



**JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA**

PROCESO TUTELA PRIMERA INSTANCIA

RADICACIÓN: 08001-31-03-003-2022-00065-01

ACCIONANTE: CARMEN CECILIA BERMUDEZ PEÑALOZA. CC. 32.609.193

ACCIONADO: EJÉRCITO NACIONAL DE COLOMBIA-MINISTERIO DE DEFENSA

DERECHO: DEBIDO PROCESO.

Barranquilla, tres (03) de noviembre de dos mil veintidós (2022). 04:00 PM

I. ASUNTO A TRATAR

Corresponde a este despacho pronunciarse sobre la acción constitucional instaurada por la señora CARMEN CECILIA BERMUDEZ PEÑALOZA. CC. 32.609.193, a través de apoderado judicial, en contra de la EJÉRCITO NACIONAL DE COLOMBIA y MINISTERIO DE DEFENSA, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso en conexidad con los derechos al trabajo, acceso al mínimo vital y móvil y estabilidad laboral reforzada.

II. ANTECEDENTES

En el escrito de la tutela, la accionada, narra los siguientes hechos que se sintetizan así:

1. La accionante estuvo vinculada al EJÉRCITO NACIONAL DE COLOMBIA, mediante orden de prestación de servicios desde el 1 de febrero de 13 al 2 de mayo de 2016.
2. Mediante acto administrativo que data del 2 de mayo de 2016 fue nombrada en el cargo en provisionalidad de promoción y prevención social en el grado PD4 en calidad de trabajadora social y especialista en gerencia social.
3. Mediante Resolución 0949 del 30 de julio de 2022 culminó la relación legal del cargo en provisionalidad con la designación de servidor en propiedad.
4. Se designó en período de prueba a un empleado en carrera de la Planta Global del Ministerio de Defensa Nacional a la señora JOHANA MARINA GUEVARA QUINTERO, quien se posesionó el 1 de agosto de 2022.
5. La accionante prestaba servicio en el Batallón Militan No. 2 de la ciudad de Barranquilla.
6. El 29 de julio de 2022 mediante Resolución 00004904 del 18 de julio de 2022 se le notificó la terminación de nombramiento provisional.
7. Estima que el Ejército Nacional incumplió el Decreto 1415 del 4 de noviembre de 2021, por medio del cual se modifica y adiciona el Decreto 1083 de 2015 en lo relacionado a la Protección en caso de reestructuración administrativa o provisión definitiva de cargos para el personal que ostenten la condición de pre pensionados, por faltarle tres años o menos para lograr el reconocimiento de la pensión.

8. La accionante nació el 30 de enero de 1968 al momento de la terminación del nombramiento en provisionalidad tenía 54 años siete meses faltándole menos de 3 años para cumplir los 57 años edad.
9. La solicitante posee 1327,57 semanas cotizadas según el reporte de Colpensiones y devengó un salario de \$ 2.199.716.00 y señala que la única fuente de ingresos era su salario.
10. Manifestó que mediante Resolución 0002678 del 4 mayo de 2022 mediante el cual se prorrogó el nombramiento en provisionalidad de unos empleados de carrera de la Planta de empleos Públicos del Ministerio de Defensa Nacional, asignados al EJÉRCITO NACIONAL, a unos servidores públicos de la fuerza, acto administrativo en la que se incluyó a la señora CARMEN CECILIA BERMUDEZ PEÑALOZA.
11. Alegó la existencia de un perjuicio irremediable porque la única de fuente de ingreso que tenía es su salario, recibe apoyo de su hermano LUIS ALBERTO BERMUDEZ PEÑALOZA, pero los dineros son insuficientes para cubrir los gastos de estudios universitarios de su hija en el Programa de Medicina de la Universidad Metropolitana.
12. Al ingresar al EJÉRCITO NACIONAL se le realizó la valoración médica con resultado satisfactorio.
13. En el año 2020 por valoración de medicina interna, en julio de 30 de 2020 es valorada por reumatología se le diagnosticó síndrome de Sjogren.
14. El 27 de octubre de 2021 la accionante diligenció el formato 1 y 2 solicitó el reconocimiento de la protección especial, la entidad negó la solicitud de reconocimiento de padecimiento de una enfermedad catastrófica según acto administrativo calendado 8 de diciembre 2021 y notificada el 15 de diciembre de 2021.
15. Presentó recurso de reposición y en subsidio apelación los cuales no han sido resueltos.
16. Señala la terminación de su vinculación legal afecta la continuidad en la prestación del servicio de salud y tiene un tratamiento en curso con citas médicas en los meses de septiembre y octubre de 2022.

### III. PRETENSIONES

Basándose en los fundamentos fácticos expuestos, la accionante pretende que se le amparen los derechos incoados y en consecuencia de ello, se ordene a las accionadas que la traslade o nombre en un empleo de igual o superior categoría al que es titular, asimismo: “...Ordene al Ejército Nacional – Fuerzas Militares de Colombia – Adscrito al Ministerio de Defensa Nacional a que en un término de 48 horas, proceda a reubicar al hoy accionante CARMEN CECILIA BERMUDEZ PEÑALOZA CC. 32.609.193 en provisionalidad en un empleo de igual o superior categoría y asignación salarial al que venía desempeñando, hasta que sea incluida en la nómina de pensionados...”

#### IV. PRUEBAS

La actora en su escrito tutelar relaciona como anexos los siguientes:

1. Fotocopia de la cédula de ciudadanía de la accionante.
2. Fotocopia del diploma de grado como Trabajadora Social Universidad Simón Bolívar.
3. Fotocopia de la Tarjeta Profesional, expedida por el Consejo Nacional de Trabajo Social.
4. Declaración extra judicial de la accionante.
5. Registro Civil de Nacimiento de Sofía Torres Bermúdez, Hija de la accionante.
6. Constancia de Estudios de Sofía Torres Bermúdez, expedido por la Universidad Metropolitana de Barranquilla.
7. Copia de la Resolución 00004904 del 18 de julio 2022.
8. Copia de la Resolución 00002678 del 4 de mayo 2022.
9. Copia de reporte de COLPENSIONES de semanas cotizadas de la accionante.
10. Copia de Radiograma donde le comunican el nombramiento del cargo en provisionalidad mediante la Resolución 0949 del 02 de mayo de 2016.
11. Fotocopia de la notificación del 29 de julio de 2022, donde se notifica a la accionante la resolución No 00004904 del 18 de julio de 2022, donde se da por terminado el nombramiento provisional de la funcionaria PD4 BERMUDEZ PEÑALOZA CARMEN CECILIA.
12. Fotocopia de los formatos 1 y 2, de fecha 27 de octubre de 2021 suscrito por la accionante, donde solicita el reconocimiento causal de protección especial.
13. Fotocopia de la respuesta a la solicitud del reconocimiento causal de protección especial del 08 de diciembre de 2021.
14. Fotocopia de recurso de reposición y subsidio de apelación contra la decisión No 2021318016242793 MDN-COGFM-COEJC-SECJ-JMGF-COPER-DIPER-I 10 que negó la protección como consecuencia de la enfermedad catastrófica.
15. Copia de la historia clínica No 32609193 del sistema clínico Avicena de Neurología.
16. Fotocopia de la historia clínica No 32609193 del sistema clínico Avicena de Dermatología.
17. Fotocopia de la historia clínica No 32609193 del sistema clínico Avicena de Psiquiatría.
18. Fotocopia de la historia clínica No 32609193 del sistema clínico Avicena de Medicina Interna.
19. Fotocopia de la historia clínica No 32609193 del sistema clínico Avicena de Reumatología.
20. Fotocopia de cita médica pendiente de reumatología para el 12 de septiembre de 2022.
21. Fotocopia de cita médica pendiente de neurología para el 05 de octubre de 2022
22. Las aportadas por la entidad accionadas y las vinculadas.

#### V. TRÁMITE PROCESAL

La presente acción de tutela se avocó el día 18 de agosto de 2022, ordenó notificar a la entidad accionada, la vinculación ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, al oficial de carrera administrativa DIPER Teniente Coronel ALEX RAMON MARIÑO MACIAS o quien haga sus veces, a la señora YOHANA MARINA GUEVARA

QUINTERO, como funcionaria profesional de seguridad o defensa código 3-1 grado 4, para que se pronuncien sobre los hechos depuestos por la parte accionante.

No obstante, a través de auto de 11 de octubre del 2022, notificado el 13 de octubre del año en curso, por El TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA SALA SEGUNDA DE DECISIÓN CIVIL - FAMILIA, el Magistrado Sustanciador Dr. GUILLERMO RAÚL BOTTÍA BOHÓRQUEZ, decretó la nulidad del fallo y ordenó vincular a la ciudadana YOHANA MARINA GUEVARA QUINTERO. Y Igualmente deberá vincular y notificar efectivamente, a LA ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-ADRES y la ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SANTAS S.A.S. En consecuencia, este Despacho mediante auto de 13 de octubre pretérito, obedeció y cumplió lo dispuesto por el Superior, ordenando la vinculación y notificación.

EJÉRCITO NACIONAL - FUERZAS MILITARES DE COLOMBIA, a través del Teniente Coronel CAMILO ALBERTO VARGAS CANO, en su calidad de Director Dirección de Negocios Generales informó que: *“...Inicialmente se observa que el accionante la señora CARMEN CECILIA BERMÚDEZ PEÑALOZA, interpuso la actual acción de tutela por la presenta vulneración al derecho fundamental del debido proceso, es por ello que esta dirección procedió a verificar el sistema de gestión documental (Orfeo) que maneja el comando del ejército nacional para la radicación de los documentos que son generados por sus dependencias, de la misma forma, los que se recepcionan en la oficina de registro, con la finalidad de identificar los tramites efectuados al mencionado requerimiento, como se corrobora en la imagen del mencionado sistema, realizando la búsqueda en un rango de un año así: (...) folio 3, Expuesto lo anterior, se evidencia que la Dirección de Personal tiene cargada la presente acción constitucional por lo que debe emitir respuesta frente a los hechos y las pretensiones, y sin perjuicio de lo anterior, esta Dirección procedió a enviar en avanzada a través de correo electrónico como se muestra en la siguiente imagen: (...) folio 3, Ante tal circunstancia, resulta evidente que el Comandante del Ejército Nacional no tuvo conocimiento del derecho de petición que la accionante invoca, por lo anterior, me permito solicitar se desestimen las pretensiones toda vez que analizado el escrito de tutela presentado por la accionante, se logra evidenciar que la situación de vulneración o amenaza de derecho cuya protección demanda, versa sobre un derecho de petición, es decir: la presente acción constitucional es IMPROCEDENTE para el Comandante del Ejército Nacional...”*

De igual manera por requerimiento hecho por esta agencia judicial, EJÉRCITO NACIONAL - FUERZAS MILITARES DE COLOMBIA, remitió correos electrónicos para efectos de notificación, de la ciudadana y empleada YOHANA MARINA GUEVARA QUINTERO, procediendo a ser notificada por los medios electrónicos dispuestos para ello, dejando constancia de entrega y recibidos.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, a través de MALKY KATRINA FERRO AHCAR, en su calidad de directora (A) de la Dirección de Acciones Constitucionales por su parte, indicó que: *“...En atención al auto de fecha 18 de agosto de 2022 por medio del cual su honorable despacho avoca el conocimiento de la acción de tutela interpuesta por la señora CARMEN CECILIA BERMUDEZ PEÑALOZA, Colpensiones se permite informar: Frente al asunto de la presente acción de tutela, resulta relevante indicar que el accionante, solicita que se ordene al EJERCITO NACIONAL DE COLOMBIA y MINISTERIO DE DEFENSA, Solicitud que no puede ser atendida por esta administradora por no resultar de su competencia administrativa y funcional, toda vez que Colpensiones no tiene competencia frente a las pretensiones del accionante, correspondiendo únicamente dar respuesta al EJERCITO NACIONAL DE COLOMBIA y al MINISTERIO DE DEFENSA De igual forma revisadas las bases de datos y aplicativos con las que cuenta Colpensiones no se evidencia petición pendiente por resolver al accionante...”*

LA ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, a través de JULIO EDUARDO RODRÍGUEZ ALVARADO, en su calidad de apoderado judicial indico que: *“...Respecto a los inconvenientes que manifiesta haber tenido el accionante con su empleador, frente al hecho de vulneración de sus derechos laborales, es importante aclarar que en el marco de los artículos 66 y 67 de la Ley 1753 de 2015 en concordancia con el Decreto 1429 de 2016, “Por el cual se modifica la estructura de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES y se dictan otras disposiciones” ésta es una entidad de naturaleza especial del nivel descentralizado del orden nacional asimilada para efectos presupuestales a una empresa industrial y comercial del Estado, cuyas funciones se encuentran claramente consagradas en las disposiciones referidas. La Administradora de Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, es el ente encargado del manejo unificado de los recursos destinados a la financiación del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), de donde se deriva que en que en ningún caso será responsable directo de la prestación de servicios de salud ni de la protección de derechos laborales. Así las cosas, y como quiera que esta entidad no es la responsable del agravio a que alude la parte accionante en la presente acción de tutela, se hace necesario solicitar al Despacho se declare la falta de legitimación en la causa por pasiva de la acción frente a la Administradora de Recursos de del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, toda vez que no es a esta entidad a la que le corresponde solucionar inconvenientes asociados a la afectación de derechos laborales del actor. Esta responsabilidad le atañe directamente a la entidad empleadora de la cual fue retirada la parte accionante o que le haya lesionado sus derechos laborales, por lo que será a esa entidad a la que debe acudir en procura del reconocimiento del derecho que se considera vulnerando...”*

EL OFICIAL DE CARRERA ADMINISTRATIVA DIPER TENIENTE CORONEL ALEX RAMON MARIÑO MACIAS, la señora YOHANA MARINA GUEVARA QUINTERO y LA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SANITAS S.A.S. a pesar de ser debidamente notificados, a través de los correos electrónicos dispuestos para ello, como consta en el libelo probatorio de la presente acción constitucional, a la fecha y hora vencido el termino, no respondieron a esta agencia judicial.

## VI. PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo con los antecedentes resumidos anteriormente, corresponde a esta agencia judicial determinar:

¿Las accionadas EJÉRCITO NACIONAL – FUERZAS MILITARES DE COLOMBIA, vulneraron los derechos al trabajo, acceso al mínimo vital y móvil y estabilidad laboral reforzada de la señora CARMEN CECILIA BERMUDEZ PEÑALOZA, al presuntamente desconocer la ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA que posee, al no reubicarla en un en un empleo de igual o superior categoría y asignación salario?

## VII. COMPETENCIA

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 86 de la Constitución Política y los Decretos 2591 de 1.991 y 1382 del 2.000, este despacho es competente para conocer de la presente acción de tutela.

## VIII. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

El marco constitucional está conformado por los artículos 13, 43, 46, 47, 125, de la Carta Política, 6° del Decreto 2591 de 1991, *ley 790 de 2002*; sentencias C-795 de 2009, T-186 de 2013, SU-446 de 2011, SU-917 de 2010, SU-446 de 2011, T- 286 - 2019 y T- 500- 2019 entre otras.

## IX. CONSIDERACIONES

La acción de tutela es un mecanismo concebido por la Constitución de 1991 para la protección inmediata de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando estos resultaren amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular, con las características previstas en el inciso final del artículo 86 de la Constitución Política la cual constituye una garantía y un mecanismo constitucional de protección, directa, inmediata y efectiva, de los derechos fundamentales.

Para la procedencia de este mecanismo tutelar, es necesario que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial para hacer valer sus derechos, salvo que se ejerza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La acción de tutela procede a título subsidiario cuando la protección judicial del derecho fundamental no puede plantearse, de manera idónea y eficaz, a través, de un medio judicial ordinario y, en este sentido los medios judiciales ordinarios tienen preferencia sobre la acción de tutela. No obstante, la acción de tutela procede como mecanismo transitorio, así exista un medio judicial ordinario, cuando ello sea necesario 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 la solicitante.

### LA ESTABILIDAD LABORAL DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS NOMBRADOS EN PROVISIONALIDAD.

La Constitución Política estableció en el artículo 125 el régimen de carrera administrativa como el mecanismo para el ingreso y desempeño de cargos públicos en los órganos y entidades del Estado, salvo las excepciones constitucionales y legales, y los regímenes especiales de creación constitucional. El propósito de tal previsión constitucional, es evidente, crear un mecanismo objetivo de acceso a los cargos públicos, en el cual las condiciones de ingreso, ascenso, permanencia y retiro respondan a criterios reglados, y no a la discrecionalidad del nominador.

La carrera administrativa es el mecanismo preferente para el acceso y la gestión de los empleos públicos, quien supere satisfactoriamente las etapas del concurso de méritos adquiere un derecho subjetivo de ingreso al empleo público, el cual es exigible tanto a la Administración como a los funcionarios públicos que están desempeñando el cargo ofertado en provisionalidad. Sobre esto, la Corte ha sostenido que los cargos en provisionalidad no pueden equipararse a los de carrera administrativa en cuanto a su vinculación y retiro. Esto, en tanto existen marcadas diferencias entre los funcionarios inscritos en carrera administrativa y los funcionarios públicos provisionales.

En relación con los primeros, se trata de funcionarios que acceden a estos cargos mediante el concurso de méritos, por lo que su permanencia en el cargo implica mayor estabilidad al haber superado las etapas propias del concurso, lo que impide el retiro del cargo a partir de criterios

meramente discrecionales. De ahí, que el acto administrativo por medio del cual se desvincula a un funcionario de carrera administrativa deba además de otros requisitos que debe cumplir, ser motivado para que la decisión sea ajustada a la Constitución.

Por su parte, los funcionarios públicos que desempeñan en provisionalidad cargos de carrera gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que implica que el acto administrativo por medio del cual se efectúe su desvinculación debe estar motivado, es decir, debe contener las razones de la decisión, lo cual constituye una garantía mínima derivada, entre otros, del derecho fundamental al debido proceso y del principio de publicidad.

La Corte ha reconocido que cuando un funcionario ocupa en provisionalidad un cargo de carrera, y es además sujeto de especial protección constitucional, como por ejemplo, madres o padres cabeza de familia, funcionarios que están próximos a pensionarse o funcionarios que padecen discapacidad física, mental, visual o auditiva, concurre una relación de dependencia intrínseca entre la permanencia en el empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, particularmente el mínimo vital y la igualdad de oportunidades. De allí que se sostenga por la jurisprudencia que la eficacia de esos derechos depende del reconocimiento de estabilidad laboral en aquellos casos, a través de un ejercicio de ponderación entre tales derechos y los principios que informan la carrera administrativa.

Si bien estas personas no tienen un derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, pues este debe proveerse por medio de concurso de méritos, si debe 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. Ello, en virtud de los mandatos contenidos en los incisos 2º y 3º del artículo 13 Superior, relativos a la adopción de medidas de protección a favor de grupos vulnerables y personas en condición de debilidad manifiesta, y en las cláusulas constitucionales que consagran una protección reforzada para ciertos grupos sociales, tales como las mujeres (art. 43 CP), los niños (art. 44 C.P.), las personas de la tercera edad (art. 46 C.P) y las personas con discapacidad (art. 47 C.P.).

#### LA ESTABILIDAD LABORAL DE LOS PREPENSIONADOS DENTRO DE LOS CONCURSOS PÚBLICOS DE MÉRITO.

El fundamento del reconocimiento de la estabilidad laboral de los prepensionados no se circunscribe al retén social, sino que deriva de mandatos especiales de protección contenidos en la Constitución Política y del principio de igualdad material que ordena dar un trato especial a grupos vulnerables. Esto debido a que dicha estabilidad opera como instrumento para la satisfacción de los derechos fundamentales de estos grupos poblacionales, que se verían gravemente interferidos por el retiro del empleo público.

Por ende, no debe confundirse la estabilidad laboral de los prepensionados con la figura del retén social, para concluir erróneamente que la mencionada estabilidad solo es aplicable en el marco del Programa de Renovación de la Administración Pública. En este sentido, se pronunció la Corte en la sentencia C-795 de 2009:

*“23. Aunque la protección laboral reforzada que el legislador otorgó a aquellas personas que se encontraban en las condiciones descritas por el artículo 12 de la ley 790 de 2002, se circunscribió en su momento, a aquellos trabajadores que eventualmente pudieran verse afectados en desarrollo del*

*programa de renovación de la administración pública, la Corte Constitucional ha sentenciado[74] que dicha protección, es de origen suprallegal, la cual se desprende no solamente de lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución que establece la obligación estatal de velar por la igualdad real y efectiva de los grupos tradicionalmente discriminados y de proteger a las personas en circunstancias de debilidad manifiesta, sino de los artículos 42, 43, 44 y 48 superiores; se trata en consecuencia de una aplicación concreta de las aludidas garantías constitucionales que están llamadas a producir sus efectos cuando quiera que el ejercicio de los derechos (sic) fundamentales de estos sujetos de especial protección pueda llegar a verse conculcado”.*

Como bien se indica en la sentencia T-186 de 2013, el retén social es apenas una especie de mecanismo, dentro de los múltiples que pueden considerarse para garantizar los derechos fundamentales implicados en la permanencia en el empleo público de los servidores próximos a pensionarse. *“En otras palabras, el fundamento de la estabilidad laboral de los prepensionados tiene origen constitucional y, por ende, resulta aplicable en cada uno de los escenarios en que entren en tensión los derechos al mínimo vital y a la igualdad, frente a la aplicación de herramientas jurídicas que lleven al retiro del cargo, entre ellas el concurso público de méritos”.*

En relación con el tema, la Corte Constitucional ha precisado algunas medidas adoptadas para garantizar los derechos fundamentales de quienes ameritan una especial protección constitucional por estar en condiciones de vulnerabilidad. Por ejemplo, en la sentencia de unificación SU-446 de 2011, hizo un pronunciamiento en torno a la relación existente entre la provisión de cargos de carrera mediante concurso de méritos y la protección especial de las personas que ocupan dichos cargos en provisionalidad y se encuentran en circunstancias especiales por tratarse de personas con disminución física, sensorial o psíquica, madres y padres cabeza de familia o prepensionados. Al respecto expresó:

*“Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación, gozan de una estabilidad relativa, en la medida en que sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera, tal como ocurrió en el caso en estudio o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación. En consecuencia, la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos”.*

**LA PROVISIÓN DE CARGOS DE LA LISTA DE ELEGIBLES PREVIO CONCURSO DE MÉRITOS Y LA PROTECCIÓN ESPECIAL DE LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD, LAS MADRES Y PADRES CABEZA DE FAMILIA.**

La Corte Constitucional ha indicado que 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, contenidos, entre otras, en la sentencia SU-917 de 2010”.*

En conclusión, siguiendo lo indicado por la Sala Plena de dicha Corporación en la sentencia de unificación de jurisprudencia SU-446 de 2011, 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 prepensionados, 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.

#### ANÁLISIS DEL CASO EN CONCRETO.

Descendiendo al caso *sub examine*, se tiene que la señora CARMEN CECILIA BERMUDEZ PEÑALOZA, a través de apoderado judicial, instauró la presente acción constitucional en contra del EJÉRCITO NACIONAL DE COLOMBIA-MINISTERIO DE DEFENSA, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso en conexidad con los derechos al trabajo, acceso al mínimo vital y móvil y estabilidad laboral reforzada.

En este concreto asunto la accionante manifestó, y demostró con los anexos de su demanda, que ya consolidó los requisitos de cotización para que le sea reconocida su pensión de vejez, y esa sola circunstancia, lo excluye del grupo de prepensionables al que pretende adherirse.

Lo anterior, teniendo en cuenta que desde el 02 de mayo de 2016 y hasta el 30 de julio de 2022, laboró en el cargo de profesional de seguridad o defensa código 3-1 grado 4, en provisionalidad, a través de resolución 00004904 de 18 de julio de 2022, se nombró en período de prueba a la señora JOHANA MARINA GUEVARA QUINTERO, después de un concurso de méritos, terminó el nombramiento en provisionalidad de la accionante.

En primer lugar, se tiene que el accionado, oficial de carrera administrativa DIPER Teniente Coronel ALEX RAMON MARIÑO MACIAS o quien haga sus veces, no se pronunció al respecto de los hechos planteados por el actor, a pesar de haber sido notificado por medio de correo electrónico: registro.coper@buzonejercito.mil.co.

Ahora bien, encuentra el despacho que la señora CARMEN CECILIA BERMUDEZ PEÑALOZA, alega su calidad de pre pensionada y de madre cabeza de familia, para evitar la desvinculación en ocasión al nombramiento de quien superó el concurso publico de méritos para el cargo que desempeña en la actualidad, señalando que la entidad debió ubicarla en un cargo de igual nivel o superior en razón a presuntamente gozar de la calidad de prepensionados como lo expone en su escrito de tutela, donde informa que tiene 54 años, 7 meses, faltándole menos de 3 años para la edad requerida de pensión, a la vez que informa que tiene 1.327.57 semanas de cotización en ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

En lo que respecta a su calidad de prepensionada, revisado el plenario, y las pruebas aportadas por este, se evidencia copia de cédula y certificado de semanas cotizadas en la entidad COLPENSIONES, tendiente a demostrar dicha calidad, de la que se evidencia que la actora, posee en la actualidad 54 años, 7 meses de edad, pero la edad per se no es el único requisito para obtener pensión de vejez, dado que se requiere, cumplir con el mínimo de ahorro en el caso del (RAIS) o cumplir con un mínimo de semanas cotizadas (RPM), las cuales se encuentran sobrepasando el requisito mínimo de semanas exigidas por el legislador.

La legitimación de las partes no genera controversia es prístino; por activa es clara, dado que la demandante es quien en la actualidad ocupa, en provisionalidad, el cargo a proveer en propiedad; por pasiva también se cumple, el EJÉRCITO NACIONAL, era el nominador, el lugar donde prestaba el servicio la accionante.

El supuesto de inmediatez se supera, en atención a que el oficio mediante el cual se le notificó la desvinculación el 29 de julio de 2022 y esta demanda, se radicó, el 17 de agosto de 2022.

No sucede lo mismo con la subsidiaridad, y por el incumplimiento de este presupuesto, se declarará la improcedencia de la demanda, la cual se explicará en los siguientes argumentos:

La acción de tutela solo es procedente cuando el afectado no cuenta con otros mecanismos de defensa; así lo prevé el inciso 3° del artículo 86 de la Constitución Política y numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, a menos que haya un perjuicio irremediable, en cuyo caso debe acreditarse, y si así sucede, la protección deberá concederse de manera transitoria, hasta tanto el juez natural resuelve definitivamente la controversia.

En asunto para la provisión de cargos públicos, se ha decantado hacia la posibilidad que se tiene de acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, activando el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (Art.138, CPACA), revestido de medidas cautelares (Arts.229 y 230-3°, CPACA) que propician, por ejemplo, la suspensión provisional del acto administrativo que dispone la desvinculación laboral.

Entre tanto, cuando se invoca el derecho a la estabilidad laboral reforzada, con ocasión a la condición de prepensionable, con el propósito de flexibilizar la procedencia de la acción de tutela, se ha establecido un baremo sólido que se resume en que, por una parte, es inaplicable *“cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de la edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, en caso de desvinculación, no se frustra el acceso a la pensión de vejez, de allí que no haya lugar a considerar que la persona sea beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, dado que el requisito faltante, relativo a la edad, puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente.”*<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> SU-0003/18

Por otra parte, debe verificarse el tipo de vinculación laboral, porque si es este en provisionalidad, en principio, el resguardo es improcedente "(...) en la medida en que no tienen derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, pues este debe proveerse a través del concurso de méritos".<sup>2</sup>

Consecuente con los lineamientos de la SU-003 de 2018, la acreditación con el tiempo de servicios y la edad que posee la solicitante, para acceder a la pensión de vejez, por tanto, no puede asignársele la calidad de "prepensionado", según claramente lo establece la Sentencia en comento, pues solo es "prepensionado" quien le falta tres (3) o menos años de tiempo de servicio (cotización) para adquirir el derecho a la pensión.

Acogiendo la terminología utilizada por la H. Corte Constitucional el empleado no acredita "el riesgo de frustración de su derecho pensional", al comprobarse que ha cotizado el mínimo de semanas necesarias, así como que cuenta con la edad para acceder a su pensión de vejez.

De ese derrotero refulgen varias circunstancias que reafirman la improcedencia del amparo.

Tendría que decirse que, por existir otro mecanismo en el ordenamiento jurídico para ventilar esa controversia, es improcedente la acción de tutela.

En efecto, la accionante tiene a su disposición el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho para atacar la decisión que considera transgresora, e inclusive, como medida cautelar, puede solicitar el cese inmediato de sus efectos.

No se estima que deba concederse la protección de manera transitoria con ocasión de un perjuicio irremediable, ya que no se constata la existencia de un daño inminente, grave y urgente que haga la tutela indispensable e impostergable para la protección de las prerrogativas fundamentales de la accionante. No basta la enunciación del padecimiento de una enfermedad denominada síndrome de Sjogren<sup>3</sup>, no obra acreditación de pérdida de capacidad laboral.

Es insuficiente esa sola afirmación para arribar a la certeza de que con la eventual desvinculación del cargo que ocupa, la accionante verá afectado su mínimo vital, máxime cuando la solicitante es trabajadora social, puede procurarse su propio sostenimiento, y cuenta con la solidaridad con el esposo con el cual reside, según lo documentado en la historia clínica del 3 de junio de 2021.

---

<sup>2</sup> T-464/19

<sup>3</sup> <https://medlineplus.gov/spanish/sjogrensyndrome.html> El síndrome de Sjögren es una enfermedad autoinmune. Esto significa que el sistema inmunitario ataca partes de su propio cuerpo por error. En el síndrome de Sjögren, éste ataca las glándulas que producen las lágrimas y la saliva. Esto provoca boca seca y ojos secos. Es posible que tenga sequedad en otros órganos que necesitan humedad, como la nariz, la garganta y la piel. El síndrome también puede afectar otras partes del cuerpo, incluyendo las articulaciones, pulmones, riñones, vasos sanguíneos, órganos digestivos y los nervios.

Por lo anteriormente expuesto, no se vislumbra que las entidades accionadas se encuentren vulnerando los derechos fundamentales de la parte actora y por consiguiente no se accederá al amparo de los mismos.

#### X. RESUMEN O CONCLUSIÓN

Habida cuenta de las circunstancias fácticas y jurídicas que dieron lugar al ejercicio de la presente acción, tomando en cuenta la jurisprudencia previamente enunciada, y las consideraciones particulares de la situación puesta en conocimiento de esta agencia judicial, no se vislumbró vulneración de derechos alguna.

Por lo expuesto, el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Barranquilla, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### RESUELVE

1. DECLARAR la improcedencia de la acción constitucional instaurada por la señora CARMEN CECILIA BERMUDEZ PEÑALOZA. CC. 32.609.193, actuando a través de apoderado judicial, contra EJÉRCITO NACIONAL DE COLOMBIA-MINISTERIO DE DEFENSA, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.
2. NOTIFÍQUESE esta providencia por el medio más expedito, es decir, por medio del correo electrónico [ccto03ba@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:ccto03ba@cendoj.ramajudicial.gov.co).
3. En caso de no ser impugnado el presente fallo, por secretaria envíese a la Corte Constitucional, para su eventual revisión. Una vez sea devuelta, archívese.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



LINETH MARGARITA CORZO COBA  
JUEZA