



Radicado: **080014189003202000336-02.**
Proceso: **ACCION DE TUTELA.**
Demandante: **EDILFA BEATRIZ GOMEZ LLERAS.**
Demandado: **ALCALDIA MUNICIPAL DE PUERTO COLOMBIA.**
Vinculado: **FAUZ MALOOF SANJUAN**

JUZGADO NOVENO CIVIL DEL CIRCUITO ORAL. Barranquilla, lunes ocho (08) de marzo de dos mil veintiuno (2.021).

Procede el Despacho a resolver la IMPUGNACION presentada por la accionante contra el fallo de fecha Enero 26 de 2021 proferido por el JUZGADO PROMISCO MUJICIPAL DE PUERTO COLOMBIA dentro de la presente solicitud de ACCIÓN DE TUTELA radicada bajo el No. 080014189003202000336-02 incoada en nombre propio por la señora EDILFA BEATRIZ GOMEZ LLERAS, identificada con la cedula de ciudadanía No. 22'578.549 expedida en Puerto Colombia (Atlántico) contra la ALCALDIA MUNICIPAL DE PUERTO COLOMBIA, a través de su Representante Legal o quien haga sus veces, por la presunta violación de sus derechos Constitucionales Fundamentales al DEBIDO PROCESO, al TRABAJO y a la ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA, vulnerados por la accionada.

ACTUACIÓN PROCESAL

La presente solicitud fue presentada en nombre propio por la señora EDILFA BEATRIZ GOMEZ LLERAS contra la ALCALDIA MUNICIPAL DE PUERTO COLOMBIA, correspondiéndole su conocimiento por reparto al JUZGADO PROMISCO MUJICIPAL DE PUERTO COLOMBIA, quien mediante auto del 08 de octubre de 2020 dispuso su admisión y ordenó oficiar a la parte accionada a fin de que diera respuesta a los hechos de la tutela. Una vez notificados procede a dictar sentencia declarando improcedentes las pretensiones, la cual fue impugnada por la accionante, siendo esa la razón por la que se encuentra en esta superioridad, donde se admitió por auto de fecha noviembre 23 de 2020, a fin de que se surta la alzada. Sin embargo, revisada la actuación surtida en 1era instancia observó esta superioridad una causal de nulidad que fue declarada por auto del 14 de Diciembre de 2020, ordenando VINCULAR al trámite a FAUZ MALOOF SANJUAN, quien fue nombrado mediante Decreto No. 206 de fecha septiembre 1º de 2020 en reemplazo de la accionante, en el cargo que ella venía desempeñando en la ALCALDIA MUNICIPAL DE PUERTO COLOMBIA, es decir, SECRETARIO CODIGO 440 GRADO 2, ordenando devolver el expediente al inferior, quien una vez recibido el mismo procede a ordenar la vinculación y a dictar sentencia el 26 de Enero de 2021, la cual fue impugnada nuevamente por la accionante y remitida a esta superioridad a fin de que se surta la alzada.

HECHOS QUE MOTIVARON LA ACCIÓN

Los hechos de la tutela se resumen son:

"Narra el accionante que fue vinculada la Concejo Municipal de Puerto Colombia en el cargo de subsecretaria mediante acta No 039 desde el 24 de agosto de 1994 hasta el 14 de febrero de 1996 y posteriormente fue vinculada al cargo de pagador mediante acta 049 a partir del 15 de febrero de 1996 hasta el 12 de enero de 1998, para lo cual laboró en un término interrumpido de tres (3) año, cuatro (4) meses y ocho (8) días. Agrega que la señora EDILFA BEATRIZ GOMEZ LLERAS, fui vinculada laboralmente a la Alcaldía Municipal de Puerto Colombia en provisionalidad en el cargo de secretaria desde el 2 de noviembre de 1999 hasta el 23 de septiembre de 2020, donde fue declarada insubsistente mediante decreto 243 de 22 de septiembre de 2020 de conformidad con la certificación expedida por el jefe de relaciones laborales de la Alcaldía municipal para computar un término de 20 años 10 meses y 21 días. Alega que en total labro 24 años y 3 meses por lo cual la misma tiene el requisito para tener derecho a un tratamiento preferencial de pre pensionable de conformidad con el artículo 12 de la ley 790 de 2002 y su decreto reglamentario 190 de 2003. Esgrime que cumpla con los requisitos de la norma para acceder el derecho de pensión, toda vez que la misma tiene 65 años de edad y ha cotizado 1262.11 semanas, es decir que le faltan 38 semanas para cumplir con el tiempo de cotización legal. Por lo que la misma contaba con protección y resguardo legal de pre-pensionada de conformidad con las normas citadas. Señala que la misma contaba con protección especial reforzada por encontrarse próxima para el disfrute su pensión de vez, jubilación de conformidad con las disposiciones del artículo 12 de la ley 790 de 2002. En conclusión, acude al presente amparo toda vez que la Alcaldía Municipal de Puerto Colombia vulnero su derecho al debido proceso y al Mínimo vital, por lo que acude al presente amparo a fin de invocar la salvaguarda de los derechos conculcados."

P R U E B A S:

DE LA PARTE ACCIONANTE

La accionante apporto las señaladas en el acápite de pruebas.

DE LA PARTE DEMANDADA

La accionada no aportó prueba alguna.

P R E T E N S I O N E S:

Con fundamento en los hechos narrados y en las consideraciones expuestas, la accionante pretende que a través del presente amparo se tutelen sus derechos fundamentales al MÍNIMO VITAL, al DEBIDO PROCESO, a la ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA y a la SEGURIDAD SOCIAL y en consecuencia se ordene su reintegro al cargo que venía desempeñando en la ALCALDIA MUNICIPAL DE PUERTO COLOMBIA o a otro de igual o mejor categoría, por gozar de la calidad de pre-pensionable.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

- La accionada ALCALDIA MUNICIPAL DE PUERTO COLOMBIA, a través de su Asesor Jurídica, manifiesta lo siguiente:

“SUBSIDIARIEDAD. Según lo establecido en artículo 86 de la Constitución, la tutela es de naturaleza residual y subsidiaria, que busca evitar la consecución de un perjuicio irremediable; lo cual condiciona a que el afectado no disponga de ningún otro mecanismo de defensa judicial, o existiéndolo, éste no sea suficiente o idóneo. “La acción de tutela es un mecanismo de naturaleza constitucional, orientado a la defensa judicial de los derechos fundamentales, que puedan resultar vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, e incluso de los particulares, en ciertas situaciones específicas. Su utilización es excepcional y su interposición solo es jurídicamente viable cuando, examinado el sistema de acciones judiciales, no se encuentre un medio ordinario eficaz para la protección de los derechos y, por lo tanto, no haya un mecanismo judicial que brinde un amparo oportuno y evite una afectación grave e irreversible de las garantías constitucionales”. Sentencia T-201 de 2018. El principio de subsidiariedad, implica no solo la garantía de las competencias jurisdiccionales, de la organización procesal, y la seguridad jurídica, sino que establece la prevalencia de los mecanismos ordinarios, afirmando entonces que la tutela no es un mecanismo adicional o complementario “pues su carácter y esencia es ser único medio de protección que, al afectado en sus derechos fundamentales, brinda el ordenamiento jurídico” Sentencia T-106 de 1996. La acción constitucional tiene un uso excepcional, no puede ser considerada como una opción para el titular de los derechos de amparo cuando se tiene otra acción judicial, por el contrario, debe ser una única vía para quien enfrente una amenaza inminente sobre sus garantías ius fundamentales. Por lo que la procedencia de la misma está condicionada al principio de subsidiariedad, teniendo en cuenta que el Decreto 2591 de 1991 indica que solo procede la tutela cuando “el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial”; bajo ese entendido no puede desplazar la jurisdicción ordinaria y extraordinaria de defensa.” La inobservancia de tal principio es causal de improcedencia de la tutela a la luz del numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, declarado exequible en la Sentencia C-018 de 1993. La consecuencia directa de ello es que el juez constitucional no puede entrar a discernir el fondo del asunto planteado, pues es competencia de otro funcionario judicial”. Sentencia T-201 de 2018. En tales casos la jurisprudencia constitucional ha consagrado dos escenarios en los cuales la acción tutela puede proceder como mecanismo de amparo (i). De manera transitoria, cuando el mecanismo ordinario “no tenga la virtualidad de conjurar un perjuicio irremediable” (ii). De manera definitiva cuando el mecanismo ordinario de defensa judicial no sea eficaz ni idóneo para la protección de los derechos fundamentales.

Cuando de controversias laborales se trata, la acción constitucional resulta improcedente, dado que para la defensa de los derechos laborales los interesados pueden acudir a un debate judicial natural dentro de la jurisdicción ordinaria, siendo esta, la principal vía de acción debido a su existencia y el deber del ciudadano de acudir a la misma. No obstante, procede excepcionalmente según las particularidades y relevancias del caso, cuando lo que se busca es evitar la consecución de un perjuicio irremediable.

“Entonces es necesario verificar que los mecanismos tengan la capacidad material para proteger de forma efectiva e integral los derechos de la persona, conforme a su situación particular. Resulta imperativo determinar si el reclamo del accionante puede ser tramitado y decidido de forma adecuada por la vía ordinaria o si, por la situación particular de quien la promueve, acudir a ella lejos de proteger sus derechos, posterga su ejercicio, al punto de vaciar las garantías ius fundamentales en sus especiales circunstancias”.

GARANTIA DE LA SEGURIDAD SOCIAL. La Oficina de Relaciones Laborales, al indagar los hechos expuestos encuentra que efectivamente la accionante estuvo vinculada a la entidad desde el 2 de

noviembre de 1999, fecha en la que se posesionó en el cargo de asistente de secretaria, hecho evidenciado mediante los soportes que se encuentran en la hoja de vida de la accionante. De acuerdo con lo relatado por la accionante, se tiene que el Municipio de Puerto Colombia adeuda pagos por concepto de aportes a pensión en favor de la misma; por ello, se solicitó a la Secretaria de Hacienda Municipal información al respecto de cómo se encuentra a partir de la nueva administración que inicio el 1 de enero de 2020, los pasivos pensionales existentes por parte del municipio, en relación a las semanas de cotización faltantes en especial de la situación actual de la peticionaria, teniendo que a la fecha no se ha realizado pagos correspondientes a los saldos adeudados. Sin embargo, la Administración Central de Puerto Colombia, dio inicio al proceso de depuración pensional con cada uno de las Administradora de Fondos de Pensión correspondientes.

Que el 1 de octubre de 2020, se remitió solicitud a la AFP COLPENSIONES, con la finalidad de identificar la necesidad para cada afiliado, dado que para todos no aplica el mismo procedimiento (bien sea realización de cálculo actuarial o liquidación y pago directo por el operador de aportes). GARANTÍA Y ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE EN UN EMPLEADO NOMBRADO EN PROVISIONALIDAD EN UN CARGO DE CARRERA ADMINISTRATIVA. Ahora bien, para dar respuesta a las afirmaciones realizadas por la accionante en el escrito tutelar, es necesario conocer lo que se conoce como pre pensionado, para ello citamos algunas sentencias de la Corte Constitucional que indican: Se considera acreedor de la protección reforzada reconocida por el legislador, el servidor público próximo a pensionarse al cual le falten tres (3) 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. Claro el concepto, es indispensable analizar detenidamente las afirmaciones hechas por la interesada: **1.** La figura jurídica consagrada en la Ley 790 de 2002, conocida como Reten Social, entendiéndose como la protección especial dada al empleado que limita el retiro del servicio, en el desarrollo del programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley". A saber, en materia de protección laboral reforzada, el denominado reten social circunscrito por la Ley precitada, aplica específicamente para los programas de renovación o reestructuración de la administración pública del orden nacional, en el caso que nos atañe no es posible aplicar la figura deprecada por la accionante, dado que el cargo en el cual se encontraba vinculada la empleada provisional fue provisto por quien ganó el proceso de selección. **2.** Teniendo en cuenta que el artículo 125 de la Constitución Política de Colombia consagra "Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público". En coherencia de lo anterior, el mecanismo idóneo para la provisión definitiva de los cargos de carrera administrativa es el sistema de mérito, constituido como principio axial de la Constitución Política en relación con el artículo 53 de la misma. Por su parte, 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 en el artículo 29 y ss. que Los concursos para el ingreso y el ascenso a los empleos públicos de carrera administrativa serán abiertos para todas las personas que acrediten los requisitos exigidos para su desempeño, adelantados por la CNSC a través de contratos interadministrativos con instituciones de educación superior pública o privada acreditadas para ello. En consecuencia, aquel que se encuentre ejerciendo un empleo de carrera administrativa en provisionalidad y deseen obtener la carrera administrativa deben participar en los concursos propuestos por la CNSC, recordando que la provisionalidad de un empleo de carrera se da por la separación temporal del titular y podrá ser provisto solo por el tiempo que dure la situación que lo originó. De acuerdo a lo emanado en el Decreto 1083 de 2015, el nominador podrá dar por terminado el nombramiento en provisionalidad, mediante resolución motivada; al respecto la Corte Constitucional en Sentencia SU 917 de 2010 expuso, "En este orden de ideas, sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto". Negrilla y Subrayado fuera del texto. **3.** La estabilidad laboral de los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad que desempeñan cargos de carrera administrativa es de carácter "intermedio", frente a ello la Corte Constitucional ha enfatizado que "los cargos ejercidos en provisionalidad no pueden equipararse a los de carrera administrativa en cuanto a su vinculación y retiro, en tanto existen marcadas diferencias entre los funcionarios inscritos en carrera administrativa y los funcionarios públicos provisionales", teniendo el nominador la obligación de motivar el acto administrativo por medio del cual se efectúe su desvinculación, conteniendo las razones de la decisión, constituyendo una garantía mínima derivada del derecho fundamental al debido proceso y el principio de publicidad. En ese mismo orden de ideas, el alto Tribunal ha sostenido que cuando quien ocupa el cargo de carrera administrativa es una persona sujeto de especial protección constitucional debe hacerse un ejercicio de ponderación entre tales derechos y los principios que informan la carrera administrativa, sin desconocer que "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, [otorgárseles] un trato preferencial como acción afirmativa, 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”. La protección a quien ostenta un cargo de carrera administrativa, encuentra cabida cuando se garantiza la igualdad de condiciones para la participación en las convocatorias abiertas, condicionada al lapso de duración del proceso de selección y hasta tanto sean reemplazados por quien se haya hecho acreedor a ocupar el cargo en virtud de sus méritos evaluados previamente. En distinta providencia arguyo que “si bien los actos administrativos que desvinculan a una persona nombrada en provisionalidad en un cargo de carrera, requieren de su respectiva motivación para garantizar el derecho al debido proceso, esto no significa que quienes han sido nombrados en provisionalidad ostentan la misma estabilidad laboral de quien se encuentra en el sistema de carrera por haber accedido al cargo por concurso de méritos. Sin embargo, esta Corte ha reconocido que dentro de las personas que ocupan en provisionalidad cargos de carrera, pueden encontrarse sujetos de especial protección constitucional, como las madres y padres cabeza de familia, quienes están próximos a pensionarse y las personas en situación de discapacidad, a los que, si bien por esa sola circunstancia no se les otorga un derecho indefinido a permanecer en ese tipo de vinculación laboral, en virtud del derecho ostentado por las personas que acceden por concurso de méritos, sí surge una obligación jurídico constitucional (art. 13) de propiciarse un trato preferencial como medida de acción afirmativa. Por lo anterior, antes de procederse al nombramiento de quienes superaron el concurso de méritos, han de ser los últimos en removerse y en todo caso, en la medida de las posibilidades, deben vincularse nuevamente en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que venían ocupando, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones especiales al momento de su desvinculación y al momento del posible nombramiento. La vinculación de estos servidores se prolongará hasta tanto los cargos que lleguen a ocupar sean provistos en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional. En sentencia de unificación de jurisprudencia SU-446 de 2011 se dijo que “cuando con fundamento en el principio del mérito (art. 125 C.P.) surja en cabeza del nominador la obligación de nombrar de la lista de elegibles a quien superó las etapas del concurso, en un cargo de carrera ocupado en provisionalidad por un sujeto de especial protección como los padres o madres cabeza de familia, limitados físicos, psíquicos o sensoriales y pre pensionados, en aplicación de medidas afirmativas dispuestas en la constitución (art. 13 numeral 3º), y en la materialización del principio de solidaridad social (art. 95 ibídem), se debe proceder con especial cuidado previendo dispositivos tendientes a no lesionar sus derechos y en caso de no adoptarse tales medidas, de ser posible, han de ser vinculados de nuevo en provisionalidad en un cargo similar o equivalente al que venían ocupando, de existir la vacante, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones, tanto para la época de su desvinculación, como en el momento del posible nombramiento.” EN CUANTO A LAS DECLARACIONES Y CONDENAS SOLICITADAS POR EL ACTOR CONSTITUCIONAL. Nos oponemos como accionados a las pretensiones de la señora EDILFA GOMEZ, en amparar los derechos fundamentales señalados como vulnerados por el Municipio de Puerto Colombia y en consecuencia solicitamos de forma respetuosa se declare la improcedencia de la presente acción, teniendo en cuenta que: a) La señora Edilfa Gómez, no ha hizo uso de los medios de defensa idóneos para el reclamo de sus derechos, como lo es el recurso de reposición contra el acto administrativo definitivo, Decreto 246 de 22 de septiembre de 2020, por medio del cual se terminó su provisionalidad, tal como lo consagra el artículo 74, inciso 3 de la Ley 1437 del 2011 y, se puede leer al interior del acto administrativo mencionado “en contra de la presente decisión únicamente procede recurso de reposición, el cual deberá ser interpuesto ante este mismo funcionario dentro de los diez días siguientes a su notificación”. b) Al interior de la Hoja de vida de la señora Edilfa Gómez no reposa certificación o documento que acredite la condición que ostenta como pre pensionado. c) El Municipio de Puerto Colombia se ve en la obligación constitucional de efectuar el nombramiento en los términos establecidos por el Decreto 1083 de 2015 a la persona que por mérito ocupara el cargo ejercido en provisionalidad por la señora Gómez desde el 2 de noviembre de 1999, teniendo en cuenta que el derecho al mérito es un eje fundamental de la Constitución Política de 1991 en relación con lo consagrado al interior de su artículo 53. d) Que el Acto Administrativo por medio del cual se efectuó la terminación de la provisionalidad de la señora Edilfa Gómez, se encuentra motivado en razón de haberse efectuado la convocatoria Territorial Norte 752 para la provisión definitiva del cargo secretario, Código 440, Grado 2, siendo notificada la lista de elegibles por medio de resolución No. 8120 del 28 de julio de 2020 a la Administración Central Municipal el 19 de agosto de 2020 por parte de la CNSC. Teniendo que, en cumplimiento de los términos señalados por la Ley, fue expedido el Decreto No. 206 1 de septiembre de 2020 de fecha por medio del cual se efectúa un nombramiento en periodo de prueba a la señora FAUZ MALOOF SAN JUAN identificada con la cedula de ciudadanía No. 22.657.086; siendo notificado a la interesada el 7 de septiembre del mismo año a través de correo electrónico, recibiendo aceptación de la misma por escrito, sin solicitud de prórroga, en consecuencia efectuándose posesión del cargo el día 23 de septiembre de 2020. Lo anterior, se puede corroborar al leerse las razones de la decisión en el Decreto No. 243 de 2020, en donde se dio por terminada la provisionalidad de la señora Edilfa Gómez. e) Que en el marco de la convocatoria Territorial Norte 752 de 2018, fueron ofertados 46 cargos con 56 vacantes de la planta global del Municipio de Puerto Colombia, lo que quiere decir, que a la fecha de desvinculación de la accionante la Administración Central Municipal no cuenta con vacantes definitivas existentes en las cuales se pueda efectuar reubicación de la misma en pro de garantizar la protección relativa a la cual se refiere la Jurisprudencia Constitucional, misma que es enfática en recitar el deber de la Administración con el empleado provisional en ejercer

acciones afirmativas que garanticen la protección a la condición de vulnerabilidad del empleado. No obstante, y como se logra evidenciar en los documentos anexos a este escrito (conformación de la convocatoria) no se cuentan con vacantes que permitan mantener de forma indefinida a la accionante dentro de la Administración; en consecuencia de ello y teniendo en cuenta lo dicho por el Departamento de la Función Pública “el empleado provisional que tiene la calidad de pre pensionado deberá ceder la plaza a quien ocupe el primer lugar en el concurso de méritos que se adelantó para proveer el empleo que ocupa en provisionalidad, ya que como lo señala la Corporación su situación especial de indefensión no lo exime de demostrar su capacidad y mérito en igualdad de condiciones”

f) Ahora bien, en referencia a la citada Ley 1955 de 2019, no es posible dar aplicabilidad a lo que en ella se consagra, debido a que la convocatoria Territorial Norte 752 fue aprobada por la CNSC mediante acuerdo No. 20181000006286 de 16 de octubre de 2018 y dicha Ley cobra vigencia con posterioridad al inicio de la convocatoria abierta; adicionalmente, la CNSC por medio de las circulares No 20191000000097 y 20191000000107 de 2019 estableció que “las entidades públicas pertenecientes al Sistema General de Carrera, deberán reportar a la CNSC el total de las vacantes definitivas, identificando las que a 30 de noviembre de 2018 estaban siendo desempeñadas por personal con nombramiento en provisionalidad y que a 25 de mayo del año en 2019 les falte el equivalente de 3 años o menos, bien en semanas de cotización, edad o ambas, para causar el derecho a la pensión de jubilación. Se precisa que la información debe diligenciarse para las vacantes cuyos procesos de selección no han sido aprobados por la sala plena de la CNSC o convocados a través de concurso público de méritos con posterioridad al 25 de mayo de 2019”. Además, de existir una contradicción entre lo regulado en dicha normatividad y lo conceptuado por la CNSC en respuesta a la Administración Central Municipal por medio de correo electrónico aduciendo que “se reitera que es obligación de la entidad pública reportar el 100% de los empleos de carrera administrativa que se encuentren en vacancia definitiva y se solicita realizar el ajuste en la OPEC registrada en el aplicativo SIMO con fecha del 11 de abril de 2018, la fecha “Límite” para que se realice dicha corrección en la OPEC es el 18 de abril de 2018”. g) En conclusión, la señora Edilfa Gómez, no fue desvinculado por capricho de la Administración sino en cumplimiento de un deber legal que nos atañe, por lo que teniendo en cuenta lo anteriormente explicado, solicitamos a usted con el respeto de siempre se declare la presente acción constitucional IMPROCEDENTE. PRETENSIONES SOLICITADAS POR EL ACCIONADO. De acuerdo a lo explicado, le SOLICITAMOS SE DECLARE IMPROCEDENTE LA PRESENTE ACCION DE TUTELA EN CONTRA DEL MUNICIPIO DE PUERTO COLOMBIA, teniendo en cuenta las razones fácticas y jurídicas indicadas anteriormente, en especial, a que no es posible hacer uso de la Acción Constitucional cuando no se utilizaron los medios idóneos otorgados por la Ley para la defensa de los derechos que se creen violentados por el Municipio de Puerto Colombia. Aclarando, la Administración Central Municipal de Puerto Colombia cumplió a cabalidad con lo ordenado por la Constitución Política, la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1083 de 2015, el Acuerdo No. 20181000006286 de 16 de octubre de 2018 expedido por la CNSC, los precedentes jurisprudenciales existentes y los conceptos emitidos por el Departamento Administrativo de la Función Pública.”

- El vinculado FAUZ MALOOF SANJUAN, expone:

Dentro de la integración ordenada por el Juzgador de circuito, el señor MALOOF SANJUAN en calidad de vinculado ratifico el cargo como SECRETARIO CODIGO 440 GRADO 2 de la SECRETARIA DE TRANSITO MUNICIPAL de esta municipalidad el cual tomo posesión el 23 de septiembre de 2020, donde la señora MABEL LUZ RUIZ quien fungía como empleada con vinculo de libre nombramiento y remoción entrego el cargo al citado. Del mismo modo expone que el cargo de la secretaria de la INSPECCIÓN DE TRANSITO DE PUERTO COLOMBIA fue designado por el concurso de méritos, las funciones que actualmente desempeña son a servicio de la dependencia de la INSPECCIÓN DE TRANSITO MUNICIPAL, donde a la fecha la actora no ha ostentado tal cargo.

DEL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

EL JUZGADO PROMISCOU MUNICIPAL DE PUERTO COLOMBIA mediante sentencia proferida el 26 de enero de 2021 consideró:

“... Examinando las respuestas emitidas por las partes y valorando acuciosamente las pruebas obrantes dentro del plenario, en armonía a los planteamientos emitidos por la jurisprudencia emitida por el Alto Tribunal Constitucional; es menester resaltar que el presente instrumento constitucional está concebido como un mecanismo para la salvaguarda y custodia de los derechos constitucionales que se encuentran quebrantados o en peligro de estarlo ante la ausencia de mecanismos para prevalecer tal defensa. En ese entendido, este despacho y dando aplicación al precedente previamente citado, emerge indubitable que la pretensión elevada por el actor no es de recibo por parte de este juzgador dentro del plenario, de conformidad a lo planteado la controversia jurídica de interpretación y valoración ejecutada por el actor dentro del libelo, no es de resorte dentro del amparo suplicado ante la evidente existencia de arquetipos y mecanismos para dirimir el disentimiento frente al acto administrativo emanado. En efecto, es de destacar dentro del trámite surtido que el mismo cuenta con los recursos establecidos de ley, y demás actuaciones lo cuales este estrado extraña dentro del plenario ya que el pronunciamiento hostigado es

susceptible de tal, así como de sendos componentes que provee el procedimiento administrativo, ni que decir de los escenarios para demandar el contenido acto administrativo ante la autoridad judicial competente, menos aún como medio para discutir derechos y deberes definidos o situaciones jurídicas consolidadas por estar establecidas en actuaciones administrativas que han adquirido firmeza por la caducidad de los recursos y acciones que no fueron utilizados oportunamente por los interesados. Por otro lado, es de destacar que los planteamientos de pre-pensionada, el artículo 33 de la ley 100 de 1993 expone: Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones: 1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre. A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre. 2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo. A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015. Por su parte, el Honorable Consejo de Estado en su Subsección A de la Sección Segunda, ha sostenido que el simple hecho de estar próximo a consolidar el status pensional, con el cumplimiento de los requisitos legales, no produce un fuero de estabilidad relativa en el empleo de libre nombramiento y remoción; lo anterior, implica que en cada caso particular y concreto, será necesario que el nominador analice la situación en la que se encuentra el empleado, en aras de realizar una ponderación razonable, adecuada y proporcionada al momento de ejercer la facultad discrecional, con el fin de materializar el interés general del buen servicio público pero sin afectar la protección especial del personal próximo a ser pensionado. Así mismo, dicha Corporación ha expuesto los parámetros facticos a promoverse dentro del caso particular para el avance de la protección especial de pre pensionado de la siguiente manera: “c. La protección especial en razón a la condición de sujeto “pre pensionado”, resulta aplicable siempre y cuando el servidor público esté próximo a pensionarse, es decir, 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”, por lo tanto, quien para la fecha de retiro del servicio ya tiene consolidado su estatus pensional, no se encuentra en la situación fáctica de sujeto pre pensionable.” De conformidad con lo dispuesto en la normativa y jurisprudencia transcritas, la condición de pre pensionado se adquiere y resulta aplicable siempre y cuando el servidor público esté próximo a pensionarse, es decir, 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, donde el mismo tenga una expectativa para acceder a tal beneficio no obstante dicho caso no se refleja dentro del plenario ya que la misma no cuenta con el número de semanas a cotizar por la norma y está por fuera del rango de edad que establece la norma, por lo que en tal sentido la misma no tiene resguardo ni protección especial dentro del presente amparo, por lo que en tal sentido la misma no cuenta con una condición especial no obstante la misma cuenta con las vías y procedimientos idóneos para debatir el acto administrativo promulgado. A sazón de lo anterior, la vía de la tutela no puede entonces revivir términos de caducidad agotados hace tiempo, pues se convertiría en un mecanismo que atentaría contra el principio de seguridad jurídica y se desnaturalizaría el propósito mismo de la acción constitucional de protección de los derechos fundamentales. Por lo que bajo ese pensamiento y ante las premisas planteadas, este escenario constitucional no es el umbral idóneo para dirimir tales disensos. En ese sentido, el amparo de tutela no puede ser encaminado como una instancia alternativa de los procedimientos ordinarios, ya que por ser este medio un mecanismo breve, sumario e informal no da lugar al rigor formalista para dichos debates jurídicos, por el contrario, dichos discernimientos y argumentos deben plantearse ante la autoridades o jueces competentes para ello como se ha reiterado. Por lo que el juez constitucional esta llamado no solo a la protección de los derechos fundamentales sino a la prevalencia y salvaguarda de ritualismos procedimentales ordinarios por cuanto éstos son los medios adecuados para debatir derechos legales y materializan en ser la garantía suficiente para obtener la resolución del conflicto planteado, Por lo que al no cumplirse el segundo requisito del precedente citado este despacho se abstendrá de algún estudio de fondo frente al amparo y procederá a declarar la improcedencia del presente amparo.”

DE LAS RAZONES DE IMPUGNACION

El accionante en su escrito de impugnación señala:

“El fallo que se impugna fue enviado al buzón electrónico de la accionante el día 26 de enero de 2021 a las 5:16 PM., por fuera del horario laboral del Despacho, razón por la cual se entiende enviado el día 27 de enero de 2021. Ahora bien, se advierte que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 del Decreto No. 806 de 2020, la notificación se entenderá realizada una vez transcurridos dos (02) días hábiles siguientes al envío del mensaje a la dirección electrónica de la parte demandada y los términos del comenzarán a correr a partir del día siguiente de la notificación.” Así las cosas, al quedar ejecutoriada la notificación de la sentencia el día 29 de enero de 2021, los términos de tres (3) días establecidos para presentar la impugnación del fallo, comienzan a correr el día 1º de febrero de 2021, es decir que se está presentando la impugnación dentro de la oportunidad legal. El recurso lo sustento en los siguientes términos: I.- EL PRINCIPIO DE BUENA FE EN NUESTRO ESTADO SOCIAL DE DERECHO. En nuestro Estado Social de Derecho, cuyo soporte

primordial es el respeto en la dignidad humana, establecido en el artículo 1° de la Constitución Política, y en que el ordenamiento jurídico está al servicio de lo social, impera el principio de la buena fe referente a la protección de los derechos fundamentales. En el caso que nos ocupa, le manifesté al Juez de primera instancia las circunstancias por las cuales me encuentro en un estado de indefensión ante el Municipal Puerto Colombia, mi último empleador, porque me encuentro sin empleo, y en la tercera edad, de lo anterior se demuestra el perjuicio irremediable, que la entidad accionada, me ha causado, para ello, invoque la normatividad establecida en la ley 790 de 2002 y el Decreto Reglamentario 190 de 2003. El Alcalde de Puerto Colombia fue obligado a darle CUMPLIMIENTO a la normatividad y procedimiento establecida en el parágrafo cuarto del artículo del 1° del Decreto 498 de 30 de marzo de 2020, al no haber identificado los empleos que están ocupados por personas en condición de prepensionados para dar aplicación a lo señalado en el parágrafo 2 del artículo 263 de la Ley 1955 de 2019, como es mi caso. De igual forma la administración de Puerto Colombia INCUMPLIÓ LA OBLIGACIÓN establecida en el parágrafo 2 del artículo 263 de la Ley 1955 de 2019, para ello, la administración debía hacer un estudio técnico para identificar los empleos que están ocupados por personas en condición de pre-pensionados teniendo en cuenta que el retiro de estas personas estaba condicionada al cumplimiento de unas disposiciones legales. Dentro de ese estudio técnico, la administración ha debido CENSAR cuales personas estaban incluido dentro de ese retén social y ordenar que, a las personas, como en mi caso se les verificara si efectivamente reuníamos los requisitos para estar consideradas y tener el estatus de prepensionada y no lo hicieron. Con lo anterior queda totalmente demostrado que quien estaba OBLIGADO a Investigar que personas de la Administración se encontraba en reten social, para realizar las acciones afirmativas para reubicarlas hasta que se pensionaran era el Alcalde de Puerto Colombia. Hay que destacar y tener en cuenta que dentro del trámite procesal hice allegar al expediente los documentos que me acreditan mi condición de prepensionada. LA DECISIÓN DEL JUEZ CONSTITUCIONAL DE PRIMERA INSTANCIA Y NUESTRA OPOSICIÓN. El juez de primera instancia niega por improcedente la acción de tutela presentada por la accionante, con el argumento jurídico que a continuación se expone, el cual con todo respeto lo considero por fuera de nuestro ESTADO SOCIAL de derecho al ser proferido por un Juez Constitucional, cuya función principal es esa, propender por el cumplimiento del “ESTADO SOCIAL”: A folio 8 de la sentencia el Juez Constitucional de Primera instancia en el acápite Caso Concreto, posterior a la transcripción del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y comentar la jurisprudencia del Consejo de Estado, presenta el siguiente argumento para sustentar el fallo: Para ello, por orden metodológico en la sustentación de la impugnación, procedemos a descartar cada uno de los argumentos del a-quo, de conformidad al orden presentado en la sustentación. ❖ La Accionante no cuenta con el número de semanas a cotizar y se encuentra por fuera del rango de la edad que establece la norma para cumplir la condición de prepensionada. “5.5 Caso Concreto. (...)”, De conformidad con lo dispuesto en la normativa y jurisprudencia transcritas, la condición de prepensionado se adquiere y resulta aplicable siempre y cuando el servidor público esté próximo a pensionarse, es decir, 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, donde el mismo tenga una expectativa para acceder a tal beneficio no obstante dicho caso no se refleja dentro del plenario YA QUE LA MISMA NO CUENTA CON EL NÚMERO DE SEMANAS A COTIZAR POR LA NORMA Y ESTÁ POR FUERA DEL RANGO DE EDAD QUE ESTABLECE LA NORMA, por lo que en tal sentido la misma no tiene resguardo ni protección especial dentro del presente amparo, por lo que en tal sentido la misma no cuenta con una condición especial no obstante la misma cuenta con las vías y procedimientos idóneos para debatir el acto administrativo promulgado. (Subrayas, negrillas y mayúsculas fuera de texto). Dios mío, no puede ser que un Juez constitucional, exponga un razonamiento que no consulta con la verdad y lo que es peor, se advierte que no leyó la demanda. De la lectura del numeral 3 de la demanda, se observa con absoluta claridad, que he cotizado al sistema de seguridad social en pensión 24 años 3 meses y 8 días que equivalen a un total 1.262 semanas cotizadas, faltándome escasas 38 semanas para completar 1.300 semanas que es el requisito de cotización que exige la ley 100 de 1993, en su artículo 33, es decir, que me faltan menos de tres (3) años de cotización, para ser más exacto me faltan seis (6) meses para cumplir el requisito. En conclusión, contrario a lo manifestado por el Juez de primera Instancia SI CUENTO CON EL NÚMERO DE SEMANAS A COTIZAR. De igual forma, de la lectura del numeral 4 de la demanda, se observa con absoluta claridad que, al tener 65 años de edad, ya había cumplido el requisito de edad exigido por la norma que es de 57 años y además de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1821 del 30 de diciembre de 2016, no me encontraba en edad de retiro forzoso. Con lo anterior se demuestra la VÍA DE HECHO, de la sentencia de primera instancia que se impugna, al haberse expedido y sustentado sin que el operario judicial, siquiera hubiese leído la demanda, y al haber OMITIDO evaluar las pruebas aportadas al proceso. Así las cosas, queda sin total efecto y totalmente descartados los argumentos expuesto por el Juez de Primera Instancia, que la verdad y con la disculpa, da la impresión que cuando expidió el fallo se encontraba dormido al afirmar que : “...no se refleja dentro del plenario YA QUE LA MISMA NO CUENTA CON EL NÚMERO DE SEMANAS A COTIZAR POR LA NORMA Y ESTÁ POR FUERA DEL RANGO DE EDAD QUE ESTABLECE LA NORMA, por lo que en tal sentido la misma no tiene resguardo ni protección especial dentro del presente amparo”. Es de anotar y así se le manifestó al operario judicial de primera instancia que en la declaratoria de mi insubsistencia la Alcaldía Municipal de Puerto Colombia, violó en forma FLAGRANTE y GROSERO el debido proceso al no cumplir el procedimiento establecido en los parágrafos 2, 3 Y 4 del artículo del 1° del Decreto 498 de 30 de marzo de 2020, Modificar el artículo 2.2.5.3.2 del Capítulo 3 del Título 5 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1083 de 2015, Único Reglamentario del Sector de Función Pública. El procedimiento administrativo establecido en la disposición antes transcrita, fue

flagrantemente violado en forma GROCERA por la Alcaldía de Puerto Colombia, puesto que antes de hacer la Oferta Pública ante la CNSC, no realizó un censo en su planta de personal para FOCALIZAR e IDENTIFICAR a las personas nombradas en provisionalidad, que le faltaren tres (3) años o menos para causar el derecho a la pensión de jubilación, con lo cual se demuestra la violación del debido proceso. OMITIO la Alcaldía Municipal de Puerto Colombia ADELANTAR ACCIONES AFIRMATIVAS para que en lo posible LOS SERVIDORES QUE SE ENCUENTREN EN LAS CONDICIONES SEÑALADAS EN EL PARÁGRAFO ANTERIOR SEAN REUBICADOS EN OTROS EMPLEOS de carrera O TEMPORALES QUE SE ENCUENTREN VACANTES. Por expedir el fallo sin leer la demanda o estando dormido (No valoró pruebas ni valoro el procedimiento), el operador judicial de primera instancia, de igual forma OMITIO valorar si con mi insubsistencia, se VIOLÓ EL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO, establecido en las disposiciones antes transcritas, hecho este que fundamenta la revocatoria del fallo de primera instancia y acceder a proteger mis derechos fundamentales invocados. Posteriormente el operador judicial de primera instancia, remata la sustentación de su decisión de declarar improcedente la solicitud de amparo, hasta con SAL Y PICANTE (SAZÓN) cuando manifiesta: A SAZÓN de lo anterior, LA VÍA DE LA TUTELA NO PUEDE ENTONCES REVIVIR TÉRMINOS DE CADUCIDAD AGOTADOS HACE TIEMPO, pues se convertiría en un mecanismo que atentaría contra el principio de seguridad jurídica y se desnaturalizaría el propósito mismo de la acción constitucional de protección de los derechos fundamentales. Por lo que bajo ese pensamiento y ante las premisas planteadas, este escenario constitucional no es el umbral idóneo para dirimir tales disentimientos. En ese sentido, el amparo de tutela no puede ser encaminado como una instancia alternativa de los procedimientos ordinarios, ya que por ser este medio un mecanismo breve, sumario e informal no do lugar al rigor formalista para dichos debates jurídicos, por el contrario, dichos discernimientos y argumentos deben plantearse ante la autoridades o jueces competentes para ello como se ha reiterado. Por lo que el juez constitucional esta llamado no solo a la protección de los derechos fundamentales sino a la prevalencia y salvaguarda de ritualismos procedimentales ordinarios por cuanto éstos son los medios adecuados para debatir derechos legales y materializan en ser la garantía suficiente poro obtener la resolución del conflicto planteado, Por lo que al no cumplirse el segundo requisito del precedente citado este despacho se abstendrá de algún estudio de fondo frente al amparo y procederá a declarar la improcedencia del presente amparo. Qué barbaridad, por esa razón no pasamos por alto el reiterar que el operador judicial de primera instancia al expedir el fallo no leyó la demanda de tutela, o se encontraba dormido, porque no entendemos porque debe mencionar que con la solicitud de amparo se está buscando REVIVIR TÉRMINOS DE CADUCIDAD AGOTADOS HACE TIEMPO, ¿dónde se encontraba el Juez para afirmar esta BARBARIDAD? En primer lugar, para ilustración al despacho, es preciso manifestar que, mediante Decreto 243 de 22 de septiembre de 2020, expedido por el Alcalde Municipal, notificado al día siguiente fue declarado la insubsistencia de mi nombramiento. Teniendo en cuenta que la acción ordinaria que procede contra ese acto administrativo es el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, el término de cuatro (4) meses para presentar la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho se vencen el día 24 de enero de 2021. La acción de tutela fue presentada el día 06 de octubre de 2020, a penas escasos 15 días de haberse expedido el acto administrativo, es decir que el requisito de INMEDIATEZ de la acción se cumplió con rigor. Con lo anterior, se demuestra que el juez de primera instancia está aplicando en forma equivocada el principio de Inmediatez. En efecto, constituye una VÍA DE HECHO y es hasta ESCANDALOSO, que el operador judicial de primera instancia, sustente su decisión CON ARGUMENTOS QUE NO SON CIERTOS, lo cual es totalmente IMPROCEDENTE, por tratarse de un Juez que para conocer del proceso está ejerciendo funciones CONSTITUCIONALES, incluso pareciera que se BURLARA de mi persona como accionante cuando manifiesta: Por lo que el juez constitucional esta llamado no solo a la protección de los derechos fundamentales sino a la prevalencia y salvaguarda de ritualismos procedimentales, precisamente cuando en la tutela el reclamo impuesto es la OBLIGATORIA imposición de parte del Alcalde municipal, de APLICAR EL PROCEDIMIENTO establecido en los parágrafos 2, 3 Y 4 del artículo del 1º del Decreto 498 de 30 de marzo de 2020 y el artículo 263 de la Ley 1955 de 2019 y la OMISIÓN DE ADELANTAR ACCIONES AFIRMATIVAS para que en lo posible LOS SERVIDORES QUE SE ENCUENTREN EN LAS CONDICIONES SEÑALADAS EN EL PARÁGRAFO ANTERIOR SEAN REUBICADOS EN OTROS EMPLEOS de carrera O TEMPORALES QUE SE ENCUENTREN VACANTES. Ciertamente, por todas las OMISIONES cometidas por el Alcalde Municipal, que fueron PROTUBERANTES, para proteger mi derecho fundamental al debido proceso, no se requiere de algún rigor formalista para ese debate jurídico, precisamente bajo tan flagrante violación al debido proceso y la ORDEN LEGAL DE adelantar ACCIONES AFIRMATIVAS PARA QUE LA SUSCRITA PUDIESE SER REUBICADA, fue que la solicitud de amparo se presentó como mecanismo transitorio, para evitar un perjuicio irremediable, que se ha agravado aún más, con la vía de hecho en el fallo expedido por el a-quo, quien lo expidió SIN LEER EL LIBELO, SIN VALORAR LAS PRUEBAS APORTADAS, sin analizar la fecha de expedición del acto censurado, para que afirme que desde HACE TIEMPO, se encuentra CADUCADO. Definitivamente hay que estar dormido para expedir un fallo con todos esos ABRUPTOS. III.- PETICIÓN. Por todo lo anterior, muy respetuosamente solicito al señor Juez de segunda instancia, revocar en todas sus partes la decisión de primera instancia, y como consecuencia de ello, ordenar el amparo solicitado, incluyendo el pago de los salarios dejados de percibir, para que con ello pueda cancelar obligaciones contraídas al no tener los recursos suficientes, pues, estos devenían era de mi trabajo.”

PROBLEMA JURÍDICO

Analizados los presupuestos fácticos, los descargos y lo argumentado en la tutela, surgen interrogantes así:

¿Existe violación manifiesta, actual y concreta del Derecho Fundamental al DEBIDO PROCESO de la accionante?

¿Existe violación manifiesta, actual y concreta del Derecho Fundamental al TRABAJO de la accionante?

¿Existe violación manifiesta, actual y concreta del Derecho Fundamental a la ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA de la accionante?

¿Existe violación manifiesta, actual y concreta del Derecho Fundamental al MINIMO VITAL de la accionante?

¿Existe otro medio de defensa judicial?

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

Tratándose de controversias surgidas de la aplicación del procedimiento, se hace aplicable la normatividad contenida en la Constitución Nacional Artículos 86 y 29 y los reiterados fallos de la Honorable Corte Constitucional en su ejercicio de determinar el contenido y alcance de los derechos Fundamentales, invocados como vulnerados por los accionados.

C O N S I D E R A C I O N E S

Conforme a lo previsto en el artículo 33 del Decreto 2591 de 1.991, en armonía con el Decreto 1382 de 2.002, este Despacho es competente para conocer de la presente impugnación de fallo de tutela.

La acción de tutela consagrada en el Artículo 86 Superior es un mecanismo procesal de indiscutible importancia y profundo significado en el diario vivir de la persona humana.

La presente acción Constitucional se halla adecuada para la protección y restablecimiento de los derechos fundamentales y la dignidad humana, siempre que se encuentren amenazados o conculcados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por particulares en los casos de ley.

LA ACCIÓN DE TUTELA - PROCEDIBILIDAD

La acción de tutela fue concebida como un mecanismo de protección inmediato, oportuno y adecuado para las garantías fundamentales, frente a situaciones de amenaza o vulneración, ya fuera por la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares en casos excepcionales. De lo dispuesto por el artículo 86 de la Constitución y el Decreto 2591 de 1991 se ha considerado, pacíficamente, por la Corte, que son requisitos para la procedencia o estudio de fondo de la acción de tutela la acreditación de legitimación en la causa, un ejercicio oportuno (inmediatez) y un ejercicio subsidiario.

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA

En virtud de lo dispuesto en los artículos 1º numeral 12 y 5º numeral 13 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra toda acción u omisión en la que incurran las autoridades públicas, que atenten contra los derechos fundamentales de las personas.

Con relación al requisito de legitimación en la causa por activa, la tutelante es titular de los derechos fundamentales que alega como vulnerados, a la estabilidad laboral reforzada, seguridad social y mínimo vital y respecto de la legitimación en la causa por pasiva, la Alcaldía e Puerto Colombia (Atlántico) es la entidad a la que la accionante le atribuye la violación de sus derechos fundamentales, al haber desconocido su calidad de pre pensionable al momento de declararlo insubsistente en el cargo que venía desempeñando en provisionalidad.

INMEDIATEZ

La jurisprudencia ha considerado que debe existir un término razonable, posterior a la ocurrencia de los hechos para que los ciudadanos recurran a la tutela como mecanismo para garantizar la protección inmediata de sus derechos fundamentales. En este caso, la acción se ejerció de manera oportuna, si se tiene en cuenta que entre la ocurrencia de la presunta violación de las garantías fundamentales alegadas, y la presentación de la acción de tutela.

SUBSIDIARIEDAD

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela se caracteriza por ser un mecanismo subsidiario y residual, lo cual implica que procederá en aquellos casos en los cuales no exista otro mecanismo de defensa judicial o cuando, de existir tal mecanismo, este no resulta eficaz, o cuando se promueve como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable

Así mismo, el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 prescribe las causales de improcedencia de la tutela: *“La acción de tutela no procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante”*.

Y el artículo 8 señala: *“La tutela como mecanismo transitorio. Aun cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”*.

La jurisprudencia constitucional ha reiterado como regla general, que la acción de tutela es improcedente para solicitar el reintegro de los empleados públicos, pues existe un medio de defensa judicial propio, específico y eficaz dentro del ordenamiento jurídico, que se encuentra prevista en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para controvertir los actos administrativos por medio de los cuales la administración decide separar a las personas de sus cargos. Sin embargo, 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*

En el presente asunto, el mecanismo judicial principal para la garantía de los derechos invocados por el tutelante es el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, que regula el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso - CPACA¹.

Respecto de este mecanismo, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado ha concluido que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es un mecanismo *“de naturaleza subjetiva, individual, temporal y desistible”*, a través del cual la persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, como efecto de la vigencia de un acto administrativo viciado de nulidad, puede solicitar que se declare la nulidad del mismo y que, como consecuencia, se le restablezca su derecho o se reparen los otros daño provocados.

Además este mecanismo permite solicitar medidas cautelares de que trata el artículo 230 de esta codificación, incluso desde el momento de presentación de la demanda, en caso de que se pretenda la garantía provisional de los derechos comprometidos al interior de la actuación administrativa que se cuestiona. Entre estas, es posible exigir la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo que se considera vulnera los derechos fundamentales que alega la parte actora.

La Corte Constitucional ha considerado que *la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es, en principio, un mecanismo de defensa judicial idóneo y eficaz para proteger los*

¹ SU003 de 2018 Corte Constitucional

*derechos fundamentales de los servidores públicos desvinculados de las entidades públicas, al estar dotado de herramientas propicias para, entre otras cosas, suspender los efectos de actos administrativos que generen perjuicios irremediables a los demandantes, **en cualquier etapa del proceso** y sin que el rechazo inicial de la solicitud, sea obstáculo para que posteriormente sean solicitadas las cautelas necesarias.*²

Ahora bien, no obstante, existe un mecanismo idóneo, veamos si se **configura un perjuicio irremediable**. Nuestra Corte Constitucional ha establecido que el perjuicio irremediable, se causa cuando hay afectación del mínimo vital, igualmente, para su comprobación se debe tener en cuenta la edad de la persona, el estado de salud del solicitante y su familia y las condiciones económicas del accionante o de las personas obligadas a socorrerlas. En estos casos, la Corte ha exigido que se haya desplegado cierta actividad procesal administrativa mínima por parte del interesado³.

El derecho al mínimo vital pretende garantizar el acceso básico de condiciones dignas de existencia para el desarrollo del individuo y depende de las circunstancias particulares de cada asunto, por lo que requiere un análisis cualitativo, caso por caso. Así las cosas, en el caso específico de las personas próximas a pensionarse y las madres o padres cabeza de familia, desvinculadas de sus trabajos, la procedencia de la acción de tutela ha dependido de la existencia de otros medios de subsistencia, como lo son los bienes inmuebles de su propiedad, la ayuda económica de sus cónyuges y/o ingresos recibidos por concepto de cesantías, indemnizaciones, liquidaciones u otros.

DEL CASO EN CONCRETO

El accionante aduce que se han violado sus derechos fundamentales al DEBIDO PROCESO, al TRABAJO, a la ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA y al MINIMO VITAL.

Revisando la actuación que ha dado origen a esta acción, observa el Despacho que se trata de la solicitud de reintegro por parte de la accionante, alegando como razón de su petición su estado de pre pensionable, lo cual la hace acreedora a que se le ordene a la accionada no solamente el reintegro al cargo que venía ocupando o a otro equivalente y el pago de los salarios dejados de percibir.

En el caso concreto de la señora EDILFA BEATRIZ GOMEZ LLERAS, considera este juzgado que la accionante cuenta con un mecanismo de defensa judicial como lo es la nulidad y restablecimiento del derecho, puesto no obstante a estar próxima a adquirir su derecho a pensionarse, no se desprende su afectación al mínimo vital, con la desvinculación del empleo que venía desempeñando en provisionalidad para proveerlo con quien adquiriera el derecho mediante el sistema de carrera administrativa, pues no puede este despacho presumir tal situación, puesto que de los hechos en que funda su pretensión de reintegro, si bien se desprende que es sujeto acreedor de una estabilidad laboral reforzada, esta estabilidad es de carácter relativa; no se evidencia la ocurrencia de un perjuicio irremediable que se pueda predicar por su estado de salud, o que su situación económica sea precaria o que carezca de otro medio de subsistencia.

De lo observado en el plenario la accionada tampoco hizo uso de los recursos que la Ley prevé contra la decisión administrativa que la declaró insubsistente, lo que hace completamente improcedente la presente acción constitucional. Por otro lado, para que la tutela, en casos de estabilidad laboral reforzada relativa, puede accionarse como mecanismo transitorio y subsidiario el afectado debe demostrar sumariamente que su exclusión del empleo público lo pone en una situación de extrema vulnerabilidad, generalmente relacionada con la afectación cierta y verificable de su derecho al mínimo vital.

Por otro lado, como lo dijo el A-quo en el fallo impugnado, conforme los lineamientos de la jurisprudencia transcrita, la acción de tutela es improcedente cuando existan otros mecanismos judiciales para la solución de un conflicto jurídico dado el carácter subsidiario y

² SU003 de 2018
³ SU691 de 2017

residual que la caracteriza, sin embargo, excepcionalmente se puede emplear para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

En efecto, el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, establece: *“La acción de tutela no procederá: “...Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.”*

De la norma transcrita se infiere que el accionante cuenta con otros medios para hacer valer sus derechos y no es precisamente la Acción de Tutela el escenario para lograr que el proceso tenga su trámite normal.

La jurisprudencia constitucional ha reiterado que, por regla general, la acción de tutela no procede para controvertir la validez ni la legalidad de los actos administrativos, en razón a que, la naturaleza residual y subsidiaria de este mecanismo constitucional impone al ciudadano la carga razonable de acudir previamente, a través de los respectivos medios de control, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con el fin de solucionar los conflictos con la Administración y proteger los derechos de las personas.

Subsidiariedad: En cuanto a la subsidiariedad, establece el artículo 86 que *“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.”*

Se observa entonces, que para que proceda el presente mecanismo constitucional en un caso como el que nos ocupa donde se alega la vulneración del debido proceso por la expedición de un acto administrativo expedido por la Alcaldía Municipal de Puerto Colombia, mediante el cual se declaró insubsistente a la accionante, debe constatarse como requisito *sine qua non*, un perjuicio irremediable que desplace la órbita de competencia del juez contencioso administrativo.

Así las cosas, sin necesidad de más elucubraciones jurídicas que a lo que conllevarían es a un desgaste mayor del aparato jurisdiccional vemos que en este caso el accionante cuenta con otros medios de defensa para solicitar el reconocimiento de su estatus de pre pensionada y obtener el reintegro al cargo que venía ocupando en la Alcaldía Municipal de Puerto Colombia, por lo cual se confirmará el fallo proferido por el JUZGADO PROMISCOU MUNICIPAL DE PUERTO COLOMBIA, como así se dirá en la parte resolutive de este proveído.

En mérito de lo expuesto el Juzgado Noveno Civil del Circuito Oral de Barranquilla, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

Primero. Confirmar el fallo de tutela de fecha octubre 28 de 2020, proferido por el JUZGADO PROMISCOU MUNICIPAL DE PUERTO COLOMBIA dentro de la presente solicitud de ACCIÓN DE TUTELA radicada bajo el No. 080014189003202000336-02 incoada en nombre propio por la señora EDILFA BEATRIZ GOMEZ LLERAS, identificada con la cedula de ciudadanía No. 22'578.549 expedida en Puerto Colombia (Atlántico) contra la ALCALDIA MUNICIPAL DE PUERTO COLOMBIA, a través de su Representante Legal o quien haga sus veces, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo. Notificar a las partes intervinientes, al Defensor del Pueblo Regional y al Juez A quo, por el medio más expedito y eficaz.

Tercero. Dar cumplimiento al numeral 3º del fallo impugnado.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Firmado Por:

CLEMENTINA PATRICIA GODIN OJEDA
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 09 DE CIRCUITO CIVIL ORAL DE LA CIUDAD 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: **f27c7bd37b3ad8738a829ce355a649d2b677aa400ddc85567eba13c48920fa07**

Documento generado en 09/03/2021 08:59:41 AM