jurídico a resolver consiste en determinar **primero**, si la acción de tutela para este caso en concreto es el mecanismo idóneo para amparar los derechos que deprecia. **segundo**, si se cumple el requisito de inmediatez; y **tercero**, si el actor podía ser despedido ostentando fueron sindical.

En canto al **primer punto** a resolver, se tiene que, del análisis cuidadoso de los elementos materiales probatorios aportados al expediente tutelar, realizado bajo las reglas de la sana crítica; se tiene que, dada la naturaleza litigiosa de este caso en concreto, el cual requiere de un amplio debate probatorio, el competente para desatar este conflicto de origen laboral es el Juez de lo Contencioso Administrativo Sección de lo Laboral, o el Juez Ordinario Laboral. Pero nunca la acción de tutela, por cuanto esta la instituyó el Legislador, para la protección de aquellos derechos fundamentales que no cuente con otro mecanismo de defensa judicial, o para evitar un perjuicio irremediable que no es el caso del actor.

De allí que, es importante advertir, que la acción de tutela no ha sido consagrada para generar procesos alternativos o sustitutivos de los ordinarios, o especiales, ni para modificar las reglas que fijan los diversos ámbitos de competencia de los jueces, como tampoco para crear instancias adicionales a las

Asunto: Tutela primera instancia
Accionante: DIDIER WALTE ESTEVES VASQUES
Accionada: SECRETARIA DISTRITAL DE EDUCACIÓN BOGOTÁ
ALCALDÍA MAYOR BOGOTÁ.
Radicado: 1100140880712020-093.

existentes, ni para posibilitar la opción de rescatar pleitos ya perdidos, sino que tiene su propósito claro y definido, estricto y específico consagrado en el artículo 86 de la Constitución Política, el cual en su inciso 2º puntualiza:

Esta acción solo 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.

Por su parte, en igual sentido, el Consejo de Estado, en el fallo 057 de 2011 puntualizo:

La acción de tutela fue concebida en el artículo 86 de la Constitución Política como mecanismo de defensa y protección inmediata de los derechos fundamentales únicamente cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial salvo que, se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En el caso que nos ocupa el accionante **DIDIER WALTE ESTEVEZ VASQUES**, como ya se dijo, cuenta con la Jurisdicción de los Contencioso Administrativa o laboral Ordinaria, cual es la competente para conocer y resolver su caso, el cual requiere de un amplio debate probatorio que no es del resorte de la acción de tutela.

Frente al **segundo punto** a tratar, relacionado con el **principio de inmediatez**, se tiene que el extrabajador fue desvinculado desde el día dieciséis (16) de diciembre de 2019, y a la fecha dos (2) de septiembre 2020, en que presentó la acción de tutela, transcurrió ocho (8) meses y dieciséis (16) días, lo que indica que no se cumple el requisito de inmediatez de la acción de tutela y por consiguiente no se avizora la existencia de un perjuicio irremediable, que sería la única forma en que podría prosperar la acción de constitucional como mecanismo transitorio. La norma es clara y así lo ha sostenido la Corte Constitucional en su amplio precedente jurisprudencial.

De otro lado, frente al **tercer punto** relacionado con el **fuero sindical** del trabajador despedido en este caso en concreto se tiene que, el artículo 24 del Decreto 760 de 2005, declarado exequible por la Corte Constitucional mediante

Asunto: Tutela primera instancia
Accionante: DIDIER WALTE ESTEVES VASQUES
Accionada: SECRETARIA DISTRITAL DE EDUCACIÓN BOGOTÁ
ALCALDÍA MAYOR BOGOTÁ.
Radicado: 1100140880712020-093.

Sentencia SU-1119 DE 2005. Dicha norma faculta a la administración para desvincular a los empleados en provisionalidad señalando que:

Artículo 24. No será necesaria la autorización judicial para retirar del servicio a los empleados amparados con fuero sindical en los siguientes casos:

24.1 Cuando no superen el período de prueba.

24.2 Cuando los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado que lo ocupa no participe en él.

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.

De esta manera no es viable alegar por parte del accionante, que fue suspendido del cargo sin el levantamiento del fuero sindical por orden o sentencia judicial, y encontrándose inmerso en estas causales, la Secretaria Distrital de Educación de Bogotá, estaba legitimada para desvincularlo, cuando el cargo en definitiva fue ocupado por la ganadora del concurso de mérito.

Ahora bien, la única forma o manera que un servidor público nombrado en provisionalidad pueda tener la posibilidad de no ser despedido cuando el cargo que ocupaba fue sometido a concurso de mérito por la Comisión Nacional de Servicio Civil y la vacante fue ocupada por el ganador del concurso, el trabajador debe tener la calidad de madre o padre cabeza de familiar o pertenecer al reten social, es decir, que este próximo a pensionarse, situación que no es la del accionante **DIDIER WALTE ESTEVEZ VASQUEZ**, de allí que consideramos pertinente traer a colación, la Sentencia SU-691 de 2017 de la Corte Constitucional, la cual puntualizó:

DESVINCULACION DE SERVIDORES PUBLICOS PROVISIONALES CON OCASION DE CONCURSO DE MERITOS-Situaciones que deben ser tenidas en cuenta cuando servidor ostenta la calidad de mujer cabeza de familia.

Asunto: Tutela primera instancia
Accionante: DIDIER WALTE ESTEVES VASQUES
Accionada: SECRETARIA DISTRITAL DE EDUCACIÓN BOGOTÁ
ALCALDÍA MAYOR BOGOTÁ.
Radicado: 1100140880712020-093.

“Cuando el servidor que debe ser desvinculado ostenta la calidad de mujer cabeza de familia, la entidad deberá tener en cuenta dos situaciones antes de proceder a la desvinculación: 1. Si cuenta con un margen de maniobra, reflejado en vacantes, para la provisión de empleos de carrera, en razón de la diferencia entre las plazas ofertadas y aquellas provistas mediante la correspondiente lista de elegibles, surge la obligación de garantizar la estabilidad laboral tanto del ganador del concurso como del servidor público cabeza de familia. 2. Si no cuenta con margen de maniobra, la entidad debe generar los medios que permitan proteger a las madres cabeza de familia, con el propósito de que sean las últimas en ser desvinculadas de sus cargos, esto, por cuanto no gozan de un derecho indefinido a permanecer en el cargo de carrera”.

En la misma sentencia, ha dicho la Corte Constitucional, 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.

En el caso que nos ocupa, la terminación del contrato o empleo en provisionalidad del señor **DIDIER WALTE ESTEVEZ VASQUEZ**, obedeció a una causa justa cual fue la aplicación de la lista de elegibles del concurso de mérito realizado por la Comisión Nacional del Servicio Civil mediante Convocatoria para la convocatoria No 427 de 2016 del cargo que venía desempeñando el cual ha dicho la Secretaria Distrital de Educación de Bogotá, la vacante la llenó en definitiva la persona que ganó el concurso, es decir, por la señora **DANIELA PEDROZA LUGO**.

En consecuencia, se advierte por el Despacho la legitimidad de la conducta de la entidad accionada, toda vez que la terminación del contrato del accionante, lo hizo en cumplimiento del concurso de méritos y respetando los derechos de la concursante que aprobó el mismo a ser nombrada en el cargo que aprobó.

Asunto: Tutela primera instancia
Accionante: DIDIER WALTE ESTEVES VASQUES
Accionada: SECRETARIA DISTRITAL DE EDUCACIÓN BOGOTÁ
ALCALDÍA MAYOR BOGOTÁ.
Radicado: 1100140880712020-093.

Corolario de todo lo anterior expuesto, al ser la acción de tutela el mecanismo idóneo para proteger los derechos presuntamente vulnerada por la entidad demandada, al no cumplirse el requisito de inmediatez y por consiguiente no avizorarse un perjuicio irremediable dado el lapso que demoró el actor para promover esta acción constitucional, y estando facultada o legitimada la Secretaria Distrital de Educación para desvincular al accionante con fuero sindical sin necesidad de suspender el mismo por orden judicial. El amparo solicitado por el señor **DIDIER WALTE ESTEVEZ VASQUES** se torna improcedente como en efecto se declarará.

En mérito de lo expuesto, **EL JUZGADO SETENTA Y UNO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre del pueblo y por autoridad de la Constitución Política,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR por improcedente la acción de tutela promovida por el señor **DIDIER WALTER ESTEVEZ VASQUES** contra la **SECRETARIA DISTRITAL DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ** y la **ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ**, por las razones expuestas en el cuerpo movido de esta decisión.

SEGUNDO: NOTIFICAR el presente fallo según lo ordena el artículo 30 del Decreto 2591 de 1.991, a través de los medios electrónicos, informando a las partes que cuentan con tres días siguientes a la notificación de esta providencia, para que la impugnen.

TERCERO: De no ser impugnado el presente fallo, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



JENNYFFER ADRIANA ROJAS MANCIPE

JUEZA

Asunto: Tutela primera instancia
Accionante: DIDIER WALTE ESTEVES VASQUES
Accionada: SECRETARIA DISTRITAL DE EDUCACIÓN BOGOTÁ
ALCALDÍA MAYOR BOGOTÁ.
Radicado: 1100140880712020-093.

Nota. Se advierte que la presente decisión incorpora firma escaneada, en estricto acatamiento de las previsiones contenidas en los Acuerdos PCSJA20-11517, 11518, 11521 y 11526, del Consejo Superior de la Judicatura y por virtud de la actual contingencia de salud pública.