

Tutela No. 2020-089  
Accionante: Karen Rentería Asprilla  
Accionada: Secretaria Distrital de Educación  
Decisión: Niega Tutela.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**JUZGADO SETENTA Y CUATRO (74) PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE  
CONTROL DE GARANTÍAS**

Bogotá D.C., primero (01) de octubre del dos mil veinte (2020)

**ACCIÓN DE TUTELA**

Radicación: No. 2020-089  
Accionante: Karen Rentería Asprilla  
Accionado: Secretaria Distrital de Educación  
Decisión: No concede Tutela

**ASUNTO**

Resolver la acción de tutela instaurada por **KAREN RENTERÍA ASPRILLA**, quien actúa en nombre propio, en contra de la Secretaria Distrital de Educación, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la seguridad social, vida digna, trabajo, mínimo vital, y derechos de los niños, consagrados en la Constitución Nacional.

**FUNDAMENTOS FÁCTICOS**

La señora **KAREN RENTERÍA ASPRILLA**, interpone acción de tutela en contra de la Secretaria Distrital de Educación, argumentando que mediante Resolución No. 0489 del 26 de febrero de 2020, fue nombrada docente en provisionalidad, laborando en el Instituto Educativo Colegio Técnico Jaime Pardo Leal; la coordinadora y la rectora de la institución, le informaron que existía una titular del cargo, que debía ser retirada; pero por su estado de embarazo, fue reubicada en el Colegio Jaime Pardo Leal- IED; donde estuvo laborando hasta finalizar la licencia de maternidad y el periodo de lactancia, terminando su contrato laboral e informando a la Secretaria de Educación.

Agrega que pasó derecho de petición a la entidad accionada, exponiendo su situación actual y solicitando su reubicación; en respuesta el 3 de septiembre del presente año, le fue negada su continuidad del vinculación laboral; quedando de esa manera desprotegida con sus tres hijos menores de edad; anotando que la entidad accionada no tuvo en cuenta lo estipulado en el Decreto 1075 de 2015, referente a la terminación del nombramiento provisional.

## **PRETENSIONES**

Solicita se tutelen en su favor, los derechos fundamentales invocados y en consecuencia de lo anterior se le reconozca la estabilidad laboral reforzada y como consecuencia de ello, se ordene a la entidad accionada, a reubicarla como docente provisional en la vacante que se encuentre disponible en instituciones educativas adscritas a la Secretaria de Educación y se le priorice en las listas de reubicación, al momento de que hayan puestos de trabajo vacantes.

## **RESPUESTAS DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS**

### **La Secretaria Distrital de Educación**

El jefe de la oficina asesora jurídica de la entidad en mención, informó al despacho que las pretensiones de la accionante son improcedentes para ser resueltas mediante el mecanismo de la acción de tutela, por cuanto los nombramientos provisionales no tienen vocación de permanencia o equipararse a un nombramiento en periodo de prueba o en propiedad; si pretende algún reintegro, no es la instancia judicial para estudiar la solicitud, sino la jurisdicción Contenciosa Administrativa, entidad facultada para estudiar el acto administrativo que decidió finalizar su vinculación laboral, previa admisión del medio de control judicial de nulidad y restablecimiento del derecho.

Agrega que no existe un perjuicio irremediable, ni se encuentra probado por la accionante, para que surja el trámite de la presente acción de tutela; que la acción de tutela tiene un carácter subsidiario debido a que su objeto no es el de reemplazar a los medios judiciales ordinarios con los que cuentan los ciudadanos; tornándose improcedente la presente acción de tutela, porque no han transgredido ningún derecho fundamental de la accionante.

### **Ministerio de Trabajo**

La Asesora jurídica de la entidad en mención, informó al despacho que de acuerdo con lo manifestado por la accionante en esta tutela, no existe obligaciones ni derechos recíprocos entre el actor y la entidad que representa, lo que da lugar a que haya ausencia, bien sea por omisión o acción, de vulneración de los derechos invocados por el actor; solicita declarar la improcedencia de la tutela, por falta de legitimación por pasiva, y desvincular al Ministerio de Trabajo, pues no es la entidad que presuntamente amenazó o vulneró algún derecho fundamental a la accionante, pues se evidencia que no existe ninguna pretensión en contra de la entidad.

Que respecto al alcance de la provisionalidad, la Corte Constitucional ha realizado diversos pronunciamientos, señalando que la persona que desempeñe funciones bajo esta figura, al momento de la declaratoria de terminación de su relación legal y reglamentaria, cuenta con un fuero de estabilidad intermedio o relativo,

encaminado a proteger a quien desempeña un cargo de forma provisional. Por lo que las personas nombradas en provisionalidad sólo podrán ser retiradas del servicio por causales objetivas dispuestas en la constitución y la ley; que el retiro del servicio de un funcionario en provisionalidad, previo cumplimiento de las causales objetivas y/o de la designación de la persona que haya logrado superar el concurso de méritos, se deberá hacer a través de acto administrativo motivado, como quiera que la provisionalidad dista de la carrera administrativa y del libre nombramiento y remoción, por el tipo de sujeción que mantiene frente al Estado.

Que existen medios judiciales y procesales ordinarios apropiados, para resolver las controversias que se derivan de los concursos de méritos adelantados, por cuanto los mismos deben estar sustentados en actos administrativos proferidos dentro de dicha actuación administrativa los cuales gozan de presunción de legalidad, el artículo 138 del CPACA, establece el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho a través del cual la persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto y se restablezca su derecho, donde se podrá cuestionar todos los desacuerdos ante el juez natural.

Así mismo señala, que las funciones administrativas de ese Ministerio no pueden invadir la órbita de la jurisdicción laboral, contenida en el Art. 2 del Código Procesal del Trabajo, y al funcionario le es vedado el pronunciamiento de juicios de valor que califiquen los derechos de las partes, función que es netamente jurisdiccional. Por lo antes expuesto, solicita al despacho declarar la improcedencia de la acción respecto de la entidad que representa y exonerarlo de toda responsabilidad.

## **PRUEBAS**

1. Con el escrito de tutela, la accionante allegó los siguientes documentos:

- Fotocopia de la cédula de ciudadanía de la accionante.
- Fotocopia de los registros civiles de nacimiento de los hijos de la accionante.
- Fotocopia del derecho de petición, con fecha 28 de agosto de 2020, dirigida a la entidad accionada, suscrita por la accionante.
- Fotocopia de la respuesta dada por la entidad accionada, fecha 3 de septiembre de 2020, dirigida a la accionante.
- Fotocopia de la cédula de ciudadanía de la accionante.

Por su parte la Secretaria Distrital de Educación y el Ministerio de Trabajo, allegó fotocopia de poder y resolución para actuar en la presente acción de tutela.

## CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

### 1. Competencia

De conformidad con lo normado en el Decreto 2591, en concordancia con el Decreto 1983 de 2017, que dispone reglas de reparto, es competente este Despacho para conocer de la presente acción de tutela.

Frente al factor territorial se tiene que el domicilio de la accionante y la accionada es Bogotá y en esta misma ciudad tienen ocurrencia los hechos fundamento de la solicitud de amparo.

### 2. Del *sub examine*

El artículo 86 de la Carta Política señala que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o de particulares en los casos expresamente señalados. También establece dicha norma que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

### 3. Procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos que desvinculan a funcionarios públicos que ocupan cargos de carrera en provisionalidad

De acuerdo con los artículos 86 de la Constitución Política y 6 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es un mecanismo preferente y sumario de protección de los derechos fundamentales de las personas cuando estos se vean amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o excepcionalmente de un particular. Esta acción se caracteriza por ser subsidiaria y residual, lo cual implica que será procedente cuando (i) no exista un mecanismo de defensa judicial o de existir no resulta eficaz, o (ii) se promueva como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.<sup>1</sup>

Así, entonces, la jurisprudencia constitucional ha entendido que por regla general la acción de tutela es improcedente cuando se solicita el reintegro de empleados públicos a sus cargos, pues para controvertir los actos administrativos por medio de los cuales la administración decide separarlos de los mismos, existe la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la cual desplaza a la acción de tutela. No obstante, la Corte Constitucional ha admitido la procedencia excepcional de la tutela para solicitar el reintegro de servidores públicos a los cargos de los que han sido desvinculados, cuando en el caso concreto se advierte la vulneración de un derecho fundamental

---

<sup>1</sup> Sentencia T-012 de 2009 (MP Rodrigo Escobar Gil).

y se evidencia la ocurrencia de un perjuicio irremediable, toda vez que en estos eventos la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no proporciona una protección eficaz y adecuada a los derechos amenazados o vulnerados.<sup>2</sup>

#### **4. La estabilidad intermedia de los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad que desempeñan cargos de carrera administrativa**

La Constitución Política estableció en el artículo 125 el régimen de carrera administrativa como el mecanismo para el ingreso y desempeño de cargos públicos en los órganos y entidades del Estado, salvo las excepciones constitucionales y legales, y los regímenes especiales de creación constitucional.<sup>3</sup> El propósito de tal previsión constitucional es crear un mecanismo objetivo de acceso a los cargos públicos, en el cual las condiciones de ingreso, ascenso, permanencia y retiro respondan al mérito, conforme a criterios reglados, y no a la discrecionalidad del nominador.

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 frente a la Administración como a los funcionarios públicos que están desempeñando el cargo ofertado en provisionalidad. Por esta razón, la Corte ha sostenido que los cargos ejercidos en provisionalidad no pueden equipararse a los de carrera administrativa en cuanto a su vinculación y retiro, en

---

<sup>2</sup> Sobre este punto ha dicho la Corte: “[...] como regla general, la acción de tutela es improcedente para solicitar el reintegro de los empleados públicos, pues en el ordenamiento jurídico está prevista la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, luego existe un medio de defensa judicial propio, específico y eficaz que excluye la prevista en el artículo 86 Constitucional. No obstante la Corte ha manifestado que, excepcionalmente ante un perjuicio irremediable, puede resultar procedente el amparo cuando la acción de nulidad y restablecimiento del derecho resulta inadecuada para la efectividad de los derechos fundamentales violados, dada la situación que afronta el accionante”. Sentencia T-016 de 2008 MP Mauricio González Cuervo.

<sup>3</sup> La Corte Constitucional en la sentencia C-588 de 2009 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, SV Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Humberto Antonio Sierra Porto, Nilson Pinilla Pinilla y Mauricio González Cuervo) se pronunció acerca de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta en contra del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 de 2008, “*Por medio del cual se adiciona el artículo 125 de la Constitución Política*”. El actor en sus cargos señaló que el Congreso de la República se extralimitó al ejercer el poder de reforma constitucional, pues, en lugar de reformar la Carta, reemplazó uno de los ejes definitorios de la Constitución por otro opuesto o completamente diferente. Indicó el demandante que: “la supresión de la carrera, del mérito y del concurso por el ingreso automático previsto en el Acto Legislativo demandado, conduce a la libre disposición de los cargos en beneficio de quienes ingresaron provisionalmente y por la voluntad discrecional del correspondiente nominador, en detrimento del derecho de todos los ciudadanos a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, todo lo cual, adicionalmente, resulta predicable de los sistemas especiales de carrera que, en consecuencia, también son objeto de desconocimiento”. La Corte constitucional sostuvo que “la carrera administrativa es un principio del ordenamiento jurídico superior, que además se constituye en cimiento principal de la estructura del Estado, y en el instrumento eficaz para la realización de otros principios de la misma categoría. [...] Es tal la importancia de la carrera administrativa en el ordenamiento constitucional instituido por la Carta de 1991, que la Corte le ha reconocido el carácter de principio constitucional, bajo el entendimiento de que los principios “suponen una delimitación política y axiológica”, por cuya virtud se restringe “el espacio de interpretación”, son “de aplicación inmediata tanto para el legislador constitucional” y tienen un alcance normativo que no consiste “en la enunciación de ideales”, puesto que “su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base axiológico-jurídica, sin la cual cambiaría la naturaleza de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y razón de ser”. Dada la categoría de principio constitucional que le corresponde, en la providencia citada la Corte concluyó que “en el estado social de derecho la carrera administrativa constituye un principio constitucional y como tal una norma jurídica superior de aplicación inmediata, que contiene una base axiológico-jurídica de interpretación, cuyo desconocimiento vulnera la totalidad del ordenamiento constitucional”.

tanto existen marcadas diferencias entre los funcionarios inscritos en carrera administrativa y los funcionarios públicos provisionales<sup>4</sup>.

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 Constitución<sup>5</sup>.

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 publicidad<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> 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 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”.

<sup>5</sup> El parágrafo 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”.

<sup>6</sup> 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

Ahora bien, la alta Corporación ha reconocido que cuando un funcionario ocupa en provisionalidad un cargo de carrera y es, además, sujeto de especial protección constitucional, *“concorre 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”*<sup>7</sup>.

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<sup>8</sup>, 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)<sup>9</sup>.

En relación con la estabilidad laboral relativa de que gozan los funcionarios que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, la Corte Constitucional ha señalado algunas medidas que pueden adoptarse para garantizar los derechos fundamentales de quienes ameritan una especial protección constitucional por estar en condiciones de vulnerabilidad. Por ejemplo, en la sentencia de

---

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).

<sup>7</sup> Sentencia T-186 de 2013 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> 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).

unificación SU-446 de 2011<sup>10</sup>, la Corte 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 tales como las madres y padres cabeza de familia, prepensionados o personas en situación de discapacidad. Al respecto expresó:

“Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación<sup>11</sup>, 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<sup>12</sup>. 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

---

<sup>10</sup> 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”.

<sup>11</sup> La línea jurisprudencial en esta materia se encuentra recogida en la sentencia SU-917 de 2010, MP Jorge Iván Palacio Palacio (cita del texto).

<sup>12</sup> 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).

que dichas personas, **de ser posible**, sean nuevamente vinculadas en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía de los que venían ocupando” (negrillas originales).

## **5. Procedencia excepcional de la acción de tutela para ordenar el reintegro laboral.**

La tutela es un medio preferente y sumario de defensa judicial, cuyo objetivo es la protección de los derechos fundamentales que resulten violados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o, excepcionalmente, de los particulares. Acción que se caracteriza por ser subsidiaria y residual, lo que implica que sólo es procedente cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, o cuando existiendo éste no sea efectivo, o cuando se promueva como mecanismo transitorio para evitar que ocurra un perjuicio irremediable.

Sin embargo, de manera excepcional, la jurisprudencia constitucional también ha admitido que es procedente la acción de tutela para proteger derechos laborales, como es el caso del reintegro de las personas en estado de debilidad manifiesta o de aquellas que, por mandato constitucional, gozan de una estabilidad reforzada, cuando de su amenaza se deriva la vulneración de derechos fundamentales y, por las circunstancias fácticas, se requiere de su salvaguarda urgente. Es decir, es procedente como mecanismo transitorio para evitar que ocurra un perjuicio irremediable, o cuando el mecanismo previsto por el ordenamiento jurídico para su protección resulta inocuo, ineficaz o no es lo suficientemente efectivo para ofrecer una protección adecuada de los derechos. En este sentido, en la Sentencia T-341 de 2009, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, indicó:

*“La jurisprudencia de esta corporación ha establecido que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para solicitar el reintegro laboral, (...) salvo que se trate de sujetos en condición de debilidad manifiesta, como aquéllos a quienes constitucionalmente se les protege con una estabilidad laboral reforzada<sup>13</sup>, a saber, los menores de edad, las mujeres en estado de embarazo o durante la lactancia y, como se verá a continuación, el trabajador discapacitado.*

*Dicho criterio proviene de la necesidad de un mecanismo célere y expedito para dirimir esta clase de conflictos cuando el afectado es un sujeto que amerite la estabilidad laboral reforzada, que es distinto al medio breve y sumario dispuesto para los trabajadores amparados con el fuero sindical o circunstancial, que facilita el inmediato reestablecimiento de sus derechos”*

Por otro lado hay que tener presente en primer lugar, que la característica esencial de la acción de tutela es la subsidiariedad, la que se encuentra expresamente delimitada en el inciso 3 del artículo 86 de la Carta Política, cuando reza :

---

<sup>13</sup> Sentencias T-011 de 2008 y T-198 de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-661 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Tutela No. 2020-089  
Accionante: Karen Rentería Asprilla  
Accionada: Secretaria Distrital de Educación  
Decisión: Niega Tutela.

*“esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro mecanismo de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”*

Norma que tiene desarrollo legal en el inciso 1° del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, en razón a que los atentados contra los derechos constitucionales o legales por parte de los particulares o de las autoridades públicas, deben ser protegidos mediante el ejercicio de las acciones ordinarias, con la observancia del procedimiento propio para cada caso concreto y ante la autoridad competente por cuanto en estos eventos, el mismo ordenamiento legal ha brindado los instrumentos jurídicos para su protección a los que debe recurrirse y no a la acción de tutela, puesto que:

*“Tiene, pues, esta institución, como dos de sus caracteres distintivos esenciales los de subsidiariedad y la inmediatez; el primero por cuanto tan solo resulta procedente instaurar la acción cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable (Art. 86 inciso 3 Const. Nac.); el segundo, puesto que no se trata de un proceso sino de un remedio de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda de la efectividad concreta y actual del derecho sujeto a violación o amenaza. **En otros términos la acción de tutela no ha sido consagrada para provocar la iniciación de procesos alternativos o sustitutivos de los ordinarios**, o especiales, ni para modificar las reglas que fijan los diversos ámbitos de competencias de los jueces, ni para crear instancias adicionales a las existentes, ni para otorgar a los litigantes la opción de rescatar pleitos ya perdidos, sino que tiene el propósito claro y definido, estricto y específico que el propio artículo 86 de la Constitución indica, que no es otro diferente de brindar a la protección inmediata y subsidiaria para asegurarle el respeto efectivo de los derechos fundamentales que la Carta reconoce<sup>14</sup>” (Sentencia T.001 de abril 3 de 1992).” (Negrillas fuera de texto)*

Ahora bien, la jurisdicción laboral fue instituida para resolver las controversias jurídicas que se originan directa o indirectamente de una relación laboral derivada de un contrato de trabajo y por tanto, de manera natural y especial, es la vía idónea, eficaz, adecuada para demandar el reconocimiento del citado vínculo, sus efectos y consecuencias, la acción ordinaria laboral, garantiza a las partes su derecho de defensa y contradicción frente a la posibilidad de que se surta un amplio debate probatorio; y en caso de definirse la situación a favor del trabajador por comprobarse la existencia del derecho, la protección que se le brinda es integral y completa, ya que sus efectos se reconocen y ordenan desde el momento en que se acreditó su reconocimiento, por lo tanto, este es el medio idóneo para buscar la protección de los derechos laborales, cuando estos se consideran afectados.

No obstante la EXISTENCIA DE UN PERJUICIO IRREMEDIABLE hace viable la acción de amparo, así se ha accedido al amparo por vía de tutela en los casos

---

<sup>14</sup> Sent. T.001 de abril 3 de 1992.

por ejemplo de violación del derecho al trabajo en condiciones dignas y justas o de la igualdad de oportunidades para los trabajadores; en el derecho del trabajador a una remuneración mínima vital y móvil; o a una estabilidad reforzada en el empleo como lo es el caso de la mujer en estado de maternidad o del trabajador menor de edad, por lo tanto las controversias que se presenten en las relaciones entre trabajadores y empleadores que no tengan la debida incidencia constitucional, quedan sujetas a la reclamación ante la jurisdicción competente.

*“Ha de reafirmar la Corte su jurisprudencia en el sentido de que, **salvo en los casos de perjuicio irremediable, o en los que no exista medio judicial idóneo para defender los derechos fundamentales de la persona afectada -como cuando están de por medio el mínimo vital o necesidades básicas inaplazables de personas pertenecientes a la tercera edad-, no procede la acción de tutela para resolver conflictos entre patronos y trabajadores.** En cuanto a tales asuntos existen normalmente vías judiciales aptas para la protección de los derechos violados o amenazados, lo cual implica que es la jurisdicción ordinaria laboral la encargada de proferir fallo de mérito sobre el particular.”<sup>15</sup> (Negritas y Subrayas del Despacho).*

Por lo tanto, en razón de la naturaleza subsidiaria de la acción de tutela, la misma no es el mecanismo judicial principal para definir un debate litigioso sobre una relación laboral, porque existen consagrados procesos y procedimientos idóneos y eficaces para el efecto, que deben utilizarse en forma prevalente y entonces, sólo procede el amparo en materia laboral por la vía de tutela, cuando se establezca en el caso concreto el supuesto de falta de idoneidad del mecanismo ordinario, o frente a la inminencia de un perjuicio irremediable, caso en que se prodigará de manera transitoria.

Por último, en la sentencia T -467 de 2010, con ponencia del Magistrado JORGE IVÁN PALACIO PALACIO, se refirió la Corte al alcance de la protección especial cuando el trabajador se encuentre en estado de disminución:

*“Además la jurisprudencia ha dado una interpretación más amplia y favorable en el entendido que la estabilidad laboral reforzada aplica no sólo para quienes tienen un grado de calificación porcentual sino también para quienes han sufrido una disminución, **en su salud como consecuencia del desarrollo de sus funciones.***

*“Se observa que la normatividad vigente contenida en el derecho interno e internacional sobre la materia propugna una real protección de las personas con limitaciones para que éstas permanezcan en su empleo y prosperen gracias a un compromiso real y colectivo de ofrecerles la adecuada reintegración social. Sin embargo, cabría preguntarse qué sujetos deben estar protegidos por estas*

---

<sup>15</sup> Sentencia SU-667 de 1998 M.P. José Gregorio Hernández Galindo. “La jurisprudencia de la Corte ha admitido que excepcionalmente procede la tutela aun en materia laboral cuando, mirada la situación específica en que se halla el solicitante, se vislumbra la total ineficacia del medio judicial para la protección de derechos fundamentales violados o amenazados, o cuando se configura la inminencia de un perjuicio irremediable que amerite el amparo transitorio. Del primer género son los casos en que esté comprometido el mínimo vital del accionante y en que los derechos en juego lo son de una persona de la tercera edad, cuya urgencia e indefensión no admiten el trámite procesal normal. Del segundo, los eventos en que la resolución judicial ordinaria sea tardía y carente de utilidad para la defensa del derecho fundamental afectado de manera irreversible”.

*disposiciones. En este sentido, algunos podrían considerar que la estabilidad laboral reforzada sólo se aplica a aquellos que sufren algún grado de invalidez, tal y como lo sostuvo el accionado; sin embargo, resulta necesario definir con claridad quiénes están por éstas amparados, toda vez que la normatividad internacional y la jurisprudencia constitucional propugnan por un concepto de discapacidad más amplio. La jurisprudencia ha extendido el beneficio de la protección laboral reforzada establecida en la Ley 361 de 1997, a favor, no sólo de los trabajadores discapacitados calificados como tales, sino aquellos que sufren deterioros de salud en el desarrollo de sus funciones. En efecto, en virtud de la aplicación directa de la Constitución, constituye un trato discriminatorio el despido de un empleado en razón de la enfermedad por él padecida, frente a la cual procede la tutela como mecanismo de protección. Para justificar tal actuación no cabe invocar argumentos legales que soporten la desvinculación como la posibilidad legal de despido sin justa causa. Nace el deber del empleador de reubicar a los trabajadores que, durante el transcurso del contrato de trabajo sufren disminuciones de su capacidad física.”<sup>16</sup> (Negrillas fuera del texto).*

## PROBLEMA JURÍDICO

Procede el Despacho a determinar si la Secretaria Distrital de Educación, está vulnerando los derechos fundamentales invocados por **KAREN RENTERÍA ASPRILLA**, desconociendo la protección laboral reforzada por la condición de madre cabeza de hogar y el artículo 2.4.6.3.12 del Decreto 1075 de 2015, en el parágrafo 2, al parecer al dar por terminado su contrato de trabajo una vez finalizara el periodo de lactancia, afectando su posible reubicación.

De conformidad con los anteriores postulados, procede el Despacho a estudiar.

## EL CASO OBJETO DE ESTUDIO

Del contenido de la tutela y las pruebas documentales aportadas a la misma, se observa que entre las partes existió una relación laboral, encontrándose plenamente establecido que **KAREN RENTERIA ASPRILLA**, mediante Resolución No. 0489, del 26 de marzo de 2020, fue nombrada docente en provisionalidad, en el Instituto Educativo Colegio Técnico Jaime Pardo Leal; que la rectora y coordinadora de la institución le informaron que existía la titular del cargo, por lo cual debía ser retirada; pero como se encontraba en embarazo, fue reubicada, manteniéndola en el puesto de trabajo hasta que culminó la licencia de maternidad y el periodo de lactancia; una vez finalizado el periodo de lactancia, la entidad accionada le envió la terminación laboral; quien en la actualidad no tiene posibilidad de conseguir un empleo, no cuenta con ingresos económicos para el sostenimiento de sus tres hijos menores de edad y de ella; que al quedar cesante quedó desafiliada del Sistema General de Seguridad Social, generándole la imposibilidad tanto a los menores como a ella, de tener acceso al sistema de salud; adicional a lo anterior, se afectó su mínimo vital, siendo necesario para

---

<sup>16</sup> Ver sentencia T-198 de 2006

financiar las necesidades básicas como es la alimentación, vivienda, vestuario, acceso a los servicios públicos, de sus hijos y de ella.

De los hechos mencionados, se tiene que el inconformismo de la accionante, radica en el hecho que al momento de su desvinculación, la entidad accionada no tuvo en cuenta lo estipulado en el artículo 2.4.6.3.12 del Decreto 1075 de 2015, en su parágrafo 2, el cual establece de antes de dar por terminado el nombramiento provisional por alguno de los criterios definidos en el numeral y de existir otra vacante definitiva de docente de aula o docente orientador, la autoridad nominadora hará de inmediato el traslado del docente provisional a una nueva vacante definitiva sin consultar el aplicativo de ese decreto.

De otro lado se tiene la postura de la entidad accionada, quien fue clara al indicar que los nombramientos provisionales no tienen vocación de permanencia o equipararse a un nombramiento en periodo de prueba o en propiedad; que si lo que se pretende es algún reintegro, no es esta la instancia judicial para estudiar la solicitud, sino la jurisdicción Contenciosa Administrativa, entidad facultada para estudiar el acto administrativo que decidió finalizar su vinculación laboral, previa admisión del medio de control judicial de nulidad y restablecimiento del derecho.

De los documentos aportados a esta tutela por la Accionante, se evidencia tres copias de registros civiles de nacimiento de **KAMILA, SARA SOFÍA** y **SAMUEL DAVID REALES RENTERÍA**; este despacho consultó por la página de Adres, en el link de “*maestro afiliado compensados*”, donde registra que el padre de los tres menores, el señor **FEISAL REALES MARTINEZ**, es cotizante activo, del régimen contributivo de Sanitas EPS y se encuentra al día en el pago de septiembre de 2020; representa lo anterior que el padre de **KAMILA, SARA SOFÍA Y SAMUEL DAVID REALES RENTERÍA**, está laborando, significando ello que al parecer la accionante no es la única que está aportando al hogar si no también el padre de los menores y los mismos pueden ser afiliados al sistema de seguridad social en salud por intermedio del señor **REALES MARTINEZ**, lo que deja sin piso los argumentos de la peticionaria que los tres menores dependen económicamente de ella y actualmente no pueden acceder al sistema de salud.

Ahora bien, aunque es evidente que la falta de pago de salarios repercute en la vida cotidiana y que puede vulnerar otros derechos fundamentales, en este caso en concreto, no existen suficientes elementos probatorios aportados con la acción de tutela, que le permitan a este despacho tomar una decisión de fondo, en la medida en que era la accionante a la que le correspondía asumir la carga de demostrar el perjuicio irremediable y la afectación de sus derechos fundamentales invocados, ocasionado con la desvinculación como docente provisional por parte de la entidad accionada. 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. En efecto, era necesario evidenciar en el caso particular, que la disolución de su cargo de docente, puso en riesgo los derechos fundamentales de **KAREN RENTERIA ASPRILLA** y probar que su mínimo vital se vio afectado como consecuencia de la desvinculación.

En relación a la aludida vulneración de los derechos fundamentales a la vida y la seguridad social de la accionante, también corría esta con una carga argumentativa mínima, en demostrar cual es la afectación concreta, pues no basta solo con enunciarlos y no desarrollar de manera alguna su posible afectación, debiendo de despacharse desfavorablemente también su pretensión en procura de una salvaguarda de los mismos, por no acreditarse lo manifestado por la actora.

En este orden de ideas y en criterio de este estrado judicial; la presente acción no estaría llamada a prosperar, en razón a que: 1) Entre la Secretaria Distrital de Educación y la accionante, existe una subordinación, en este caso, son las diferencias entre la docente en provisionalidad y la accionada y 2) las pretensiones requeridas en esta tutela, deberán ser dirimidas ante la jurisdicción contenciosa, por cuanto, a consideración de este estrado judicial, el motivo de la terminación del contrato se debió a que finalizó el nombramiento provisional como docente de la aquí accionante, tal cual como lo indica la entidad accionada en cuanto a la Resolución de nombramiento provisional de la accionante, N° 0489 del 26 de febrero de 2020 en la parte resolutive plantea: *“La vinculación en provisionalidad no genera derechos de carrera docente y terminara al finalizar el fuero materno, sin necesidad de expedir un nuevo acto administrativo. Dicha finalización será efectiva una vez termine el proceso de lactancia”*, lo que conlleva a concluir a este estrado judicial, que al no existir una amenaza o riesgo inminente frente a sus derechos fundamentales, dicha situación le permite instaurar la demanda ante la jurisdicción Contenciosa Administrativa, entidad facultada para estudiar el acto administrativo que decidió finalizar su vinculación laboral, si ha bien lo considera.

Así las cosas, en caso de intervenir, sería imponer al Juez Constitucional invadir órbitas jurisdiccionales que no le competen (área contenciosa administrativa) y un claro abuso de ésta figura constitucional que está diseñada solo para contrarrestar violación de derechos fundamentales y en casos que ameriten apremiante protección.

Se debe destacar de la misma manera que la acción de tutela, es de naturaleza residual y subsidiaria, ya que fue concebida como un mecanismo jurisdiccional excepcional, para procurar la efectiva e inmediata protección de los derechos fundamentales de las personas, cuando quiera que éstos resulten vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de ciertos particulares. Es residual o subsidiaria porque no procede cuando existen otros recursos o medios de defensa judiciales para salvaguardar los derechos vulnerados, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En consecuencia, se reitera que se despachará desfavorablemente, las pretensiones incoadas por **KAREN RENTERIA ASPRILLA**, en contra de la Secretaria Distrital de Educación, al constatar que dicha entidad no ha vulnerado derechos fundamentales.

*Tutela No. 2020-089*  
*Accionante: Karen Rentería Asprilla*  
*Accionada: Secretaria Distrital de Educación*  
*Decisión: Niega Tutela.*

De la misma manera no se tutelaré en contra del Ministerio de trabajo, al establecerse que no ha vulnerado derechos fundamentales de **KAREN RENTERIA ASPRILLA**.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SETENTA Y CUATRO (74) PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO: NO TUTELAR**, las pretensiones incoadas por **KAREN RENTERIA ASPRILLA**, en contra de la Secretaria Distrital de Educación, al considerar que no se han vulnerado derechos fundamentales y que el tema objeto de controversia puede ser dirimido ante la jurisdicción contenciosa administrativa, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de éste proveído.

**SEGUNDO: DESVINCULAR** de la acción de tutela, al Ministerio de Trabajo.

**TERCERO: INFORMAR** a la accionante y accionado, que la presente decisión puede ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

**CUARTO: ORDENAR** que, de no ser impugnada esta decisión, se remita la actuación original a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**Firmado Por:**

**OMAR LEONARDO BELTRAN CASTILLO**  
**JUEZ MUNICIPAL**  
**JUZGADO 74 PENAL MUNICIPALCN FUNCION CONTROL GARANTIAS**  
**BOGOTA**

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:

**96db937db695d14872adce9e7557a2b24114ab75d288cbdbeb1b331eea32ba48**

Documento generado en 01/10/2020 05:49:26 p.m.