REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

JUZGADO QUINTO CIVIL DEL CIRCUITO

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Radicado: 005 **2022 – 00067** 00
Proceso: Acción de Tutela
Accionante: Víctor Hugo Clavijo Vásquez
Accionada: Hospital Militar Central
Asunto: **SENTENCIA**

Superado el trámite que es propio a esta instancia, se resuelve lo pertinente a la Acción de Tutela señalada en la referencia.

ANTECEDENTES

1.- Sustento Fáctico.

El accionante, en nombre propio, propuso acción de tutela para la protección de sus derechos al debido proceso, al trabajo y a la igualdad, con ocasión de los hechos que a continuación se resumen:

1.1. Que en resolución No. 0006 del 3 de marzo de 1992 se le nombró en provisionalidad para el cargo de AUXILIAR PARA APOYO DE SEGURIDAD Y DEFENSA Código 6-1 grado 27.

1.2. Que la Comisión Nacional del Servicio Civil convocó a concurso de méritos en acto administrativo del 31 de julio de 2018, para la ocupación de puestos de trabajo a cargo del Hospital Militar Central, en Convocatoria 638 de 2018.

1.3. Que para ese año 2018 el accionante tenía 56 años y se decía que los nombramientos se efectuarían en el año 2022, por lo que decidió no presentarse al concurso de méritos, suponiendo que le cubriría la figura de estabilidad laboral en calidad de prepensionado.

1.4. Que, cumplidas las etapas de rigor, se expidió resolución del 23 de noviembre de 2021 que conformó listas de elegibles para proveer 8 cargos

de empleo de carrera administrativa denominado AUXILIAR PARA APOYO DE SEGURIDAD Y DEFENSA. CODIGO 6-1 GRADO 27 y en consecuencia se profirió resolución No. 1480 del 21 de diciembre de 2021 que realizó nombramiento a quien ocupó el cuarto lugar en la lista de elegibles, la señora Adriana Lizeth Jiménez Bohórquez, dando por terminado el nombramiento en provisionalidad del actor.

2.- La Petición.

"…razón que me lleva a pedir, a través de esta acción constitucional, que el HOSPITAL MILITAR CENTRAL, de ser posible, se vincule nuevamente en provisionalidad, en cargos vacantes de la misma jerarquía del que venía ocupando, es decir AUXILIAR PARA APOYO DE SEGURIDAD Y DEFENSA código6-1 grado 27."

3.- La Actuación.

La presente acción de tutela fue admitida mediante proveído del dieciséis (16) de febrero del año en curso. Otorgase el término de un (1) día, para el pronunciamiento acerca de los hechos y pretensiones de la queja constitucional y aportara los medios de demostración que pretenda hacer valer en su defensa.

4.- Intervenciones.

Advierte el Despacho que se recibió informe del **Hospital Militar Central y la Comisión Nacional del Servicio Civil**.

El primero se opuso a la prosperidad de la tutela, pues consideró que su entidad no es competente para intervenir en el concurso de méritos, correspondiéndole tales funciones a la CNSC, siendo esta entidad quien determina quien entra y quien no a la carrera administrativa, de acuerdo con el método de calificación y selección establecido para ese concurso.

Por su parte, la CNSC informó que si bien el accionante se había presentado al concurso de méritos para el cargo de AUXILIAR DE SERVICIOS, DE INTELIGENCIA O DE POLICIA JUDICIAL O AUXILIAR PARA APOYO DESEGURIDAD Y DEFENSA, Código 6-1, Grado 27, identificado con el Código OPEC No. 83986,PROCESO DE SELECCIÓN NO.638 DE 2018 - HOSPITAL

MILITAR CENTRAL, del Sistema Especial de Carrera Administrativa del Sector Defensa, lo cierto es que no pudo ser admitido, toda vez que no acreditó el requisito de estudio, consistente en la aprobación de cinco (5) años de educación básica secundaria.

CONSIDERACIONES

1.- Competencia

Esta Sede de tutela es competente para conocer de la demanda constitucional, conforme a lo dispuesto en el artículo 86 superior, 1º y 37 del Decreto 2591 de 1991 y el artículo 2.2.3.1.2.1., del Decreto 1069 de 2015, modificado por el Decreto 1983 de 2017.

2.- El Problema Jurídico

Consiste en establecer si la autoridad judicial accionada incurrió en violación a los derechos fundamentales invocados por la parte actora por la entidad convocada, por cuenta de la desvinculación del cargo que venía ejerciendo al interior de la misma de manera provisional, aduciendo retén social en calidad de prepensionado. Lo anterior previo examen de los requisitos generales de la tutela.

3.- Tutela contra actos administrativos de carácter particular y concreto.

En sentencia T-595 del 2016, el alto tribunal constitucional señaló que:

"*Tanto los servidores públicos próximos a pensionarse como cualquier otro servidor público, en principio, no pueden acudir a la acción de tutela para discutir los actos administrativos de desvinculación. Sin embargo, de evidenciarse que con tal decisión la administración genera la ocurrencia de un perjuicio irremediable, se activa la competencia del juez constitucional de manera transitoria. Adicionalmente, procede la acción de tutela como mecanismo definitivo cuando el juez evidencie que el prepensionado que pretende su estabilidad laboral se encuentra en una precaria situación, generada por el retiro de su lugar de trabajo. Por tanto, es necesario que ese asunto sea tramitado a través de un mecanismo preferente y sumario, pues de someter al actor, en tales condiciones, a un procedimiento que podría durar un tiempo considerable, tornaría ineficaz la protección de los derechos fundamentales invocados por éste, un ejemplo de ello puede advertirse en los eventos en los que el juez de tutela advierta una afectación al mínimo vital del prepensionado*."

4.- De la figura del retén social a prepensionados y la estabilidad laboral reforzada de los próximos a pensionarse.

En esa misma oportunidad, la Corte Constitucional indicó sobre este particular lo siguiente:

"El retén social para los prepensionados es un régimen de protección diseñado por el legislador, cuyo fin es permitir que en los procesos de renovación o modernización de la Administración Pública – fusión, restructuración o liquidación -, así como en los procesos de reforma institucional, los servidores públicos próximos a pensionarse – aquellos a los que desde el momento en el que se determine la real y efectiva supresión del cargo les falte incluso tres años para cumplir las exigencias requeridas y así consolidar su derecho pensional – no puedan ser desvinculados, salvo que exista una justa causa para su desvinculación. De ahí que, si la razón por la que fueron apartados del cargo, atañe a aquello que justifica la protección laboral reforzada – proceso de renovación de la administración o reforma institucional - deberán ser reintegrados a su cargo o continuar el pago de los aportes al correspondiente fondo de pensiones hasta el momento en que se reconozca la pensión vejez, o se dé el último acto de liquidación de la entidad, lo que ocurra primero.

(…)

La Sala colige que la estabilidad laboral reforzada de la que gozan los prepensionados no es solo aquella que se desprende del retén social, sino que es una garantía susceptible de exigirse (i) ante la existencia de un vínculo laboral administrativo de funcionarios nombrados en propiedad o en provisionalidad y (ii) en los eventos en los que al solicitante desvinculado de su lugar de trabajo le falten 3 años o menos para cumplir los requisitos, edad y tiempo de servicio o semanas cotizadas, para adquirir el derecho pensional. En todo caso, el examen en sede de tutela de estas hipótesis exige un estricto examen de subsidiariedad, tal y como la Corte lo ha hecho en esta oportunidad. No obstante, dicha estabilidad laboral reforzada para los prepensionados no constituye un derecho absoluto, pues en caso de existir una justa causa el empleador podrá desvincular al trabajador de su lugar de trabajo. Contrario a ello, si el empleado es apartado de su cargo debido a su condición de persona próxima a pensionarse o sin tomar en cuenta tales condiciones y sin existir justa causa que lo amerite, se activa la protección laboral."

5.- Subsidiariedad de la Acción de Tutela

Conforme con lo dispuesto por la Corte Constitucional, la presente acción preferente y sumaria sólo resulta procedente cuando se han agotado los medios de defensa que el legislador ha dispuesto en cada caso particular o los mismos no resultan idóneos para la protección del derecho reclamado. De vieja data el Alto Tribunal Constitucional ha sostenido que:

"*Así, pues, la tutela no puede converger con vías judiciales diversas por cuanto no es un mecanismo que sea factible de elegir según la discrecionalidad del interesado, para esquivar el que de modo específico ha regulado la ley; no se da la concurrencia entre éste y la acción de tutela porque siempre prevalece -con la excepción dicha- la acción ordinaria.*

La acción de tutela no es, por tanto, un medio alternativo, ni menos adicional o complementario para alcanzar el fin propuesto. Tampoco puede afirmarse que sea el último recurso al alcance del actor, ya que su naturaleza, según la Constitución, es la de único medio de protección, precisamente

incorporado a la Carta con el fin de llenar los vacíos que pudiera ofrecer el sistema jurídico para otorgar a las personas una plena protección de sus derechos esenciales."[1] (Se subraya)

Igualmente, en sentencia T-471 de 2017, recogiendo el derrotero jurisprudencial trazado, señaló la Corte lo siguiente:

"Esta Corporación estableció que, por regla general, la acción de tutela procede de manera subsidiaria y, por lo tanto, no constituye un medio alternativo o facultativo que permita complementar los mecanismos judiciales ordinarios establecidos por la ley. Adicionalmente, la Corte señaló que no se puede abusar del amparo constitucional ni vaciar de competencia a la jurisdicción ordinaria, con el propósito de obtener un pronunciamiento más ágil y expedito, toda vez que éste no ha sido consagrado para reemplazar los medios judiciales dispuestos por el Legislador para tales fines.

Posteriormente, en las sentencias T-373 de 2015 y T-630 de 2015, estableció que, si existen otros mecanismos de defensa judicial que resulten idóneos y eficaces para solicitar la protección de los derechos que se consideran amenazados o vulnerados, el afectado debe agotarlos de forma principal y no utilizar directamente la acción de tutela. En consecuencia, una persona que acude a la administración de justicia con el fin de que le sean protegidos sus derechos, no puede desconocer las acciones judiciales contempladas en el ordenamiento jurídico, ni pretender que el juez de tutela adopte decisiones paralelas a las del funcionario que debe conocer del asunto dentro del marco estructural de la administración de justicia.

Ahora bien, en virtud de lo dispuesto en los artículos 86 Superior y 6º del Decreto 2591 de 1991, aunque exista un mecanismo ordinario que permita la protección de los derechos que se consideran vulnerados, existen algunas excepciones al principio de subsidiariedad que harían procedente la acción de tutela. La primera de ellas es que se compruebe que el mecanismo judicial ordinario diseñado por el Legislador no es idóneo ni eficaz para proteger los derechos fundamentales vulnerados o amenazados; y la segunda; que "siendo apto para conseguir la protección, en razón a la inminencia de un perjuicio irremediable, pierde su idoneidad para garantizar la eficacia de los postulados constitucionales, caso en el cual la Carta prevé la procedencia excepcional de la tutela"

6. Caso concreto.

Revisada la acción de tutela puesta a consideración de este Despacho, estímase que la misma no tiene vocación de prosperar, bajo los argumentos que a continuación se exponen:

En primer lugar, el tutelante no probó haberse valido de la vía administrativa para procurar el decaimiento del acto administrativo que dice, le causó un perjuicio con su desvinculación, pues no invocó los recursos ordinarios de reposición y apelación,

[1] Sentencia C-543 de 1992.

además, de que tampoco impetró el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativo, que con la solicitud de suspensión como medida cautelar se considera un mecanismo idóneo y eficaz para la protección del derecho que invoca.

Póngase de presente, además, en segundo lugar, que no se probó un perjuicio irremediable, pues las enfermedades que adujo el accionante y fundamentó con la historia clínica adosada – como la gonartrosis y el antecedente de enfermedad coronaria – por sí solas no conducen a tener por demostrado un hecho inminente y grave que perjudique las prerrogativas constitucionales del actor y avoque al juez constitucional a adoptar medidas urgentes. En cuanto a las patologías padecidas por la señora BELMA NOHELIA DAZA VACA de 67 años de edad, de quien dijo era su esposa, aparte de que no demostró esa calidad ni su dependencia económica, tampoco acreditó la existencia de dichas enfermedades.

Por último, no aparece verificada la calidad de prepensionado del accionante, pues la sola indicación de su edad es insuficiente para tales fines, si se tiene en cuenta que, en caso de ser afiliado al Régimen de Prima Media para lograr el derecho pensional debió demostrar el número de semanas cotizadas, lo que no hizo; y por otro lado, de ser afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en el que lo relevante es el monto ahorrado en su cuenta y que pueda financiar una pensión superior al 110% del salario mínimo, como lo dispone el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, pasó por alto la comrpobación de esta circunstancia.

Así las cosas, la tutela invocada no está llamada a prosperar.

DECISIÓN

En virtud de lo expuesto, el JUZGADO QUINTO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, y mandato constitucional: **RESUELVE:**

1.- NEGAR la tutela deprecada, por las razones que se echaron de ver en la parte considerativa de esta providencia.

2.- NOTIFICAR la presente decisión por el medio más expedito, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

3.- CONTRA la presente providencia procede el recurso de impugnación ante el superior, dentro de los tres (3) días siguientes a su comunicación, en la forma prevenida en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

4.- DISPONER que si este fallo no es impugnado por Secretaría se remita la actuación de tutela a la honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NANCY LILIANA FUENTES VELANDIA
JUEZA

Firmado Por:

Nancy Liliana Fuentes Velandia
Juez
Juzgado De Circuito
Civil 005
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **7e3a75d4d465dc3cf834984111a393cd1864d3a8d84f52f14adf331f381e2658**
Documento generado en 28/02/2022 02:15:11 PM

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