

13001-33-33-011-2016-00249-02

Cartagena de Indias D. T. y C., once (11) de junio de dos mil veintiuno (2021)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-33-33-011-2016-00249-02
Accionante	EDGARDO ENRIQUE MULFORD PINEDA albaepor@hotmail.com e.mulford21@gmail.com
Accionado	NACIÓN – RAMA JUDICIAL dirseccgena@cendoj.ramajudicial.gov.co
Tema	DESVINCULACIÓN – CARGO EN PROVISIONALIDAD – PRE PENSIONADO
Magistrado Ponente	JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala¹ de Decisión No. 01 del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver el recurso de apelación presentado por el señor Edgardo Enrique Mulford Pineda contra la sentencia de fecha trece (13) de diciembre de dos mil dieciocho (2018)², proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. LA DEMANDA.³

3.1.1. Hechos relevantes planteados por el accionante.

La parte actora señala como fundamentos fácticos de la demanda los que se relatan a continuación:

- El señor Edgardo Enrique Mulford Pineda fue vinculado a la Rama Judicial a partir del 17 de enero de 1983, desempeñando por más de 30 años, diversos cargos tales como, secretario, escribiente, oficial mayor, Juez, en distintos Despachos Judiciales.

¹ Esta decisión se toma mediante Sala virtual en aplicación del ARTÍCULO 4 del ACUERDO PCSJA20-11521 de 19 de marzo de 2020 de Consejo Superior de la Judicatura, mediante el cual los cuerpos colegiados de las Altas Cortes y Tribunales del país podrán hacer reuniones de trabajo y sesiones virtuales.

² Folio 266-276 cdr 2

³ Folio 1-31 cdr 1



13001-33-33-011-2016-00249-02

- El demandante expone que, el día 31 de julio de 2015, fue separado del cargo de Juez Segundo Civil Municipal para adolescentes de Cartagena, sin el previo aviso de algún acto administrativo motivado. Señala que tuvo conocimiento de la anterior situación solo hasta el día 30 de julio de 2015 cuando la persona que llegó a ocupar el cargo en calidad de propiedad, en razón a un traslado, se presentó en dicho Despacho, solicitando la entrega del cargo.
- Manifiesta el demandante que, a la fecha de su desvinculación contaba con 36 años de servicio, de los cuales, 33 años fueron como empleado de la Rama Judicial, y a su vez, por encontrarse cercano a cumplir la edad de pensionable, el 3 de noviembre de 2015 presentó acción de tutela que en primera instancia fue fallada a su favor, ordenándose el reintegro del señor Mulford Pineda a un cargo similar al que desempeñaba, sin embargo, en segunda instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, revocó el amparo constitucional, y por consecuencia, finalmente fue separado del último cargo que desempeñó también en provisionalidad.

3.1.2. Las pretensiones de la demanda

La demanda se dirige concretamente a que se declare:

- (i) La nulidad de la decisión tácita del 30 de julio de 2015, cuando sin mediar acto administrativo expreso, fue desvinculado del cargo de Juez Segundo Civil Municipal para Adolescentes de Cartagena.
- (ii) La nulidad de la Resolución No. 139 del 5 de mayo de 2016, notificada el 16 de mayo de 2016, mediante la cual se separó al accionante del cargo de Juez Promiscuo Municipal del Guamo, Bolívar.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho solicita que se impartan las siguientes condenas a la entidad demandada, Rama Judicial:

- (i) *“Ordenar al Consejo Superior de la Judicatura – Dirección Ejecutiva de Administración de Justicia – Sala Administrativa de Bolívar y Dirección Seccional, el reintegro del demandante al cargo que venía desempeñando, u otro empleo de superior categoría, de funciones y requisitos afines para su ejercicio con retroactividad al día 16 de mayo de 2016, fecha de la separación definitiva.*
- (ii) *Condenar al Consejo Superior de la Judicatura – Dirección Ejecutiva de Administración de Justicia – Sala Administrativa de Bolívar y Dirección Seccional, a reconocer y pagar al actor las sumas correspondientes a sueldos, primas, bonificaciones, vacaciones y demás emolumentos dejados de percibir, inherentes a su cargo, con efectividad a la fecha de separación, hasta cuando*



13001-33-33-011-2016-00249-02

sea reincorporado al servicio, incluyendo el valor de los aumentos que se hubieren decretado con posterioridad a la declaratoria de separación (...)"

3.1.2.1 Excepción de inepta demanda - probada en primera instancia.

En la sentencia de 13 de diciembre de 2018, la Juez señaló lo siguiente:

*"Respecto a las pretensiones de la demanda, es preciso aclarar que en audiencia inicial celebrada por este Despacho el día 27 de julio de 2017, **se declaró probada la excepción de inepta demanda en lo atinente al acto administrativo contenido en "la decisión tácita del 30 de julio de 2015"**, ello en atención a que no fue agotada la correspondiente reclamación administrativa ante la entidad demandada como requisito de procedibilidad para interponer la presente acción, decisión que adicionalmente fue confirmada por el Tribunal Contencioso Administrativo de Bolívar mediante Auto de fecha 14 de febrero de 2018, así las cosas, se debe entender que **en el presente proveído solo se estudiará lo concerniente a la declaratoria de nulidad de la resolución No. 139 del 5 de mayo de 2016, y la prosperidad o negación de las pretensiones que de ello se derive"** (negritas de la Sala).*

3.1.3. Normas violadas y concepto de violación.

El demandante estima como normas violadas, las disposiciones previstas en los artículos 2, 6, inciso 2 y 3 del artículo 13, 25, 29, 46, 47, 123 y 125 de la Constitución Política de Colombia, artículos 3 y 41 de la Ley 909 de 2005, Decreto 1227 de 2005, Ley 790 de 2002, Decreto 1083 de 2015, Decreto 785 de 2005, Decreto 3905 de 2009.

La parte demandante admite que a pesar de que el actor no tiene derecho a permanecer indefinidamente en provisionalidad dentro de un cargo sometido a concurso de méritos, en todo caso, la entidad demandada debió procurarle un trato especial en virtud de los mandatos constitucionales que protegen la estabilidad reforzada de cierta población, pues así mismo, la Corte Constitucional señala que para el caso de los pensionados deberán aplicarse este tipo de medidas especiales de protección.

Añade que en el sub judge existe una clara violación al Decreto 3905 de 2009 que reglamentó la Ley 909 de 2004 y lo establecido en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002.

3.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA⁴

La Rama Judicial se opuso a todas las pretensiones, afirmando que, en el procedimiento efectuado al actor sí hubo un acto administrativo de desvinculación notificado en oportunidad que obedeció a las normas de la carrera administrativa. Alega que el demandante conoció oportunamente las motivaciones del retiro del cargo, tanto así, que el 28 de julio de 2015 radicó solicitud de reubicación laboral antes de la posesión de la nueva funcionaria, aceptando que conocía del contenido de la Resolución No. 240 de 9 de julio de 2015 que confirmaba un traslado.

La entidad sostiene, que *“respecto a la situación de las personas que han sido nombradas en provisionalidad para ocupar cargos de carrera administrativa, las circunstancias de vinculación y retiro del servicio se dan en condiciones que no son equiparables a las de los funcionarios públicos de libre nombramiento y remoción, ni a los funcionarios inscritos en carrera administrativa. El ordenamiento legal ha previsto que los cargos de carrera pueden proveerse en provisionalidad, cuando se presentan vacancias definitivas o temporales y mientras estos se asignan en propiedad conforme a las formalidades de la Ley o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal.”*

Así mismo, la accionada alega, que en cuanto a la calidad de pre pensionados, la Corte Constitucional ha señalado que gozarán de tal prerrogativa los servidores públicos con al menos tres (3) años para reunir el requisito de edad y el tiempo de servicio para obtener el beneficio de la pensión de jubilación. En tal caso, en el sub examine, al tomar la fecha de 30 de julio de 2015, siendo el día de la desvinculación del actor, a éste le faltaban más de tres (3) años para cumplir con la totalidad de los requisitos de pensión.

Finalmente, añada que frente la solicitud de nulidad de la Resolución No. 139 de 5 de mayo de 2016, este acto administrativo se encontró debidamente motivado conforme a la Sentencia de tutela de 1 de abril de 2016 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, en la cual se declaró desvincular al demandante del cargo en provisionalidad como Juez Promiscuo Municipal de El Guamo, Bolívar.

⁴ Folios 131-138 cdr.1

3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁵

Mediante Sentencia de primera instancia, se negaron las pretensiones de la demanda, al considerar que la parte demandante no logró desvirtuar la legalidad del acto administrativo demandado, esto es, Resolución No. 139 de 5 de mayo de 2016, así como tampoco se evidenció la calidad de pre pensionado que el actor alegaba.

Aunado a lo anterior, el a quo expuso que, de un estudio de las pruebas se evidenció que la consolidación de la expectativa pensional del demandante no se encontraba en riesgo de perfeccionarse.

3.4. EL RECURSO DE APELACIÓN.⁶

El señor Edgardo Enrique Mulford Pineda, presentó recurso de apelación a través de apoderado judicial el día 21 de enero de 2019 contra la Sentencia de primera instancia; al señalar nuevamente que, respecto a la primera desvinculación que obedeció a un acto de traslado no existió un acto administrativo dirigido hacia el accionante y que motivase la desvinculación. Alega que a pesar de haberse declarado probada la excepción de inepta demanda frente a la situación antes mencionada, el Juez de primera instancia si la tuvo en cuenta para basar su decisión, en cambio frente al segundo acto recurrido omite el deber legal de examinarlo.

Por otro lado, con relación al hecho de que la funcionaria que obtuvo el traslado y la propiedad del cargo, tenía mejor derecho que el señor Mulford Pineda, el apoderado manifiesta su desacuerdo por considerarlo contrario a los pronunciamientos de la Corte y a las normas referentes a las causales de retiro de los empleados nombrados en provisionalidad.

En cuanto a la calidad de pre pensionado, el apelante insiste en que el A quo no tuvo en cuenta lo manifestado por la Corte ni las afirmaciones hechas atinentes al mínimo vital, a la estabilidad laboral reforzada y a los derechos de las personas en discapacidad por ser el demandante, padre de una persona que padece una discapacidad cognitiva.

Con respecto a la aplicación del precedente jurisprudencial y el análisis de la Sentencia SU 003 de 2018, señala que “la retroactividad” del precedente

⁵ Folio 255-262 cdr 2

⁶ Folio 266-276 Cdr.2

13001-33-33-011-2016-00249-02

viola la cláusula del Estado de derecho y el deber general del Estado de respetar las garantías judiciales, el debido proceso, etc. Teniendo en cuenta que la demanda fue presentada el 28 de octubre de 2016 cuando el precedente judicial de la Corte en relación a "la estabilidad laboral relativa de funcionarios ocupando cargos de carrera en provisionalidad", señalaba algunas medidas para garantizar los derechos fundamentales de quienes necesitaban de una especial protección. Luego concluye que, al tiempo de la ocurrencia de los hechos, teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial, el acto de desvinculación fue ilegal.

Por lo anterior, solicita la revocatoria total de la sentencia que negó las pretensiones de la demanda.

3.5. ACTUACIÓN PROCESAL

Con auto de fecha veintisiete (27) de mayo de dos mil diecinueve (2019), se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante (Fl. 5 Cdr. 3). Mediante auto de fecha veinticinco (25) de octubre de dos mil diecinueve (2019) se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. (Fl. 9 Cdr. 3).

3.6. ALEGACIONES

Vencido el término para alegar, la parte demandada⁷ presentó por escrito sus alegatos de conclusión.

La parte demandante no presentó alegatos de conclusión.

3.7. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no rindió concepto de fondo.

IV. CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció el control de legalidad ordenado por el artículo 207 CPACA, en esos términos y comoquiera que no se observan vicios que

⁷ Fólios 12-13 Cdr. 3

13001-33-33-011-2016-00249-02

acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada.

V. CONSIDERACIONES

5.1. COMPETENCIA

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, el Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

En el caso concreto, la Sala precisa que limitará el análisis a lo decidido en la sentencia de primera instancia y a los argumentos expuestos en el escrito de apelación, en virtud de lo dispuesto por el artículo 328 del Código General del Proceso, de conformidad con el cual *“el juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la Ley”*.

5.2. PROBLEMA JURÍDICO.

La Sala encuentra que en el presente asunto se deben resolver los siguientes problemas jurídicos:

5.2.1. *¿Se encuentra viciada de nulidad la Resolución No. 139 de 5 de mayo de 2016, mediante la cual se declaró la separación del cargo de Juez Promiscuo Municipal del Guamo, Bolívar al señor Edgardo Mulford Pineda por violar el fuero de estabilidad laboral reforzada y la calidad de pre pensionado del demandante?*

5.3. TESIS DE LA SALA

La Sala sustentará que, de acuerdo con el cargo desempeñado por el señor Edgardo Enrique Mulford Pineda, de Juez Promiscuo Municipal de El Guamo, Bolívar - en provisionalidad -, la parte demandada desvinculó al accionante, a través de acto administrativo motivado en virtud de la Sentencia de tutela de fecha primero (1) de abril de 2016, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena resolvió revocar el

13001-33-33-011-2016-00249-02

amparo concedido en primera instancia y en consecuencia negar el derecho del actor al nombramiento en el cargo mencionado.

5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

5.4.1. De la falsa motivación

Con el fin de proferir válidamente un acto administrativo, resulta necesario que existan unos presupuestos fácticos –motivos– reales, que sirvan de soporte a la actuación administrativa y, adicionalmente, también se hace menester relacionar tales hechos, debidamente establecidos y acreditados, con el ordenamiento jurídico, de modo que resulte posible constatar si los realmente demostrados y apreciados, son aquellos elementos fácticos que contemple o exige la norma para que se puedan desencadenar los efectos jurídicos previstos en ella misma.

En el caso del sistema jurídico colombiano, el control de legalidad de una decisión administrativa por sus hechos determinantes, por sus presupuestos fácticos o por sus motivos, encuentra fundamento legal, a través de la inclusión de la causal de invalidación de los actos administrativos consistente en la “falsa motivación” en la cual se han entendido comprendidos tanto los vicios afectantes de la *motivación* como los yerros o deficiencias en los *motivos* de la decisión. Así lo ha expresado el Consejo de Estado al sostener que *“la falsa motivación se configura cuando para fundamentar el acto se dan razones engañosas, simuladas, contrarias a la realidad. La motivación de un acto implica que la manifestación de la administración tiene una causa que la justifica, y ella debe obedecer a criterios de legalidad, certeza de los hechos, debida calificación jurídica y apreciación razonable”*⁸.

En realidad, con fundamento en la causal de anulación del acto administrativo denominada *“falsa motivación”* resulta posible la formulación de cargos en contra de la decisión cuya legalidad se censura tanto por adolecer de deficiencias en la *motivación* en cuanto formalidad que debe acompañar, por regla general⁹, las

⁸ Y añade la misma sentencia que *“del examen de los actos acusados concluye la Sala que los elementos antes mencionados se cumplen ya que la falta que se imputó se encontraba determinada en la ley, se recaudaron las pruebas que permitieron establecer la existencia de los hechos imputados, se efectuó el análisis de valoración de cada una de las pruebas y se plantearon razones que permitieron establecer que el actor incurrió en la conducta imputada”*. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, sentencia del 20 de marzo de 1997; Consejera ponente: Clara Forero de Castro; Radicación: 10022.

⁹ La exigencia de motivación como elemento de validez de todos los actos administrativos –salvo que exista norma legal especial que expresamente exima a la Administración de que determinado acto venga acompañado del mencionado requisito– se torna más perentoria aún de conformidad con lo normado en el artículo 42 de la Ley 1437 de 2011, disposición que prevé: *“Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión, que será motivada”*.

13001-33-33-011-2016-00249-02

decisiones de la Administración y que consiste en la explicitación, dentro del cuerpo de la misma –los usualmente denominados "considerandos" incluidos en la parte motiva o considerativa de la decisión–, de los fundamentos fácticos y jurídicos que explican la parte resolutive del acto, como también por razón de vicios radicados en los *motivos* o *presupuestos fácticos* o *hechos determinantes* de la decisión –la realidad fáctica que la sustenta y cuya existencia debe constatar y valorar la Administración *antes* de proferir el acto–, los cuales pueden consistir ora en que tales motivos resultan inexistentes o inexactos, ora en que su calificación o valoración jurídica se advierte desacertada.

Así las cosas, al invocar como vicio atribuible a un acto administrativo la *falsa motivación*, resulta posible atacarlo por **(i)** inexistencia o inexactitud de *motivos* o *presupuestos fácticos*; **(ii)** por la errada o desacertada valoración o calificación jurídica de tales *motivos* o *hechos determinantes*; **(iii)** por inexistencia de *motivación* –"considerandos", en los cuales su incorporación y exposición formal resultan legalmente obligatorias o **(iv)** por *falsa motivación "stricto sensu"*, esto es yerros, inexactitudes o imprecisiones en la parte motiva del pronunciamiento administrativo.

5.4.2. Del fuero de estabilidad laboral derivado de la condición de pre pensionado.

Con respecto al fuero de estabilidad laboral reforzada, y la calidad de prepensionado, la Corte Constitucional, en Sentencia de Unificación Jurisprudencial de fecha 8 de febrero de 2018, ha explicado que los servidores prepensionados que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción no gozan de estabilidad cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de la edad, tal y como se cita a continuación:

*"Cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, no hay lugar a considerar que la persona es beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, dado que el requisito faltante de edad puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente. En estos casos, no se frustra el acceso a la pensión de vejez"*¹⁰.

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia SU003/18, MP: Carlos Bernal Pulido, ocho (08) de febrero de 2018.



13001-33-33-011-2016-00249-02

Pese a lo anterior, el Consejo de Estado¹¹ también ha sostenido de manera reiterada, 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**; razón por la cual será en cada caso concreto donde se analice la situación particular del trabajador, ello a fin de realizar una ponderación y adecuación del ejercicio de la facultad discrecional, así:

*"(...) En esa medida, concluye la Sala que la señora Elsa Yaneth Izquierdo Fonseca **no probó** que en efecto se encuentra en el supuesto fáctico de los que según se expuso en precedencia, puede considerarse sujeto de especial protección, por cuanto **no allegó documentos que demostraran que al momento de la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento le faltaran tres 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"**.¹² (Negrillas son de la Sala)*

5.4.3. El deber de cumplimiento de las providencias judiciales.

La Corte Constitucional en Sentencia SU 034 de 2018, realiza un análisis destacado sobre la fuerza vinculante, y el carácter garantista del debido proceso al ser las decisiones judiciales de obligatorio cumplimiento:

"(...) El artículo 229 de la Constitución Política establece que el derecho de acceso a la justicia es la facultad que tiene toda persona de acudir, en igualdad de condiciones, a los jueces y tribunales y, en este sentido, poner en marcha la actividad jurisdiccional del Estado, con el fin de obtener la protección de sus derechos sustanciales, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías previstas en las leyes –debido proceso–^[30].

De conformidad con el mandato constitucional referido, la Corte Constitucional ha señalado que el Estado tiene tres obligaciones para que el acceso a la administración de justicia sea real y efectivo^[31]:

Obligación de respetar el derecho a la administración de justicia, que se traduce en que el Estado debe abstenerse de adoptar medidas que impidan o dificulten el acceso a la justicia, o que resulten discriminatorias respecto de ciertos grupos.

Obligación de proteger, que consiste en que el Estado adopte medidas orientadas a que terceros no puedan interferir u obstaculizar el acceso al acceso a la administración de justicia.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Bogotá, D.C., once (11) de abril de dos mil dieciocho (2018). Al respecto ver entre otras sentencias: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", sentencia de 26 de abril de 2012, Consejero Ponente Luis Rafael Vergara Quintero, número interno 1816-2009, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", sentencia de 29 de febrero de 2016, Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Bogotá, D.C., once (11) de abril de dos mil dieciocho (2018).



13001-33-33-011-2016-00249-02

Obligación de realizar, que conlleva que el Estado debe facilitar las condiciones para el disfrute del derecho al acceso a la administración de justicia y hacer efectivo el goce del mismo.

En cuanto a las obligaciones del Estado en materia de acceso a la administración de justicia, el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que “toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención (...) y, en consecuencia, corresponde al Estado “garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.”

En la misma dirección, el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prescribe que “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: (...) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.”.

De igual manera, el cumplimiento de las providencias judiciales se erige como un componente del derecho fundamental al debido proceso, y así lo ha reconocido este Tribunal desde su jurisprudencia más temprana:

“La ejecución de las sentencias es una de las más importantes garantías de la existencia y funcionamiento del Estado social y democrático de Derecho (CP art. 1) que se traduce en la final sujeción de los ciudadanos y los poderes públicos a la Constitución. El incumplimiento de esta garantía por parte de uno de los órganos del poder público constituye un grave atentado al Estado de Derecho.

“El sistema jurídico tiene previstos diversos mecanismos (CP arts. 86 a 89) para impedir su autodestrucción. Uno de ellos es el derecho fundamental al cumplimiento de las sentencias comprendido en el núcleo esencial del derecho a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas consagrado en el artículo 29 de la Constitución (CP. Preámbulo, arts. 1, 2, 6, 29 y 86).”^[32] (se subraya)

En efecto, acudir a las autoridades jurisdiccional quedaría desprovisto de sentido si, luego de agotadas las etapas previstas para cada trámite y emitida la decisión que desata el litigio, la parte vencida pudiera deliberadamente hacer tabla rasa de lo resuelto o cumplirlo de forma tardía o defectuosa, comprometiendo el derecho al debido proceso de la parte vencedora y perpetuando indefinidamente la afectación a sus bienes jurídicos. La jurisprudencia constitucional ha sostenido sobre el particular que “incumplir la orden dada por el juez constitucional en un fallo de tutela es una conducta de suma gravedad, porque (i) prolonga la vulneración o amenaza de un derecho fundamental tutelado y (ii) constituye un nuevo agravio frente a los derechos fundamentales a un debido proceso y de acceso a la justicia.”^[33]

Bajo esa perspectiva, esta Corporación ha puesto de relieve que el derecho al acceso a la administración de justicia no se satisface sólo con la posibilidad de formular demandas ante tribunales competentes e imparciales, y que estos, a su vez, emitan decisiones definitivas en las cuales se resuelvan las controversias planteadas en relación con los derechos de las partes, sino que se requiere que la decisión



13001-33-33-011-2016-00249-02

adoptada se cumpla; es decir, que tenga eficacia y produzca los efectos a los que está destinada^[34].

La razón de ser de ese atributo de eficacia que se predica de las decisiones judiciales está en la confianza depositada por los ciudadanos en el poder soberano del Estado a través del pacto político. A partir de ese momento, se espera que las autoridades legítimamente constituidas propendan por la efectividad de los derechos y velen por el mantenimiento del orden^[35], escenario en el cual la función estatal de administrar justicia ocupa un lugar preponderante. La resolución de los conflictos conaturales a la vida en sociedad queda así en manos de las autoridades jurisdiccionales, cuyas decisiones son imperativas al punto que, de ser preciso, es válido recurrir a la fuerza para propiciar la obediencia por parte de los asociados que muestren renuencia frente a ellas.

De lo anterior se desprende que "al incumplir una orden emitida dentro de un fallo judicial, se vulnera directamente los derechos constitucionales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia de la persona a la cual resultó favorable la providencia."^[36]

Así, el derecho de acceso a la administración de justicia no se circunscribe exclusivamente al ejercicio del derecho de acción, sino que está inescindiblemente vinculado al debido proceso y a la expectativa de las partes de que, una vez en firme, la decisión judicial que pone fin a una controversia se materialice en debida forma. Desconocer esta premisa básica implicaría soslayar el carácter vinculante y coercitivo de las providencias judiciales, en detrimento no solo de los derechos fundamentales, sino del orden constitucional vigente. (...)" (negrillas de la Sala)

5.5. CASO EN CONCRETO

5.5.1. Hechos Probados

- Copia de la Sentencia¹³ de tutela de fecha 3 de noviembre de 2015, mediante la cual, el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cartagena resolvió amparar el derecho al debido proceso del accionante Edgardo Enrique Mulford Pineda y en consecuencia se ordenó su reintegro a un cargo similar al que desempeñaba al momento de su retiro.
- Copia de la Sentencia¹⁴ de segunda instancia de fecha primero (1) de abril de 2016, mediante la cual el Tribunal Superior de Cartagena – Sala Penal de Conjuces -, resolvió revocar el amparo concedido al señor Edgardo Enrique Mulford Pineda en primera instancia por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cartagena.
- Copia de la Resolución No. 139 de 5 de mayo de 2016, proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, por medio de la cual se declaró la separación del cargo de un funcionario.

¹³ Folio 33-43, cdr. 1

¹⁴ Folio 64-73, cdr. 1

5.5.2. Del análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

En el presente asunto, la demanda se dirige concretamente a que se declare la nulidad del Acto administrativo contenido en la Resolución No. 139 de 5 de mayo de 2016, mediante el cual se declaró separar del cargo de Juez Promiscuo Municipal de El Guamo, Bolívar, al señor Edgardo Enrique Mulford Pineda. Para determinar si lo anterior es viable, esta Sala analizará de manera independiente cada uno de los cargos que arguye el accionante.

5.5.2.1. De la naturaleza del cargo desempeñado y falta de motivación del acto acusado.

De acuerdo con el marco normativo, a la jurisprudencia aplicable, y luego de realizar el análisis correspondiente, es posible determinar, que los servidores públicos que ocupan cargos en provisionalidad sometidos a la carrera administrativa, gozan de una estabilidad laboral relativa, por tanto, la administración puede proveer en cualquier tiempo, la plaza a favor de la persona que obtiene la propiedad mediante el concurso de méritos, razón que consecuentemente habrá de motivar ponerle fin a la provisionalidad.

En aras de aclarar ciertos puntos recurridos, la Sala extraerá del contenido del acto acusado¹⁵ lo siguiente:

(...) Resolución No. 139 de 5 de mayo de 2016.
"por medio de la cual se declara la separación del cargo de un funcionario"
..." Que en estricto cumplimiento del fallo de tutela de fecha 3 de noviembre de 2015, proferido por el Juzgado Quinto Penal del Circuito con funciones de conocimiento, este Tribunal mediante resolución No. 394 de noviembre de 2015, realizó el nombramiento del señor EDGARDO MULFORD PINEDA, como Juez Promiscuo Municipal de El Guamo, Bolívar. **En atención a que la providencia primigenia fue revocada, la Sala Plena de este Tribunal acordó separar del cargo al referenciado funcionario a partir de la fecha, dado que con la revocatoria del fallo de tutela, desaparecieron los fundamentos que dieron origen al nombramiento del Doctor EDGARDO MULFORD PINEDA**". (...) (Negritas de la Sala)

La parte demandante insiste en su apelación, sobre el hecho de no existir un primer acto administrativo de desvinculación que verse sobre la situación de

¹⁵ Folio 77-79, cdr. 1

13001-33-33-011-2016-00249-02

traslado otorgado a quien obtuvo la propiedad del cargo, sin embargo, esta Sala considera indispensable reiterarle al demandante que en audiencia inicial celebrada en la primera instancia de este proceso y en segunda instancia confirmada por el Superior, fue declarada probada la excepción de inepta demanda respecto a la reclamación de "la decisión tácita de 30 de julio de 2015", acto que atiende a la presunta inexistencia del primer acto de desvinculación al cual hace referencia el actor. Por tal razón, en el escrito del recurso, aquellos argumentos esbozados como un cargo en contra de dicha decisión "tácita", no serán tenidos en cuenta por esta Magistratura.

Aunado a ello, el apelante señala que el A quo hace referencia a la presunta decisión tácita en comento, sin embargo, de la lectura de la sentencia, la Sala observa que dichas precisiones se estimaron necesarias dentro de la argumentación del Juez para sustentar la excepción probada y apartarse del estudio de la misma dentro del desarrollo del fallo.

Ahora bien, en atención a lo ya anteriormente transcrito de la Resolución No. 139 de 5 de mayo de 2016, es posible constatar que la motivación de misma recae sobre el deber de cumplimiento de las providencias judiciales, obligación garantista per se del debido proceso¹⁶.

Por tal razón, es posible determinar que en efecto el acto acusado sí reviste de total motivación, de tal manera que el retiro del funcionario se encontraba sujeto a la ejecución de un fallo judicial que ordenaba revocar la situación originaria: de un nombramiento en provisionalidad a la separación del cargo.

Es menester traer a colación que, de la lectura de ambos fallos judiciales que obran como prueba en el expediente, se desprende que al demandante en la tutela de primera instancia solo le fue amparado el derecho al debido proceso por la presunta falta de acto motivado en la desvinculación, donde las demás situaciones que arguye el actor, tales como la condición de pre pensionado, la estabilidad laboral reforzada, el mínimo vital y la seguridad social no fueron objeto de análisis para decretar el amparo. En concordancia, el Tribunal en segunda instancia, del acervo

¹⁶ Sentencia SU034 de 2018, Corte Constitucional "...DEBER DE CUMPLIMIENTO DE LAS PROVIDENCIAS JUDICIALES COMO COMPONENTE DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA Y AL DEBIDO PROCESO. El derecho de acceso a la administración de justicia no se circunscribe exclusivamente al ejercicio del derecho de acción, sino que está inescindiblemente vinculado al debido proceso y a la expectativa de las partes de que, una vez en firme, la decisión judicial que pone fin a una controversia se materialice en debida forma. Desconocer esta premisa básica implicaría soslayar el carácter vinculante y coercitivo de las providencias judiciales, en detrimento no solo de los derechos fundamentales, sino del orden constitucional vigente.

13001-33-33-011-2016-00249-02

probatorio examina lo atinente al derecho invocado, y contrario a lo resuelto por el Juez de tutela, encuentra que no existió violación al debido proceso por sí encontrar justificada mediante acto administrativo motivado, la desvinculación del señor Mulford Pineda como consecuencia del derecho adquirido por quien ocuparía el cargo en propiedad, así las cosas, al revocarse el amparo, se extinguió el derecho del señor Mulford Pineda a permanecer en el último cargo ocupado en provisionalidad.

En conclusión, el argumento sobre la falta de motivación del acto que se acusa, no prosperará por las razones expuestas.

5.5.2.2. De la calidad de pre pensionado.

Como se explicó anteriormente, puede decirse que un empleado tiene la condición de prepensionable cuando, "el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, no hay lugar a considerar que la persona es beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, dado que el requisito faltante de edad puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente. En estos casos, no se frustra el acceso a la pensión de vejez".¹⁷

Pues bien, dentro del escrito de apelación, la parte demandante insiste en el hecho de que el A quo no tuvo en cuenta las pruebas aportadas, la jurisprudencia de la Corte Constitucional en torno a la protección de los derechos y las afirmaciones esgrimidas sobre las condiciones especiales del demandante, sumado a ello, alega que el precedente judicial tomado por el Despacho – Sentencia SU003 de 2018 -, viola las garantías judiciales por aplicarse retroactivamente en el caso concreto.

En ese orden de ideas, la Sala advierte que en primera medida la condición de pre pensionado aludida por el demandante, se encuentra supeditada al avance y el curso del tiempo, siendo a la fecha de esta instancia una cualidad inane que de acuerdo a lo esgrimido por el A quo, no frustraría en la actualidad el derecho pensional del demandante. Por otro lado, si bien se toma como precedente aplicable la Sentencia SU003 de 2018, esta línea jurisprudencial no se aparta de las anteriores consideraciones que exponían sobre la estabilidad laboral relativa de los servidores judiciales en

¹⁷ Sentencia SU003/18

13001-33-33-011-2016-00249-02

provisionalidad, verbigracia, la Sentencia SU 446 de 2011 que el demandante mencionó en su libelo de demanda¹⁸.

Para la Sala, es posible determinar que para la fecha del presente proveído, ya el derecho a la pensión mensual vitalicia de vejez habría sido adquirido por el demandante, pues en razón a la edad¹⁹ actual del demandante – 65 años -, ha de tener consolidado su estatus pensional, independientemente de la expectativa de semanas cotizadas que había adquirido previo a cumplir la edad.

Corolario a lo anterior, resulta necesario advertir que la decisión del acto acusado que se examina en esta etapa – Resolución No. 139 de 5 de mayo de 2016 – versa únicamente sobre el retiro del servicio del demandante que tuvo como causa la ejecución de una decisión judicial en sede de tutela – Sentencia de primero (1) de abril de 2016, Tribunal Superior de Cartagena -, por tanto, no se encuentra demostrada la relación causal entre las inquietudes atinentes a la posible condición pre pensional en la primera desvinculación – Juez Segundo Penal Municipal para adolescentes de Cartagena, en provisionalidad - y la separación del cargo de Juez Promiscuo Municipal de El Guamo, Bolívar, en provisionalidad, que atendió a la decisión de negar el amparo al derecho del debido proceso por no evidenciarse la vulneración.

En conclusión, debe indicarse que tampoco prospera este argumento, toda vez que la Sala no encuentra probada el vicio de nulidad del acto acusado, la contrariedad entre los precedentes jurisprudenciales expuestos en el proceso de sustentación del A quo como tampoco la posible afectación a la obtención del derecho pensional invocado.

En conclusión, de cara al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y luego de realizar el análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial, la Sala se abstendrá de declarar la nulidad de la Resolución No. 139 de 5 de mayo de 2016, mediante el cual se separó del cargo de Juez Promiscuo Municipal de El Guamo - Bolívar, al señor Edgardo Enrique Mulford Pineda en condición de provisionalidad, por encontrarse ajustado a la normatividad aplicable para el caso en concreto.

¹⁸ Folio 13. Cdr. 1

¹⁹ Folio 241 Cdr. 2

13001-33-33-011-2016-00249-02

En consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia, conforme a lo expuesto con precedencia.

5.6. CONDENA EN COSTAS.

De conformidad con lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso numeral 3, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, esta Corporación condenará en costas a la parte demandante que resultó vencida dentro del presente proceso, las cuales se liquidarán por el Juez de primera instancia.

VI. LA DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

VI. FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia de fecha trece (13) de diciembre de dos mil dieciocho (2018), del Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Condenar en costas a la parte demandante, las cuales serán liquidadas por el juez de primera instancia de acuerdo con lo señalado en los artículos 365 y 366 del CGP.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, previas las anotaciones de rigor, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de la presente providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS



13001-33-33-011-2016-00249-02

JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS

MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ
IMPEDIDO

La anterior firma corresponde al proceso con número de radicado 13001-33-33-011-2016-00249-02