

Radicado: 680014003016-2021-00776-00
Proceso: ACCIÓN DE TUTELA
Accionante: **ESPERANZA ROJAS DIAZ**
Accionado: **DEPARTAMENTO DE SANTANDER** y vinculados de manera oficiosa
MINISTERIO DEL TRABAJO –REGIONAL SANTANDER y
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTIAS – COLPENSIONES.

Fallo: T-0141/2021

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DIECISÉIS CIVIL MUNICIPAL DE BUCARAMANGA
PALACIO DE JUSTICIA – PRIMER PISO – OF: 205
TEL: 6704306

Bucaramanga, tres (03) de Noviembre del dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

El Juzgado Dieciséis Civil Municipal de Bucaramanga (S/der), decide en primera instancia, la demanda de tutela instaurada por la señora **ESPERANZA ROJAS DIAZ**, quien actúa en nombre propio y en contra del **DEPARTAMENTO DE SANTANDER** y vinculados de oficio **MINISTERIO DEL TRABAJO – REGIONAL SANTANDER** y **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS - COLPENSIONES**, al considerar que se le están vulnerando los derechos fundamentales al debido proceso y el mínimo vital.

ANTECEDENTES

La accionante acude a este mecanismo al considerar que se le están vulnerando los derechos fundamentales aludidos en el libelo de la presente demanda, por parte del **DEPARTAMENTO DE SANTANDER** y vinculados de oficio **MINISTERIO DEL TRABAJO – REGIONAL SANTANDER** y **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS - COLPENSIONES**, debido a la terminación del contrato laboral a partir del 08 de Julio de 2021, en el empleo de SECRETARIO, Nivel ASISTENCIA, Código 440, Grado 8 con cargo al Sistema General de Participaciones de la Gobernación de Santander, sin tenerse en cuenta su calidad de pre-pensionada y ser cabeza de familia.

SUJETOS DE ESTA ACCIÓN

Accionante:

- **ESPERANZA ROJAS DIAZ**, quien actúa en nombre propio, identificada con la cédula de ciudadanía N° 28.334.197 de Rionegro, quien se ubica la Calle 42 No. 17-19 Edificio Torre Central 42 Apto: 403 de la ciudad de Bucaramanga y en el correo electrónico: esperanzarojasdiaz@hotmail.com

Accionados:

- **DEPARTAMENTO DE SANTANDER,** correo electrónico notificaciones@santander.gov.co

Vinculado:

- **MINISTERIO DEL TRABAJO – REGIONAL SANTANDER,** correo electrónico notificacionesjudiciales@mintrabajo.gov.co
- **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS – COLPENSIONES,** correo electrónico notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co

PRETENSIONES DE LA ACCIÓN

Fueron señaladas literalmente dentro de libelo de la demanda de la siguiente forma:

*“...**PRIMERO:** Honorable Señor Juez Constitucional a quien le corresponda por Reparto la presente Acción, con fundamento en los hechos narrados y en las consideraciones expuestas, le solicito a usted respetuosamente **TUTELAR** a mi favor los derechos fundamentos incoados y sustentados en la presente acción de tutela, quien me desempeñe por 26 años como **AUXILIAR ADMINISTRATIVO, NIVEL ASISTENCIAL, CODIGO 407, GRADO 10 EN LA PLANTA DE CARGO 407, GRADO 10 EN LA PLANTA DE CARGOS ADMINISTRATIVOS PARA LA PRESTACION DEL SERVICIO EDUCATIVO EN EL DEPARTAMENTO DE SANTANDER,** por amenaza a mi mínimo vital, el de mi esposo y sobrino, como quiera que ostento la calidad de **PRE.PENSIONADA** y de **MUJER CABEZA DE FAMILIA,** teniendo en cuenta que mi esposo, señor **URIEL ALVAREZ ALDANA,** y mi sobrino **DAVID ALEXANDER PIÑERES ROJAS,** dependen exclusivamente de los ingresos que devengaba, derivados de mi trabajo en la Gobernación de Santander.*

***SEGUNDO:** El amparo constitucional que se solicita es para evitar un perjuicio irremediable a mi familia, por cuanto no cuento con la solvencia necesaria para continuar llevando el sustento a mi hogar, además de no tener el amparo de la seguridad social mía y de mi esposo, situación que puede propender por una complicación en la salud de los dos, toda vez (sic) somos personas mayores y con diferentes cuadros clínicos de cuidado, que no podríamos atender, teniendo en cuenta que ya no estoy recibiendo salario alguno. Tampoco puedo continuar costearo los tratamientos necesarios para mi sobrino, quien sufre de retardo mental.*

***TERCERO:** Que al ampararse mi Derecho Fundamental al debido proceso, con la motivación adecuada determinada en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional que dice: “para que un acto administrativo de desvinculación se considere motivado es forzoso explicar de manera clara, detallada y precisa cuales son las razones por las cuales se prescindirá de los servicios del funcionario en cuestión” y que, al no haberme **NOTIFICADO PERSONALMENTE** el Decreto 266 del 11 de Junio de 2021, me han conculcado mis derechos fundamentales a **LA DEFENSA Y CONTRADICCION** contenidos en el artículo 29 de la C.N., por lo que se debe declarar la nulidad del Acto Administrativo mencionado, y/o su **INEFICACIA** de*

mi desvinculación, al no haber producido los efectos jurídicos perseguidos por el Nominador por haber contraído abiertamente los artículos 66, 67 y 68 de la Ley 1437 de 2011.

CUARTO: SE ORDENE AL NOMINADOR GOBERNADOR DE SANTANDER, mi continuidad en el CARGO que venía desempeñando o en otro de igual o de superior categoría, hasta tanto, yo cumpla con los requisitos de ley para acceder a mi pensión de vejez y/o jubilación y quede incluida en la nómina de pensionados de COLPENSIONES...”

SON FUNDAMENTOS DE LA PRESENTE ACCIÓN DE TUTELA

1. Que mediante Resolución 176 datada del 2 de junio de 1995, la accionante fue nombrada en el cargo de AUXILIAR ADMINISTRATIVO CODIGO 5120 GRADO 11, cargo que se encontraba en vacancia definitiva.
2. Que cumplidos con los requisitos legales, la tutelante tomo posesión el día 6 de julio de 1995, por medio de acta número 056.
3. Que desde la fecha de la posesión, por razones de reestructuración de la Planta de cargos del Sector Educativo del Departamento de Santander, la señora ESPERANZA ROJAS DIAZ, fue reincorporada y tomo posesión de ese cargo, en los niveles, categorías y grados en que ha sido determinando desde 1995 hasta la fecha, no habiendo sido objeto de cambio de las funciones de AUXILIAR ADMINISTRATIVO para el cual fue vinculada en provisionalidad desde el 6 de julio de 1995. Agrega que al momento de la terminación de su provisionalidad ejercía en “encargo el cargo denominado **“SECRETARIO NIVEL ASISTENCIAL, CODIGO 440, GRADO 8 EN LA PLANTA DE CARGOS ADMINISTRATIVO PARA LA PRESTACION DEL SERVICIO EDUCATIVO DEL DEPARTAMENTO DE SANTANDER.”**
4. Que desde el día 6 de julio de 1995 a fecha 20 de Octubre de 2021, la accionante desempeño el cargo de AUXILIAR ADMINISTRATIVO Y SECRETARIO NIVEL ASISTENCIA, en forma continua e ininterrumpida sin solución de continuidad, puesto que había sido reincorporada y posesionada, sin que existiera desvinculación de las denominaciones del cargo.
5. Que le falta el término de un (1) año para completar los requisitos de pensión, por lo que la señora ROJAS DIAZ, ostenta la calidad de PREPENSIONADA, situación que permite una ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA.
6. Que durante la vinculación laboral con la Gobernación de Santander, siempre se destacó como buena empleada, quien cumplió a cabalidad las funciones de su cargo, y de quien no se tuvo queja alguna en los 26 años de servicio.
7. Que a pesar de existir, la hoja de vida en la Oficina de Talento Humano de la Secretaria de Educación Departamental y/o en la Oficina de Talento Humano de la Gobernación, y reposar en el expediente laboral los Actos Administrativos de Nombramiento del 2 de junio de 1995, y de posesión del 6 de julio de 1995, no se verifico por parte de la señora ELGA JOHANNA CORREDOR SOLANO, Directora de Talento Humano, su historia laboral, porque, de haberlo hecho, hubiese podido establecer su calidad de PREPENSIONADA y de CABEZA DE FAMILIA, que hubiese podido permitir el cese a la vulneración de los derechos fundamentales incoados en la presente acción.

Insiste que en estos términos y sin ningún tipo de verificación de las condiciones laborales, se omitieron mencionar en el Acto Administrativo de desvinculación, los hechos relevantes, para la superación de dichas calidades, como la mención del Acto de Reconocimiento de la Pensión e inclusión en nómina de pensionados que determinara así la debida y adecuada motivación del Acto Administrativo número 266 del 11 de junio de 2021, como así lo determina la jurisprudencia constitucional, como INDEBIDA MOTIVACION del Acto Administrativo que determina la violación al debido proceso.

8. Que de igual manera, se le ha vulnerado el derecho fundamental al DEBIDO PROCESO, al expedirse el Decreto de Desvinculación como un Decreto de carácter general y de trámite al determinarse en dicho Acto Administrativo lo siguiente: “COMUNIQUESE Y CUMPLASE” cuando un acto administrativo que se expida para modificar, reconocer o extinguir un derecho particular y concreto debe ser de “NOTIFIQUESE Y CUMPLASE” y se debe realizar la diligencia de notificación personal al afectado e informársele en dicha diligencia de los recursos que contra la decisión procede y los términos para hacerlo, para que en tiempo pueda el notificado ejercer sus derechos de defensa y contradicción de la decisión que le sea contraria a sus derechos laborales, personales y fundamentales.

9. Que la Gobernación de Santander, al emitir el Decreto 266 del 11 de junio de 2021, presuntamente omitió revisar la hoja de vida de la accionante, dejándose de lado su condición PREPENSIONADA y MUJER CABEZA DE FAMILIA. Así mismo, reitera que es soporte económico de su hogar, en atención a que su cónyuge, señor URIEL ALVAREZ ALDANA, no labora, ni cuenta con recursos económicos. Además agrega que tiene a cargo a su sobrino DAVID ALEXANDER PIÑERES ROJAS, el cual presenta una condición especial de salud.

10. Que como consecuencia de ese acto administrativo ella y su cónyuge no cuentan con seguridad social.

11. Que la tutelante, recibió comunicación emanada de la Gobernación de Santander, en donde le informa la terminación de la provisionalidad que ostentaba, a partir del 3 de diciembre de 2020. Posteriormente, se le comunico a la misma en dicho día, que continuaba en la provisionalidad que ostentaba, teniendo en cuenta que quien tenía la calidad de elegible, decidió declinar el respectivo nombramiento.

12. Que la Oficina de Talento Humano de la Gobernación de Santander, mediante correo electrónico enviado el día 24 de junio de 2021, remitió el oficio datado 23 de junio de 2021, documento en el que en decir de la tutelante no se evidencia fecha exacta en la que la elegible tomaría posesión del cargo debatido en esta Acción.

13. Que el día 8 de julio de 2021, a la tutelante le es remitida mediante correo electrónico oficio bajo el radicado número 20210095269, calendado 7 de julio de 2021, en donde le mencionaban que su contrato laboral en provisionalidad terminaba en dicha fecha.

14. Que la Gobernación de Santander hizo caso omiso a su condición de PREPENSIONADA y MUJER CABEZA DE FAMILIA, violando así, al expedir el Decreto 266 del 11 de Junio de 2021, sin realizar el estudio previo de su situación particular, y sin que se hubiera dado la protección pensional, todo lo cual hace presumir notoriamente la vulneración no solo al debido proceso sino a la presunta intensión de ocasionar un daño en el mínimo vital de quien dedico 26 años de su vida a la entidad.

15. Que sin la realización de un proceso de verificación de las condiciones laborales de la tutelante, se llevó ante el Despacho del Gobernador de Santander el proyecto del Decreto de

desvinculación, radicado con el No. 266 calendado 11 de junio de 2021, sin que la motivación del mismo obedezca a los parámetros establecidos en la Jurisprudencia Constitucional, razón por la cual sin lugar a dudas, se cercena de tajo EL DEBIDO PROCESO por falta de motivación adecuada, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar del desempeño del empleo en forma continua e ininterrumpida y sin solución de continuidad, durante 26 años; y que, al no haberse notificado personalmente se viola flagrantemente el DERECHO DE DEFENSA Y CONTRADICCIÓN pues se le desvinculo a partir del 7 de julio de 2021, impidiéndole el ejercicio de sus derechos fundamentales contenidos en el Art 29 de la C.N., desconociéndose así, el derecho constitucional a la ESTABILIDAD LABORAL REFORAZA, nacida de su calidad de PREPENSIONADA, y MUJER CABEZA DE FAMILIA, afectando gravemente la provisión del mínimo vital propio y el de su familia a cargo, quienes dependen exclusivamente de los dineros que devengaba en la Gobernación de Santander.

ELEMENTOS PROBATORIOS

1. Demanda de tutela presentada por la señora ESPERANZA ROJAS DIAZ, quien actúa en nombre propio; (Fls. 1-7);
2. Copia de la Resolución No. 176 del 02 de Junio de 1995 expedida por la Gobernación de Santander, Copia Acta de Posesión No. 056 de la tutelante, Fotocopia de la cédula de ciudadanía del sobrino de la Accionante, fotocopia de la cédula de ciudadanía del cónyuge de la tutelante, copia de la declaración extraproceso No. 1732-20, Estado de afiliación del señor URIEL ALVAREZ ALDANA, Copia de la comunicación que le informa la terminación del nombramiento de fecha 07 de julio de 2021 expedida por la Gobernación de Santander, copia del correo electrónico a través del cual le es remitida la terminación de la vinculación laboral enviado el día 08 de julio de 2021 a la tutelante, Copia del Decreto 266 del 11 de Junio de 2021 expedido por la Gobernación de Santander, fotocopia de la cédula de ciudadanía de la tutelante, copia historia clínica del señor DAVID ALEXANDER PIÑERES ROJAS, entre otros; (Fls. 8-16);
3. Respuesta a la Acción de Tutela emitida por el Doctor JORGE HUMBERTO RUIZ VICTORIA, quien actúa en calidad de Asesor asignado a la Oficina Asesora Jurídica del **MINISTERIO DEL TRABAJO**; calidad que se encuentra probada (Fls. 22-32);
4. Respuesta a la Acción de Tutela emitida por la Doctora MALKY KATRINA FERRO AHCAR, quien actúa en calidad de Directora de la Dirección de Acciones Constitucionales de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**; calidad que se encuentra probada (Fls. 34-43);
5. Respuesta a la acción de Tutela emitida por la Doctora ELGA JOHANNA CORREDOR SOLANO, quien dice actuar en calidad de Directora Administrativa de Talento Humano de la Secretaria General del **DEPARTAMENTO DE SANTANDER**; calidad que no se encuentra probada (Fls. 44-50).

RESPUESTAS DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS

- **MINISTERIO DEL TRABAJO.**

Da respuesta a la acción constitucional el Doctor JORGE HUMBERTO RUIZ VICTORIA, quien actúa en calidad de Asesor asignado a la Oficina Asesora Jurídica del **MINISTERIO DEL TRABAJO**; calidad que se encuentra probada, trayendo a colación como fundamento de defensa lo relacionado con la improcedencia de la Acción de Tutela en referencia a ese

Ministerio, sobre la vinculación en el empleo público, de la desvinculación de la persona pre-pensionada, de la improcedencia por existencia de medio judicial ordinario y de las funciones administrativas del ministerio.

Así mismo, solicita al despacho declarar la improcedencia de la acción con relación al Ministerio del Trabajo, y en consecuencia exonerarlo de responsabilidad alguna que se le endilgue por falta de legitimación en la causa, dado que no hay obligación o responsabilidad de su parte, ni ha vulnerado ni puesto en peligro derecho fundamental alguno a la accionante.

- **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.**

Da respuesta a la Acción constitucional la Doctora MALKY KATRINA FERRO AHCAR, quien actúa como Directora de la Dirección de Acciones Constitucionales de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, calidad que se encuentra probada, señalando que una vez revisados los argumentos que dieron origen a la Acción de tutela de la referencia, se evidencio que la inconformidad objeto de la acción constitucional radica en las acciones y omisiones llevadas a cabo por el DEPARTAMENTO DE SANTANDER, por lo tanto, corresponde a dicha entidad demostrar las acciones adelantadas para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se consideran menoscabados.

Ahora bien, arguye que verificados los sistemas de información que tiene esa Administradora se puede observar que no se encuentra petición presentada ante esa entidad que se encuentre pendiente de respuesta, hecho que se confirma con el traslado de tutela y anexos donde se evidencia que la accionante no aporta siquiera prueba sumaria en la que se evidencie que en ejercicio del derecho de petición hubiese puesto en marcha la administración.

Conforme a los hechos y anexos de la acción, se configura, entonces, lo que la doctrina procesal ha denominado como ausencia de legitimación por pasiva, pues esa administradora nada tiene que ver con el debate constitucional que se plantea, contrario a ello, es el DEPARTAMENTO DE SANTANDER, la entidad que está obligada a emitir un pronunciamiento de fondo respecto a las inquietudes planteadas por la Accionante en el derecho de petición elevado.

Agrega que es visible que COLPENSIONES, ha obrado hasta la fecha de forma responsable y en derecho, sin que existe vulneración alguna a los derechos del ciudadano (sic).

Trae a colación como fundamentos jurídicos lo relacionado con la legitimación en la causa por pasiva, así mismo, como lo relacionado con la inexistencia del hecho vulnerador.

En ese orden de ideas, advierte que no es posible considerar que COLPENSIONES tiene responsabilidad en la transgresión de los derechos fundamentales alegados y considerando que la acción de tutela se refiere a la prestación que no es función de esa entidad, por lo que solicita se disponga expresamente en el fallo de tutela la DESVINCULACION POR FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA de la entidad que representa, en los términos señalados en el numeral 2 del artículo 29 del Decreto 2591 de 1991 y en cumplimiento de lo señalado en el Decreto 2013 del 28 de septiembre de 2012.

- **DEPARTAMENTO DE SANTANDER.**

Da respuesta a la Acción Constitucional la Doctora ELGA JOHANNA CORREDOR SOLANO, quien dice actuar en calidad de Directora Administrativa de Talento Humano de la

Secretaria General del **DEPARTAMENTO DE SANTANDER**; calidad que no se encuentra probada, manifestando como fundamento jurídico lo relacionado con el nombramiento en provisionalidad en una vacante definitiva, sobre las normas de rango constitucional para este asunto, sobre la legalidad del acto administrativo por medio del cual se realiza nombramiento en periodo de prueba dentro de la carrera administrativa y se da por terminado un nombramiento en provisionalidad, sobre los concursos de méritos, sobre la falta de competencia de los jueces de tutela para dejar sin efecto un acto administrativo de nombramiento en periodo de prueba dentro de la carrera administrativa y la consecuente declaración de insubsistencia de nombramientos provisionales y sobre el sistema general de pensiones.

Señala de igual forma, que de conformidad con lo dispuesto en la norma citada, una vez en firma la lista de elegibles, la Comisión Nacional del Servicio civil deberá enviarla a la entidad donde se realizó el concurso para que en estricto orden de mérito se produzca el nombramiento en periodo de prueba en el empleo objeto de concurso, el cual deberá hacerse dentro de los diez días hábiles siguientes a su envío.

De esta forma, agrega que el Departamento de Santander le dio cumplimiento a lo ordenado por la CNSC, una vez enviada la lista de elegibles y su firmeza de las personas que encabezan la lista de elegibles, se procedió a expedir el Decreto 286 de 11 de junio de 2021, *”Por medio de la cual se realiza un nombramiento en periodo de prueba y se terminan situaciones administrativas de encargo (s) y se da por terminado un nombramiento provisional,”* dentro de los cuales se encuentra la terminación del nombramiento provisional de la señora ESPERANZA ROJAS DIAZ, en cumplimiento a lo ordenado por la CNSC.

Así mismo, indica que por medio de oficio adiado el 23 de junio de 2021, a la Accionante se le comunico que mediante el Decreto 266 de 11 de Junio de 2021 se le dio por terminado su nombramiento provisional en el cargo de Secretario, Nivel Asistencial, Código 440, Grado 8, en la planta de empleos administrativos para la prestación del servicio educativo en el Departamento de Santander, el cual se haría efectivo a partir de la fecha de posesión del elegible, en consecuencia de lo anteriormente descrito, el día 07 de julio de 2021, a la señora ESPERANZA ROJAS DIAZ, se le comunico nuevamente el contenido del Decreto 266 de junio de 2021, informándole que su nombramiento en provisionalidad terminaría a partir del 07 de julio de 2021, por la aceptación del nombramiento y posterior posesión del elegible ERIKA JOHANA GUERRERO GARCIA, a partir del 08 de julio de 2021.

En consecuencia, refiere que la señora ESPERANZA ROJAS DIAZ, tiene pleno conocimiento que su nombramiento provisional dentro de la Gobernación de Santander se encuentra sujeto a una condición, la cual es mientras se dé el nombramiento en periodo de prueba a quien ostenta derechos de carrera administrativa por haber ganado el concurso de méritos en razón de ser vacancia definitiva.

Por lo tanto, recalca que la tutelante no supero el concurso de méritos o no lo presento, circunstancia que no otorga derechos de carrera administrativa.

De acuerdo a lo anterior, insiste que el hecho de que un empleado provisional se encuentre en condición de discapacidad, o sea madre y/o padre cabeza de familia, o pre-pensionada, y este no supere las pruebas o no las presente para proveer el empleo que desempeña, deberá ceder la plaza a quien ostente derechos de carrera administrativa en el empleo que ocupa en provisionalidad por cuanto, la Corte Constitucional refiere que tal circunstancia no exime al empleado para demostrar sus capacidades en igualdad de condiciones.

Revisada la historia laboral se observa que el nombramiento de la señora ROJAS DIAZ, fue nombrada provisionalmente en el empleo de auxiliar administrativo, nivel asistencial, código 5120, grado 11 de la planta global de cargos de la Gobernación de Santander, así mismo mediante acta de posesión 056 del 06 de julio de 1995, se incorporó en el empleo auxiliar administrativo, código 407, grado 10, de la planta global de cargos de la Gobernación de Santander en una vacante definitiva.

Aclara que la accionante mediante Resolución 22813 de 29 de noviembre de 2013, fue nombrada en provisionalidad en el empleo de secretario, código 440, grado 8, el cual se encontraba vacante temporalmente por encargo del titular del empleo, motivo por el cual tomo posesión del mismo mediante acta de posesión número 2195 de 02 de diciembre de 2013.

De igual forma, indica que en el artículo 2.2.5.3.3. del Decreto 1083 de 2015, dispone que de acuerdo con lo establecido en la Ley 909 de 2004, en caso de vacancias temporales los empleos de carrera podrán ser provistos mediante nombramiento provisional cuando no fuere posible proveerlos por medio de encargo con servidores públicos de carrera, por el término que duren las situaciones administrativas que las originaron.

Así las cosas, advierte que el término de duración de los nombramientos provisionales actualmente se encuentran concebidos para la vacancia definitiva hasta que se efectuó el nombramiento en periodo de prueba y en los casos de vacancia temporal hasta cuando finalice la situación administrativa que le dio origen a la misma, como sucede en el presente caso con la accionante, pues se nombró en provisionalidad mientras estuviera en encargo la titular del empleo.

Indique que, la señora ROJAS DIAZ, tenía pleno conocimiento que su nombramiento provisional se encontraba sujeto a una condición, la cual era hasta que finalizará la situación administrativa que le dio origen al nombramiento, el cual, en razón al concurso de méritos adelantado por la Comisión Nacional del Servicio Civil, debió terminar por el nombramiento de quien ostenta derechos de carrera administrativa por haber ganado el concurso de méritos en razón de ser una vacancia definitiva.

Infiere que de la lectura del artículo quinto del Decreto 266 de 11 de junio de 2021, proferido por el Gobernador de Santander, se observa que se da por terminado el nombramiento provisional a la señora ESPERANZA ROJAS DIAZ, como consecuencia de la terminación del encargo de PERDOMO BERUDGO ALBA MIREYA, en razón al nombramiento en periodo de prueba dentro de la carrera administrativa a ERIKA JOHANA GUERRERO GARCIA, de conformidad con la Resolución No. 4718 de fecha 13 de marzo de 2020 por medio de la cual se conforman la lista de elegibles para proveer DOS (2) vacantes definitivas del empleo denominado auxiliar administrativo, código 407, grado 10, identificado con el código OPEC No. 30425 del Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la GOBERNACION DE SANTANDER, proceso de selección No. 505 de 2017 – Proceso de Selección de Santander.

Agrega que como consecuencia de la no aceptación de uno de los elegibles, la Gobernación de Santander procedió a derogar el nombramiento de la señora SANDRA MARCELA SANTOS mediante el Decreto 101 de 23 de febrero de 2021, para proceder a solicitar a la CNSC la autorización para el uso de lista, y así continuar con el nombramiento de la elegible ERIKA JOHANA GUERRERO GARCIA.

Así mismo, describe que la Administración Departamental expidió el Decreto 266 del 11 de junio de 2021, por medio de la cual en su artículo primero se nombró en periodo de prueba

dentro de la carrera administrativa a la elegible ERIKA JOHANA GUERRERO GARCIA para proveer una (1) de las vacantes del empleo denominado auxiliar administrativo, código 407, grado 10, identificado con el código OPEC No. 30425, de la planta global de cargos de la Gobernación de Santander, quien ocupó el puesto tres (3) dentro de la lista de elegibles, respectivamente.

De otro lado y teniendo en cuenta que la señora ESPERANZA ROJAS DIAZ cumple 57 años el 20 de julio de 2022, y reporta un total de 1348, 29 semanas cotizadas a pensión por analogía para el presente caso no se frustra el acceso a la pensión de vejez de la accionante, dado que el requisito faltante, relativo a la edad de pensión, puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente como lo ha establecido la Corte Constitucional, de allí que no haya lugar a considerar que la accionante sea beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable.

Por lo anterior, solicita se niegue por improcedente la presente acción de tutela instaurada por la señora ESPERANZA ROJAS DIAZ, en contra del DEPARTAMENTO DE SANTANDER, de acuerdo a los argumentos expuestos con anterioridad.

ASUNTO EN ESTUDIO

La Accionante considera que se le están vulnerando por parte del **DEPARTAMENTO DE SANTANDER** y los vinculados de oficio **MINISTERIO DEL TRABAJO – REGIONAL SANTANDER** y **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS - COLPENSIONES**, los derechos fundamentales aludidos en el escrito de tutela, al dar por terminado el nombramiento provisional a partir del 08 de Julio de 2021, en el empleo SECRETARIO, Nivel ASISTENCIA, Código 440, Grado 8 con cargo al Sistema General de Participaciones de la Gobernación de Santander, sin tenerse en cuenta su presunta calidad de pre-pensiones y cabeza de familia.

EL PROBLEMA JURÍDICO

Se contrae en determinar si el **DEPARTAMENTO DE SANTANDER** y los vinculados de oficio **MINISTERIO DEL TRABAJO – REGIONAL SANTANDER** y **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS - COLPENSIONES**, vulneraron los derechos fundamentales al mínimo vital, la seguridad social, el debido proceso, el de la mujer cabeza de familia y la protección especial por parte del estado de quien ostenta la calidad de pre-pensionada debido a la terminación del contrato laboral a raíz del reintegro al cargo de quien tiene la propiedad.

PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

Considera pertinente el Juzgado traer a colación lo relacionado con la subsidiariedad en la Acciones de Tutela, por lo que es preciso señalar la Sentencia 375 de 2018, emitida por la H. Corte Constitucional, en la que es Magistrada Ponente la Dra. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO, la cual señala:

“...Subsidiariedad

12. El principio de subsidiariedad, conforme al artículo 86 de la Constitución, implica que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que

se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Sobre el carácter subsidiario de la acción, la Corte ha señalado que “permite reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial, como dispositivos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos”^[32]. Es ese reconocimiento el que obliga a los asociados a incoar los recursos jurisdiccionales con los que cuenten para conjurar la situación que estimen lesiva de sus derechos.

En otras palabras, las personas deben hacer uso de todos los recursos ordinarios y extraordinarios que el sistema judicial ha dispuesto para conjurar la situación que amenaza o lesiona sus derechos, de tal manera que se impida el uso indebido de este mecanismo constitucional como vía preferente o instancia judicial adicional de protección.

13. No obstante, como ha sido reiterado por la jurisprudencia constitucional, el presupuesto de subsidiariedad que rige la acción de tutela, debe analizarse en cada caso concreto. Por ende, en aquellos eventos en que existan otros medios de defensa judicial, esta Corporación ha determinado que existen dos excepciones que justifican su procedibilidad^[33]:

*(i) cuando el medio de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no es **idóneo y eficaz** conforme a las especiales circunstancias del caso estudiado, procede el amparo como **mecanismo definitivo**; y,*

*(ii) cuando, pese a existir un medio de defensa judicial idóneo, éste no impide la ocurrencia de un **perjuicio irremediable**, caso en el cual la acción de tutela procede como **mecanismo transitorio**.*

14. En cuanto a la primera hipótesis, que se refiere a la idoneidad del medio de defensa judicial al alcance del afectado, se tiene que ésta no puede determinarse en abstracto sino que, por el contrario, la aptitud para la efectiva protección del derecho debe evaluarse en el contexto concreto^[34]. El análisis particular resulta necesario, pues en éste podría advertirse que la acción ordinaria no permite resolver la cuestión en una dimensión constitucional o no permite tomar las medidas necesarias para la protección o restablecimiento de los derechos fundamentales afectados.

15. Ahora bien, en cuanto a la segunda hipótesis, cabe anotar que su propósito no es otro que el de conjurar o evitar una afectación inminente y grave a un derecho fundamental. De este modo, la protección que puede ordenarse en este evento es temporal, tal y como lo dispone el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991, el cual indica: “[e]n el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo

durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado”.

Así mismo, dicha excepción al requisito de subsidiariedad exige que se verifique: (i) una afectación inminente del derecho -elemento temporal respecto del daño-; (ii) la urgencia de las medidas para remediar o prevenir el perjuicio irremediable; (iii) la gravedad del perjuicio -grado o impacto de la afectación del derecho-; y (iv) el carácter impostergable de las medidas para la efectiva protección de las garantías fundamentales en riesgo¹³⁵¹.

16. Las anteriores reglas implican que, de verificarse la existencia de otros medios judiciales, siempre se debe realizar una evaluación de la idoneidad de los mismos en el caso concreto, para determinar si aquellos tienen la capacidad de restablecer de forma efectiva e integral los derechos invocados. Este análisis debe ser sustancial y no simplemente formal, y reconocer que el juez de tutela no puede suplantar al juez ordinario. Por tanto, en caso de evidenciar la falta de idoneidad del otro mecanismo, la acción puede proceder de forma definitiva.

De este modo, cuando el amparo es promovido por personas que requieren especial protección constitucional, como niños, niñas y adolescentes, personas cabeza de familia, en situación de discapacidad, de la tercera edad o población desplazada, entre otros, el examen de procedencia de la tutela se hace menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos...”

CASO EN CONCRETO

La llamada acción de tutela creada por el artículo 86 de la Carta Magna fue concebida como mecanismo extraordinario destinado a conseguir una protección rápida de los derechos fundamentales de los ciudadanos, cuando resultan vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o privada y los instrumentos judiciales normales no tengan las mismas posibilidades de intervenir con la suficiente presteza en el mantenimiento del orden jurídico respecto de la persona afectada.

Así las cosas, el Despacho empezará por examinar la procedibilidad de la Acción de Tutela en el caso en concreto. Para continuar con el estudio de fondo de la supuesta vulneración alegada por la parte actora a sus derechos fundamentales.

Del acervo probatorio obrante dentro de la foliatura se logra establecer los siguientes hechos facticos:

1. Que a través de Resolución 176 del 02 de junio de 1995, se realizó el nombramiento de la señora Esperanza Rojas Díaz, en el empleo de Auxiliar Administrativo código 5120, grado 11.
2. Que mediante Resolución 22813 del 29 de noviembre de 2013, se realizó el nombramiento en provisionalidad de la señora ESPERANZA ROJAS DIAZ, quien se

desempeñó en el empleo de SECRETARIO, nivel ASISTENCIA, código 440, grado 8 con cargo al Sistema General de Participaciones de la Gobernación de Santander hasta el día 07 de julio de 2021.

3. Que el día 11 de Junio de 2021, se emitió el Decreto 266 de 2021, *“por medio de la (sic) cual se realiza un nombramiento en periodo de prueba, se terminan situaciones administrativa de encargo (s) y se da por terminado un nombramiento provisional”* acto a través del cual se terminó el nombramiento provisional de la aquí accionante.
4. Que mediante documento denominado carta de comunicación de fecha 23 de Junio de 2021, se le informo a la tutelante el contenido del Decreto 266 del 11 de junio de 2021, documento que le fue enviado a la señora ROJAS DIAZ a través de correo electrónico el día 25 de Junio de 2021 a las 2:49 pm
5. Que a través de documento denominado carta de terminación del nombramiento provisional se le comunico mediante correo electrónico a la tutelante el día 08 de Julio de 2021 a las 10:30 am.

Ahora bien, el problema del presente asunto radica básicamente en el hecho que la Accionante alega la vulneración al debido proceso y el mínimo vital por parte del DEPARTAMENTO DE SANTANDER, debido a que este omitió tener en cuenta la calidad especial que ostenta la señora ROJAS DIAZ, de prepensionada al momento de proferir el Decreto 266 de 2021, acto a través del cual ordenó la terminación del nombramiento en provisionalidad del cargo que ocupaba debido a que la titular del mismo se reincorporaría a este mismo a raíz que se daba por terminado el encargo de la plaza que estaba ocupando, debiendo advertirse que pese a la calidad de prepensionada de la señora ESPERANZA ROJAS DIAZ, esta circunstancia no le otorga derecho alguno a permanecer en un puesto que tenía vacancia temporal a raíz que su titular estaba, se insiste ocupando otro cargo, y por tanto esta última gozaba y goza del derecho de reincorporarse en cualquier momento a su puesto y su patrono en este caso el Departamento de Santander, en garantizarle su derecho al trabajo, incluso como en este caso, por encima del hecho de la calidad de prepensionada de la aquí tutelante quien no puede pretender que se desconozca el derecho de quien no sólo supero el concurso, sino el periodo de prueba, que conllevo a que en la actualidad sea empleada de carrera, razones estas suficientes para declarar la improcedencia de la presente acción por no existir vulneración a derecho fundamental alguno, por lo que así se decidirá.

Así mismo, el DEPARTAMENTO DE SANTANDER, en su contestación, manifestó que la petición no es procedente, toda vez que la expedición del Acto Administrativo – Decreto 266 de 2021-, fue consecuencia del proceso de Selección de Santander No. 505 de 2017, a través del cual se conformó la lista de elegibles para proveer DOS (2) VACANTES definitivas del empleo denominado Auxiliar Administrativo, Código 407, grado 10, identificado con el código OPEC No. 30425.

Situación está que no es competencia del Juez Constitucional sino que este tipo de controversias tienen una jurisdicción especializada con jueces naturales, encargados de dirimir esta clase de conflictos, el alcance del amparo constitucional no puede cobijar la definición de controversias jurídicas legalmente reguladas, como serían las atinentes al reconocimiento de los derechos que se derivan de una relación contractual, pues de un lado, estas controversias cuentan en el ordenamiento jurídico con los mecanismos de solución pertinentes y de otro lado, su debate no es propiamente constitucional.

Se ha establecido que es procedente un amparo de tutela si se cumple con el requisito de subsidiariedad cuyo propósito es el preservar el reparto de competencias atribuido por la Constitución y la ley a las diferentes autoridades judiciales, en desarrollo de los principios de autonomía e independencia de la actividad judicial, de tal suerte que no se convierta la Acción de Tutela en la regla general para la solución de los conflictos de toda índole.

Como punto de cierre, es pertinente recordar que la acción constitucional no es un medio alternativo, ni menos adicional o complementario para alcanzar el fin propuesto, tampoco puede afirmarse que sea el último recurso al alcance de la señora ESPERANZA ROJAS DIAZ, dado que su naturaleza, según la Constitución, es la de único medio de protección precisamente incorporado a la Carta con el fin de llenar los vacíos que pudiera ofrecer el sistema jurídico para otorgar a las personas una plena protección de sus derechos esenciales, pues al tenor del artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, dicho mecanismo es improcedente por la existencia de otra posibilidad judicial de protección, en otras palabras tratándose de instrumentos dirigidos a la preservación de los derechos, el medio judicial por excelencia es el proceso ante el Juez natural.

De cualquier modo, la acción y el juez de tutela, no entran a reemplazar ni a los mecanismos ordinarios ni al juez natural por el contrario al decir de la Honorable Corte Constitucional. Muy al contrario, el ejercicio de la acción de tutela *“apunta a remediar aquellas situaciones en las que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección inmediata e impostergable por parte del juez de tutela”*. De lo que se trata es, entonces, de *“brindar a la persona protección efectiva, actual y supletoria en orden a la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales”*.

Finalmente, considera pertinente el Juzgado señalar a la accionante que de considerarlo, podrá acudir a la jurisdicción Contenciosa Administrativa a fin de ventilar este asunto con el respeto de las garantías legales y constitucionales para ambas partes y de este modo el Juez natural proceda a resolver la controversia aquí planteada de fondo, a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

En consecuencia, por las razones anteriormente expuestas, el Despacho declarará la **IMPROCEDENCIA** de la acción constitucional al no avizorarse vulneración a los derechos fundamentales aludidos por la accionante.

En el evento de no ser apelada la presente determinación envíese para su eventual revisión a la Honorable Corte Constitucional dentro del término de ley.

Notifíquese este fallo por el medio más expedito posible a las partes.

Por lo expuesto el **JUZGADO DIECISÉIS CIVIL MUNICIPAL DE BUCARAMANGA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

R E S U E L V E:

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE, la presente Acción de Tutela propuesta por la señora **ESPERANZA ROJAS DIAZ**, quien actúa en nombre propio y contra el **DEPARTAMENTO DE SANTANDER** y los vinculados de oficio **MINISTERIO DEL TRABAJO – REGIONAL SANTANDER** y **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS - COLPENSIONES**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: En el evento de no ser apelada la presente determinación envíese para su eventual revisión a la Honorable Corte Constitucional dentro del término de ley.

TERCERO: NOTIFÍQUESE la presente providencia a las partes en la forma prevista en el Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ORIGINAL FIRMADO
YOLANDA EUGENIA SARMIENTO SUAREZ
Juez

**JUZGADO DIECISÉIS CIVIL MUNICIPAL
DE BUCARAMANGA**
Hoy a partir de las 8 a.m. se fija en lista de Estados
el auto anterior para notificación de las partes.
Bucaramanga, **04 DE NOVIEMBRE DEL 2021.**

ORIGINAL FIRMADO
LIZETH CAROLINA RUEDA PATARROYO
SECRETARIA

RAD: 680014003016-2021-00776-00