

REPUBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA
DESPACHO TERCERO

El expediente puede ser consultado en el siguiente enlace [T-2022-00170](#)

Sustanciador: Alfredo de Jesús Castilla Torres.

Barranquilla, D.E.I.P., (22) veintidós de abril de dos mil veintidós (2022).

ASUNTO

Se decide impugnación presentada por la vinculada Olga Mercado de Álvarez, contra la Sentencia de fecha 28 de febrero de 2022, proferida por el Juzgado 16° Civil del Circuito de Barranquilla, dentro de la acción de Tutela iniciada por Gisell Del Carmen Santiago Bernal, contra la Gobernación del Atlántico, por la presunta vulneración a sus derechos fundamentales al Trabajo, Acceso al desempeño y Cargos Públicos, al Debido Proceso y Confianza Legítima.

ANTECEDENTES

1. HECHOS

Los hechos que le sirven de fundamento a la presente acción, pueden ser expuestos así:

- La accionante participó en el concurso de méritos "Convocatoria No.1343 de 2019-Territorial 2019-II", logrando ocupar el primer lugar dentro de la lista de elegibles para el empleo con el código OPEC 75399 denominado Profesional Universitario, Código 219, Grado 9, conforme con la lista de elegibles establecida en la Resolución 8373 de la Comisión Nacional del Servicio Civil del 11 de noviembre de 2021.
- Para el empleo con el código OPEC 75399 en el concurso de méritos "Convocatoria No.1343 de 2019-Territorial 2019-II", ofertaron una vacante.
- La resolución 8373 del 11 de noviembre de 2021 que contiene la lista de elegibles donde la accionante ostenta el primer lugar tomó firmeza el 20 de noviembre de 2021, en este se ordena al nominador de la entidad gobernación del Atlántico, realizar los nombramientos en periodo de prueba que fueren procedentes, dentro de los diez días hábiles siguientes a la fecha de la posesión de un aspirante.
- La accionante arguye que desde el 29 de noviembre de 2021 hasta el 8 de febrero de 2022, han transcurrido 72 días y la Gobernación del Atlántico, no ha cumplido con el mandato imperativo e inobjetable contenido en la resolución 8373 del 11 de noviembre de 2021.

PRETENSIONES

Solicita la accionante se ordene a la Gobernación del Atlántico que, en el término de 48 horas, proceda a realizar su nombramiento y posesión en periodo de prueba en el empleo identificado con el código OPEC No. 75399, denominado Profesional Universitario, Código

219, Grado 9, de conformidad con la lista de elegibles establecida en la Resolución 8373 expedida por la Comisión Nacional del Servicio Civil el 11 de noviembre de 2021.

ACTUACIÓN PROCESAL

El conocimiento de la presente acción de tutela le correspondió en primera instancia al Juzgado Dieciséis Civil del Circuito de Barranquilla, mediante auto de 11 de febrero de 2022 se admitió la presente acción constitucional, y en la misma se ordenó la vinculación al proceso de Mayra Alejandra Mendoza Lizarazo, Jonnattan Rafael Torres Ariza, Eder Alberto Ariza Cepeda, Carmen Cecilia Rada Paba, Mercedes Tejeda Borja, Jeffrey Ozuna Ortega Karen Patricia Quevedo Angarita, Walter Ariza Pertuz, Eini Cecilia Martínez Escudero, Kelly Johana Soto Ching, Eilen Adriana Bilbao Díaz Cristian Adolfo Castro Sánchez, Ximena Del Pilar Rodríguez Cifuentes y La Comisión Nacional Del Servicio Civil.

Asimismo, dentro del trámite llevado a cabo por el Juez de primera instancia vinculó al proceso a Olga Mercado de Álvarez, la administradora de fondos pensionales Porvenir S.A. y la administradora de fondos pensionales Colpensiones para que dieran cuenta de aspectos pertinentes al caso en estudio.

Surtido lo anterior el Juzgado de conocimiento dicta sentencia el 28 de febrero de 2022, concediendo las pretensiones de la accionante, providencia que fue impugnada oportunamente por la señora Olga Mercado de Álvarez, concediéndose la misma.

CONSIDERACIONES DEL A-QUO

Realiza un análisis fundado en la jurisprudencia y la ley respecto al ingreso a los cargos públicos y los pormenores que se involucran frente a un concurso de méritos. Además, analiza las garantías constitucionales y legales frente a la estabilidad laboral reforzada, que para el caso Sub examine, se configura como una aparente estabilidad relativa para la señora Olga Mercado de Álvarez que se encuentra ocupando el cargo ofertado a través del concurso de méritos "Convocatoria No.1343 de 2019-Territorial 2019-II" debido a su calidad de sujeto de protección especial, según el accionado, Gobernación del Atlántico, por tratarse de una persona pre-pensionable.

No obstante, el juez de primera instancia determina que la señora Olga Mercado Álvarez no ostenta dicha calidad, y que a pesar de ello "Se ha esperado hasta el último momento para desvincular a Mercado de Álvarez del cargo, lo que denota que no se ha vulnerado prerrogativa alguna"

CONSIDERACIONES DE LA RECURRENTE

Olga Mercado de Álvarez, arguye se encuentra bajo la calidad de sujeto de especial protección al ser prepensionada y madre cabeza de familia al estar a su cuidado su progenitora y su esposo que no tienen la capacidad de trabajar y no cuentan con prestación económica alguna que sirva

para surtir las necesidades de su hogar. Asimismo, señala que el despacho debió ordenar su permanencia en el cargo o la asignación a uno de igual o superior categoría mientras obtiene su reconocimiento pensional.

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política y su reglamentación en los decretos 2591 de noviembre 19 y 1991, 306 de febrero 19 de 1992 y 1382 de julio 12 de 2000, toda persona tiene derecho a instaurar la acción de tutela para la protección de sus derechos fundamentales constitucionales, como un mecanismo subsidiario de defensa de los mismos, a falta de otro medio judicial de amparo.

Igualmente, debe tenerse en cuenta que, ella sólo resulta procedente contra los actos arbitrarios o no justificados de la entidad contra la cual se dirige la acción; dado que no procede contra los actos legítimos o decisiones adoptadas de acuerdo a atribuciones o facultades de la autoridad accionada o bien ejecutadas en cumplimiento de una norma de carácter legal.

En ese orden de ideas, si el accionante en tutela, cuenta o contó con un medio de defensa ordinario y con la utilización de éste no se le causa un perjuicio irremediable, forzosamente habrá de concluirse que la acción impetrada resultará a todas luces improcedente. Ahora bien, habrá de auscultarse en las circunstancias de hecho que rodean el caso en concreto, en la búsqueda de determinar la existencia de un mecanismo ordinario de defensa, o bien la existencia del mismo, pero la presencia de un perjuicio irremediable que permitan acceder al amparo deprecado.

Sin embargo, este examen de requisitos lo estimaremos superado toda vez que esta Agencia judicial vislumbra que se da el cumplimiento de los requisitos de inmediatez y subsidiaridad y los demás contemplados en el artículo 86 de la constitución política y el Decreto 2591 de 1991.

Para la solución de caso sub examine se estima conveniente exponer las medidas contenidas en la ley 790 de 2002 conocidas como retén social.

En la citada Ley, el Congreso de la República estableció, como ámbito de aplicación del retén social “los programas de renovación o reestructuración de la administración pública del orden nacional”; determinó que su finalidad es la de “garantizar la estabilidad laboral y el respeto a la dignidad humana para las personas que de hecho se encuentren en la situación de cabezas de familia, los discapacitados y los servidores públicos próximos a pensionarse” (C-795 de 2009), prohibiendo su retiro del servicio; y fijó, como límite temporal de la protección, el vencimiento de las facultades en torno a la condición de sujeto pre-pensionado, la Corte delimitó el concepto para efectos de la protección reforzada reconocida por el legislador, en la sentencia C-795 de 2009:

“(i) [Definición de prepensionado:] (...) tiene la condición de prepensionado para efectos de la protección reforzada reconocida por el legislador a sujetos de especial vulnerabilidad, en el contexto de procesos de renovación de la administración pública, **el servidor público próximo a pensionarse al cual le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez**”. (Negrilla fuera de texto)

Empero, bajo un análisis exhaustivo del historial laboral de la recurrente se determinó, que si bien cumple con la edad requerida para acceder a la pensión, las semanas cotizadas son inferiores a la requeridas teniendo la recurrente 748,8 semanas cuya exigencia mínima es de 1150 semanas cotizadas y examinando que el capital de la Cuenta de Ahorro Individual no es suficiente para la financiación de una pensión, por lo menos, del 110% del salario mínimo mensual legal vigente.

Pese a que, la estabilidad laboral de los prepensionados se convierte en un imperativo constitucional en cada uno de los escenarios en que se materialice alguna de las causales que lleven al retiro del servicio, la recurrente al no ostentar tal calidad no puede ser objeto de protección especial por esta circunstancia.

Por otra parte, la condición de madre cabeza de familia que arguye la recurrente para la Corte Constitucional en sentencia T-003 de 2018:

Se acredita cuando la persona (i) tiene la responsabilidad permanente de hijos menores o personas incapacitadas para trabajar, (ii) no cuenta con la ayuda de otros miembros de la familia y (iii) su pareja murió, está ausente de manera permanente o abandonó el hogar y se demuestra que esta se sustrae del cumplimiento de sus obligaciones, o cuando su pareja se encuentre presente pero no asuma la responsabilidad que le corresponde por motivos como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental.

En este orden de ideas se puede afirmar que la recurrente ostenta dicha calidad, al encontrarse bajo su cuidado su progenitora y su esposo, personas de la tercera edad que no cuentan con una pensión y por su avanzada edad se encuentran incapacitadas para trabajar, frente a lo cual se tiene como único elemento probatorio los documentos de identidad de las personas a su cuidado.

Puesto que el problema jurídico versa sobre la posible vulneración de los derechos fundamentales de la señora Olga Mercado de Álvarez, a la vida digna y al trabajo al concederse el amparo deprecado por la accionante, Gisell del Carmen Santiago Bernal al acceso al cargo que desempeña actualmente la recurrente, es conveniente traer lo referido en el Concepto 228281 de 2021 del Departamento Administrativo de la Función Pública que expone:

Los servidores en provisionalidad, 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. (...)

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.

Anudado a lo anterior, también resulta plausible traer a colación lo dicho por la Corte Constitucional en sentencia T-595 de 2016:

“(…) En aquellos eventos en los que la Administración no posea margen de maniobra, debe generar medios que permitan proteger a las personas en condiciones especiales (…) 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. (…) Ello, naturalmente, sin perjuicio de la asignación de los cargos cuando se adelantan los correspondientes concursos de méritos.” Es decir, la estabilidad relativa cede frente al mayor derecho que ostentan quienes ganaron un concurso público de méritos como es el caso de Gisell del Carmen Santiago Bernal.

Es por ello que no resulta acorde a Derecho la permanencia en el cargo de la señora Olga Mercado de Álvarez, ya que su condición no la eximia de demostrar su capacidad y mérito en igualdad de condiciones, ya que este debe ser el factor que determine el ingreso o la permanencia en el sector público.

De igual manera, no resulta transgredido derecho fundamental alguno con la desvinculación de la recurrente, debido a que tal y como exige la ley y la precedente constitucionalidad la gobernación del Atlántico, efectuó las medidas afirmativas y de cuidado pertinentes para no menoscabar sus derechos fundamentales, esto es, prorrogar su permanencia en el cargo, ante la imposibilidad de reubicarla en uno equivalente.

En mérito de lo anteriormente expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla Sala Segunda de Decisión Civil Familia, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley;

RESUELVE

Confirmar la sentencia del Juzgado Dieciséis Civil del circuito de Barranquilla proferida el 28 de febrero de 2022, por las razones anotadas en la parte motiva de esta providencia.

Notifíquese a las partes e intervinientes y al A quo, por correo electrónico o por cualquier otro medio expedito y eficaz posible.

Remítase a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

ALFREDO DE JESUS CASTILLA TORRES

Sala Segunda de Decisión Civil Familia

Sitio web: [Despacho 003 de la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Barranquilla](#)

Correo: Scf03bqlla@cendoj.ramajudicial.gov.co

JUAN CARLOS CERON DIAZ

CARMIÑA ELENA GONZÁLEZ ORTIZ

-

Firmado Por:

Alfredo De Jesus Castilla Torres
Magistrado
Sala 003 Civil Familia
Tribunal Superior De Barranquilla - Atlantico

Carmina Elena Gonzalez Ortiz
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 6 Civil Familia
Tribunal Superior De Barranquilla - Atlantico

Juan Carlos Ceron Diaz
Magistrado
Sala 004 Civil Familia
Tribunal Superior De Barranquilla - Atlantico

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:
b169693db2687cd8211a3d763fcbff14416818ec21492257d9e6ddd651a68901
Documento generado en 22/04/2022 11:58:10 AM

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