

Referencia: Acción de tutela Rad. N° 47-189-31-53-002-2023-00017-00.

Accionante: MERY DE JESÚS FERNÁNDEZ GALVÁN

Accionado: ALCALDÍA MUNICIPAL DE CIÉNAGA Y COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

Vinculados: SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DE CIÉNAGA Y OTROS.



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO
CIÉNAGA - MAGDALENA**

Referencia: Acción de tutela Rad. N° 47-189-31-53-002-2023-00017-01.

Accionante: MERY DE JESÚS FERNÁNDEZ GALVÁN.

Accionados: ALCALDÍA MUNICIPAL DE CIÉNAGA y COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL.

Vinculados: SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DE CIÉNAGA; ÁLVARO JAVIER DEL RÍO MALDONADO, KATERINE ROSA CASTRO MORA, LISNEY LIZETH CREUS TINOCO; TERESA ISABEL MARTÍNEZ MÁRQUEZ; RAFAEL RICARDO ACOSTA RÍOS; CARLOS MAURO CORDERO TORRECILLA; ERWIN ARNALDO TETTE BERMEJO; ULISES ALFREDO ESCALANTE GRANADOS; MIKE ANDREW THOMAS ROBLES; MÓNICA DEL CARMEN SALAS CASSIANI; ESTEFANIA DE JESÚS VÁSQUEZ CAMPO; GINA PAOLA LÓPEZ RODRÍGUEZ; PILAR DEL CARMEN FONTALVO GUTIÉRREZ; LILIANA RAMONA CABANA RUIZ Y CARLOS ANDRÉS ROMERO MENDIVIL Y DEMÁS ASPIRANTES AL CARGO DE TÉCNICO ADMINISTRATIVO CÓDIGO 367, GRADO 2, CÓDIGO OPEC No. 64605 DE LA ALCALDÍA MUNICIPAL DE CIÉNAGA - CONVOCATORIA No. 909 DE 2018 - MUNICIPIOS PRIORIZADOS PARA EL POST-CONFLICTO.

Temas: DERECHO AL DEBIDO PROCESO - PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA EN MATERIA DE CONCURSOS DE MÉRITOS. DESVINCULACIÓN DE SERVIDORES PÚBLICOS PROVISIONALES POR CONCURSO DE MÉRITOS. CONDICIÓN DE ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA - RELATIVA.

Ciénaga, veintitrés (23) de mayo de dos mil veintitrés (2.023).

I. ASUNTO:

Procede esta Agencia Judicial a resolver de fondo la acción constitucional de tutela presentada por MERY DE JESÚS FERNÁNDEZ GALVÁN contra la ALCALDÍA MUNICIPAL DE CIÉNAGA y la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL.

Referencia: Acción de tutela Rad. N° 47-189-31-53-002-2023-00017-00.

Accionante: MERY DE JESÚS FERNÁNDEZ GALVÁN

Accionado: ALCALDÍA MUNICIPAL DE CIÉNAGA Y COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

Vinculados: SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DE CIÉNAGA Y OTROS.

II. ANTECEDENTES:

2.1. HECHOS RELATADOS:

La actora fue nombrada en el cargo de ludotecaria provisional en el año 2003, cargo al que concursó a través de la entidad que direccionaba este programa a nivel nacional y cuyas directrices provenían directamente de Presidencia de la República, nombrada en propiedad por medio del decreto 001 de 6 de octubre de 2004, desempeñando el citado cargo.

Para el año 2010, la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DE CIÉNAGA emitió el Decreto 184 del 4 de enero, donde se homologaban a los funcionarios administrativos de la Secretaria de Educación, siendo notificada de nombramiento como técnica grado 2 código 367, expresando inconformidad, pues para el cargo desempeñado se exigía que fuera profesional por los programas y proyectos que se desarrollan desde el nivel nacional, pero fue coaccionada para firmar so pena de no recibir los salarios, poniendo de presente que fue trasladada de un nombramiento en propiedad a uno en provisionalidad, desconociéndose los derechos adquiridos.

El cargo en ningún momento debió ser ofertado, pues otras personas tenían nombramiento en propiedad sin haber realizado o ganado ningún tipo de concurso de méritos, contrario a su caso, informa que no es culpable de los errores cometidos dentro de la secretaria de educación al estar en un listado provisional, cuando el nombramiento es en propiedad y es en el último en el que se posesionó y viene desempeñando hace 20 años.

El 26 de enero de los corrientes, le fue notificado Decreto 591 del 26 de octubre del año 2022, a través del cual se le declara insubsistente y se nombra a otra persona, omitiendo que su nombramiento era en propiedad. Es así que por petición del 31 de enero del 2023, solicitó la ratificación de su cargo, corrigiendo el error realizado, afirmando la propiedad de su cargo, el cual hasta la fecha no ha recibido respuesta.

La desvinculación realizada por el municipio de Ciénaga atenta de manera directa a sus derechos fundamentales, al desconocer su calidad de debilidad manifiesta y por ende goza de estabilidad laboral reforzada, debido a su delicado estado de salud con múltiples quebrantos de salud: parestesis nocturna de fuerza y dolor en ambas manos, con diagnóstico definitivo de síndrome del túnel carpiano, en la columna lumbar una anterolistesis grado I, Hiperlordosis Lumbar, disminución en la amplitud del espacio intervertebral en L5 , S1 en su aspecto posterior produciendo disminución en la luz foraminal, solución de continuidad en la pars articular de L5, todas estas patologías adquiridas durante el tiempo que ha ejercido el cargo.

Referencia: Acción de tutela Rad. N° 47-189-31-53-002-2023-00017-00.

Accionante: MERY DE JESÚS FERNÁNDEZ GALVÁN

Accionado: ALCALDÍA MUNICIPAL DE CIÉNAGA Y COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

Vinculados: SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DE CIÉNAGA Y OTROS.

2.2. DERECHOS Y PRETENSIONES INVOCADAS:

Se insta a la protección de los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo y la seguridad social, a la vida digna, al mínimo vital, derecho a la salud y a la estabilidad laboral reforzada, solicitando que se ordene al MUNICIPIO DE CIÉNAGA y COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, el reintegro en el cargo que detentaba la actora al momento de ser desvinculada, hasta adquirir su estatus de pensionada cumpliendo con el requisito de edad y de encuentre debidamente incluida en la nómina de pensionados de la entidad que corresponda.

De no ser posible el reintegro al cargo ostentado, ser asignada a otro de igual cargo o superior categoría.

2.3. PRUEBAS:

Fueron aportados con el escrito de amparo, los documentos consagrados en el archivo N°02, por parte de la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DE CIÉNAGA, archivo N°05 y por parte de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, archivo N°06 y N°28

2.4. ACTUACIÓN PROCESAL:

Mediante auto calendado ocho (8) de marzo de dos mil veintitrés (2.023), se admitió la acción tutelar y se vinculó a SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DE CIÉNAGA, ÁLVARO JAVIER DEL RÍO MALDONADO, y a los ASPIRANTES en el concurso para proveer el cargo de TÉCNICO ADMINISTRATIVO CÓDIGO 367, GRADO 2, CÓDIGO OPEC No. 64605 DE LA ALCALDÍA MUNICIPAL DE CIÉNAGA - CONVOCATORIA No. 909 DE 2018 - MUNICIPIOS PRIORIZADOS PARA EL POST- CONFLICTO.

2.4.1. LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DE CIÉNAGA, en contestación a los hechos y pretensiones objeto de la presente demanda de tutela, informó que, al momento que el tutelante hacia parte de la planta de personal de la secretaria de educación en calidad de empleado provisional, por lo que la terminación obedece argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto.

Por otro lado, en cuanto a la protección especial de pre-pensionado, si bien la tutelante indica que se encuentra dentro de los parámetros legales y adquiere la calidad de sujeto de especial protección, la corte constitucional ya ha planteado y resuelto este tipo de disputas, exponiendo que estas personas serán las ultimas en ser desvinculadas y además que en caso de haber vacantes deben ser trasladadas a las mismas, pero, para este caso en concreto la planta de la

Referencia: Acción de tutela Rad. N° 47-189-31-53-002-2023-00017-00.

Accionante: MERY DE JESÚS FERNÁNDEZ GALVÁN

Accionado: ALCALDÍA MUNICIPAL DE CIÉNAGA Y COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

Vinculados: SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DE CIÉNAGA Y OTROS.

Secretaria de Educación Municipal de Ciénaga a día de respuesta de esta tutela no cuenta con vacantes disponibles donde reubicar a los sujetos de especial protección

Pone en conocimiento la vinculada que, en cuanto al nombramiento en propiedad alegado por la actora, fue realizada la verificación en el sistema de control de información de registro de carrera administrativa con el número de cedula 57.416.694 como se identifica la tutela, dicho sistema acumula información original de todos los ciudadanos que se encuentra dentro del sistema de carrera de los empleados públicos y este arrojo que no se encuentre ningún servidor público con ese número de identificación.

Por las razones expuestas, la actora no ilustra haber ganado concurso alguno, ni que se encuentra inscrita a carrera administrativa por lo cual no hay razones jurídicas de peso para indicar que su nombramiento es en propiedad. Por lo que solicita, se nieguen las pretensiones invocadas declarándose improcedente la presente acción constitucional.

2.4.2. A su turno la COMISIÓN NACIONAL DE SERVICIO CIVIL, manifestó de entrada la falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que si bien es cierto que la CNSC llevó a cabo el proceso de concurso para proveer los empleos vacantes definitivos en la planta de personal del Municipio de Ciénaga, también lo es que esta Comisión no tiene competencia para nombrar, posesionar, desvincular provisionales ni dirimir situaciones y/o conflictos que se presenten durante el desempeño de las funciones laborales de cada funcionario.

Frente a la provisionalidad, aduce que, es un mecanismo de provisión transitoria de los empleos, por lo tanto, tiene que los cargos ocupados en dicha modalidad se encontraban en vacancia definitiva, y por ende debían ser ofertados en el marco de un proceso de selección, como lo es Municipios Priorizados para el post Conflicto. En este sentido, el municipio de Ciénaga en cumplimiento del mandato constitucional y lo preceptuado en la Ley 909 de 2004, ofertó a concurso abierto de méritos sus empleos en vacancia definitiva del Sistema General de Carrera Administrativa.

En cuanto a la desvinculación de provisionales en situaciones especiales, el Departamento Administrativo de la Función Pública -DAFP-, expidió el Concepto Marco No. 09 de 2018, mediante el cual se desarrolla el tema de referencia, del cual se extrae que independientemente de que existan personas vinculadas en provisionalidad con situaciones de especial vulnerabilidad, el ente nominador está en la obligación de nombrar y posesionar a quien en mérito obtuvo su derecho prevalente.

Sin embargo, el acto administrativo de desvinculación de los provisionales no puede ser caprichoso ni arbitrario, sino que por el contrario debe estar debidamente motivado y fundamentado. Además, es claro que la administración,

Referencia: Acción de tutela Rad. N° 47-189-31-53-002-2023-00017-00.

Accionante: MERY DE JESÚS FERNÁNDEZ GALVÁN

Accionado: ALCALDÍA MUNICIPAL DE CIÉNAGA Y COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

Vinculados: SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DE CIÉNAGA Y OTROS.

de ser posible, debe emprender medidas afirmativas en favor de empleados provisionales que se encuentran en situaciones especiales.

Ahora bien, en el caso particular el Sistema de apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad - SIMO se evidencio que la señora MERY DE JESÚS FERNÁNDEZ GALVÁN, no participó en la convocatoria.

2.4.3 Mediante oficio dirigido a la emisora de radiodifusión INNOVACIÓN STEREO, el 17 de marzo de los corrientes, se dio aviso a los aspirantes al CARGO DE TÉCNICO ADMINISTRATIVO CÓDIGO 367, GRADO 2, CÓDIGO OPEC No. 64605 DE LA ALCALDÍA MUNICIPAL DE CIÉNAGA - CONVOCATORIA No. 909 DE 2018 - MUNICIPIOS PRIORIZADOS PARA EL POST- CONFLICTO, con el objeto de poner en conocimiento de la presente acción constitucional, con el objeto de ejercer su derecho a la defensa, de igual manera, fue colgado en la sede física y micrositio web del JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE CIÉNAGA.

No obstante, a la fecha, no fue allegado al buzón electrónico de esta célula judicial, respuesta alguna.

2.4.4 Finalmente, ante el silencio guardado por la accionada ALCALDÍA MUNICIPAL DE CIÉNAGA, dada la necesidad de poner en conocimiento del presente trámite constitucional al vinculado ÁLVARO JAVIER DEL RÍO MALDONADO, se procedió por secretaría a consultar a la accionada vía telefónica la dirección de notificación del citado, obteniendo como respuesta el buzón alvarodelriocontador@gmail.com, donde fue notificado mediante oficio T-077 del 21 de marzo hogaño.

Mediante escrito allegado el 22 de marzo siguiente, el vinculado manifestó que, no le consta las afirmaciones realizadas por la actora en su escrito de tutela, de igual manera aduce que fue comunicado del Decreto 591 del 26 de octubre de 2022, "por medio del cual se realiza un nombramiento en periodo de prueba y se termina un nombramiento en provisionalidad". Partiendo del hecho que estuvo inscrito en el concurso de selección, ocupando el segundo puesto de 4 que fueron ofertados.

Frente a la afirmación realizada por la accionante al indicar que también había participado por el puesto en nombramiento, indica que, no existe registro de ella en la OPEC ofertada.

Por otro lado, añade que la insubsistencia que establecen los Decretos expedidos por la administración municipal dentro del proceso de selección, no tiene efectos sino hasta que la persona que va a ser nombrada en periodo de prueba, se posea en el cargo; y él está vinculado desde el día 10 de febrero del presente año, teniendo que acudir la actora a la administración para resolver el tema de su salario.

Referencia: Acción de tutela Rad. N° 47-189-31-53-002-2023-00017-00.

Accionante: MERY DE JESÚS FERNÁNDEZ GALVÁN

Accionado: ALCALDÍA MUNICIPAL DE CIÉNAGA Y COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

Vinculados: SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DE CIÉNAGA Y OTROS.

Finalmente, pese a su lamentable condición física y de salud, recuerda que, para los concursos de mérito en provisión de vacantes definitivas, no existe estabilidad laboral reforzada absoluta; sino que por el contrario la misma es relativa y en casos muy específicos que no aplica para el presente; e insta se niegue el amparo constitucional, toda vez que el acto de su nombramiento en periodo de prueba en ningún momento ha atentado en contra de los derechos mencionados por la accionante. Debe tenerse en cuenta que el proceso de selección se adelantó conforme a lo establecido en la normatividad aplicable. Así mismo, la acción de tutela no puede ser procedente por existir otros mecanismos a los cuales puede acceder la accionante. en ese sentido.

2.4.5. Mediante providencia del 22 de marzo de los corrientes, esta agencia judicial declaró improcedente el amparo solicitado por MERY DE JESÚS FERNÁNDEZ GALVÁN contra COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y la ALCALDÍA MUNICIPAL DE CIÉNAGA, siendo impugnada por la actora en alusión a la inconformidad de la decisión tomada.

Aunado a lo dicho, mediante auto de del 10 de abril de los corrientes fue concedida la impugnación y remitida a la Sala Civil - Familia del Tribunal Superior de Santa Marta, a efectos de surtir la impugnación.

2.4.6. Por decisión del 9 de mayo del hogaoño, el Tribunal Superior de Santa Marta sala segunda de decisión civil - familia decreta la nulidad de lo actuado en primera instancia a partir de la sentencia dictada el 22 de marzo de 2023, dentro de la acción de tutela promovida por Mery De Jesús Fernández Galván contra la Alcaldía Municipal de Ciénaga (Magdalena) y la Comisión Nacional del Servicio Civil, ordenando devolver el expediente al despacho de origen, a efectos de reponer la actuación viciada.

2.4.7. Conforme a lo anterior, devuelto el expediente el 15 de mayo de los corrientes, esta judicatura por providencia del 16 de mayo del 2023, obedeciendo la orden emanada del superior vinculó al presente trámite a Katerine Rosa Castro Mora, Lisney Lizeth Creus Tinoco; Teresa Isabel Martínez Márquez; Rafael Ricardo Acosta Ríos; Carlos Mauro Cordero Torrecilla; Erwin Arnaldo Tette Bermejo; Ulises Alfredo Escalante Granados; Mike Andrew Thomas Robles; Mónica Del Carmen Salas Cassiani; Estefanía De Jesús Vásquez Campo; Gina Paola López Rodríguez; Pilar Del Carmen Fontalvo Gutiérrez; Liliana Ramona Cabana Ruiz y Carlos Andrés Romero Mendivil, otorgándoles el término de dos (2) días, para que ejerzan su derecho a la defensa

De igual suerte, requirió a la accionada COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, a efectos de allegar a este despacho constancia de publicación en la página web y la constancia de la comunicación los correos electrónicos de los ASPIRANTES ALUDIDOS en el punto anterior y a los demás ASPIRANTES AL CARGO DE TÉCNICO ADMINISTRATIVO CÓDIGO 367, GRADO 2, CÓDIGO

Referencia: Acción de tutela Rad. N° 47-189-31-53-002-2023-00017-00.

Accionante: MERY DE JESÚS FERNÁNDEZ GALVÁN

Accionado: ALCALDÍA MUNICIPAL DE CIÉNAGA Y COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

Vinculados: SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DE CIÉNAGA Y OTROS.

OPEC No. 64605 DE LA ALCALDÍA MUNICIPAL DE CIÉNAGA - CONVOCATORIA No. 909 DE 2018 - MUNICIPIOS PRIORIZADOS PARA EL POSTCONFLICTO.

Finalmente, en aras de evitar futuras nulidades se utilizaron dos mecanismos para llevar a cabo la notificación de los vinculados, **el primero, aviso en las instalaciones de esta sede judicial.** Por otro lado, oficio T-153 del 16 de mayo remitido a la cadena radial INNOVACIÓN STEREO para realizar la comunicación a los vinculados, ordenándose la remisión al despacho de la certificación correspondiente, sin que a la fecha se haya recibido.

2.4.8. Atendiendo el requerimiento, la encartada COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL por escrito recibido en el buzón electrónico del despacho, advirtió falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que si bien es cierto que la CNSC llevó a cabo el proceso de concurso para proveer los empleos vacantes definitivos en la planta de personal del Municipio de Ciénaga, también lo es que esta Comisión no tiene competencia para nombrar, posesionar, desvincular provisionales ni dirimir situaciones y/o conflictos que se presenten durante el desempeño de las funciones laborales de cada funcionario.

Así mismo, Consultado el Sistema de apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad - SIMO se evidenció que la señora MERY DE JESÚS FERNÁNDEZ GALVÁN, no participó en la convocatoria.

Por otro lado, frente al requerimiento de publicación manifiesta la accionada que se puede realizar la consulta en el siguiente enlace: <https://historico.cnsc.gov.co/index.php/828-a-979-y-982-a-986-de-2018-89-1132-a-1134-y-1305-de-2019-acciones-constitucionales>, de acuerdo a la constancia aportada por la Dirección de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

2.4.9. Por su parte, los vinculados y demás accionadas optaron por guardar silencio al interior del trámite.

III. CONSIDERACIONES:

3.1.- PROBLEMA JURÍDICO:

Analizados los antecedentes fácticos del presente asunto encuentra la Operadora Judicial los siguientes problemas jurídicos a resolver: 1.- ¿Es procedente el mecanismo de acción de tutela para dejar sin efectos jurídicos el acto administrativo que declara la insubsistencia de la señora MERY DE JESÚS FERNÁNDEZ GALVÁN, nombrada en provisionalidad en el cargo de TÉCNICO ADMINISTRATIVO CÓDIGO 367, GRADO 2?; en caso afirmativo, 2.- ¿Acredita la señora MERY DE JESÚS FERNÁNDEZ GALVÁN los supuestos de

Referencia: Acción de tutela Rad. N° 47-189-31-53-002-2023-00017-00.

Accionante: MERY DE JESÚS FERNÁNDEZ GALVÁN

Accionado: ALCALDÍA MUNICIPAL DE CIÉNAGA Y COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

Vinculados: SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DE CIÉNAGA Y OTROS.

estabilidad laboral reforzada que protejan la vulneración a los derechos fundamentales rogados ?

3.2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y JURISPRUDENCIALES. -

3.2.1. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA EN CONCURSO PÚBLICO DE MÉRITOS. Carácter residual y subsidiario.

El inciso 3° del artículo 86 de la Carta Magna establece que la acción de tutela "sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable".

El numeral 1° del canon 6° del Decreto 2591 de 1991, preceptúa que la acción de tutela no procederá: "1°) Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante".

Frente a lo anterior, la Corte Constitucional en sentencia T-058 de 2022¹ manifestó que la acción de tutela:

"...solo procede excepcionalmente como mecanismo de protección definitivo (i) cuando el presunto afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, o (ii) cuando, existiendo ese medio este carece de idoneidad o eficacia para proteger de forma adecuada, oportuna e integral los derechos fundamentales, en las circunstancias del caso concreto. Así mismo, procederá como mecanismo transitorio cuando la acción se interponga para evitar la consumación de un perjuicio irremediable a un derecho fundamental".

Así mismo, estableció el alto tribunal que "El recurso de amparo se encuentra supeditado al cumplimiento de los requisitos de inmediatez y subsidiariedad, como pautas formales de procedibilidad, de las que se hace depender un pronunciamiento sobre el fondo del asunto por parte del juez constitucional"²

Ahora, respecto de la procedencia de la acción de tutela para controvertir actos administrativos expedidos con ocasión de un concurso de méritos, la Corte Constitucional³ ha precisado que:

¹ M.P. ALEJANDRO LINARES CANTILLO

² Sentencia T-005 de 2020, M.P. DIANA FAJARDO RIVERA

³ Sentencia SU-067 de 2022, M.P. PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Referencia: Acción de tutela Rad. N° 47-189-31-53-002-2023-00017-00.

Accionante: MERY DE JESÚS FERNÁNDEZ GALVÁN

Accionado: ALCALDÍA MUNICIPAL DE CIÉNAGA Y COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

Vinculados: SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DE CIÉNAGA Y OTROS.

"...por regla general, [...] es improcedente la acción de tutela que pretenda controvertir los actos proferidos por las autoridades administrativas que se expidan con ocasión de un concurso de méritos, pues para ello se han previsto otros instrumentos judiciales como lo dispone el artículo 104 de la Ley 1437 de 2011. La posibilidad de emplear las medidas cautelares, «que pueden ser de naturaleza preventiva, conservativa, anticipativa o de suspensión, demuestra que tales acciones «constituyen verdaderos mecanismos de protección, ante los efectos adversos de los actos administrativos»

En igual sentido, en la sentencia T- 081 de 2021, dispuso que:

"Esta Corte, de modo reiterado, ha dispuesto que la acción de tutela solo procede si quien acude a ella no cuenta con otro procedimiento judicial en el ordenamiento jurídico que permita la resolución de sus pretensiones. Por supuesto, esta regla tiene por objeto evitar que aquellos mecanismos sean sustituidos por se por este medio célere e informal. En tal sentido, en caso de existir un medio judicial principal, el actor tiene la carga de acudir a él toda vez que es necesario preservar las competencias legales asignadas por el legislador a cada jurisdicción, salvo que se demuestre que el mismo no goza de idoneidad o eficacia, o que se evidencie un perjuicio irremediable en cuya virtud sea necesario un amparo transitorio.

56. *Así, prima facie, este Tribunal ha considerado que la acción de tutela no procede cuando a través de su uso se pretenda atacar decisiones proferidas por la Administración en el marco de un concurso de méritos, pues, el legislador de estableció mecanismos especiales en uso de los cuales el juez de lo contencioso administrativo estaría llamado a conocer de esos asuntos. Allí podría solicitarse, además, la puesta en marcha de medidas cautelares si es que la protección del bien es urgente y no soportaría el tiempo que tarde la resolución del litigio"*

En ese sentido, teniendo en cuenta que tanto la jurisprudencia del Consejo de Estado⁴ como de la Corte Constitucional, han señalado que **el acto administrativo a través del cual se conforma el registro de una lista de elegibles es el único acto que otorga derechos subjetivos**, mediante el cual "la administración define la situación jurídica de los participantes puesto que adquieren un derecho particular y concreto que les da la certeza de poder acceder al cargo para el cual concursaron", **este puede ser atacado a través del medio de control de nulidad**

⁴ Sentencia del 2 de julio de 2020, dictada por la Sección Quinta del Consejo de Estado, radicación n.º 11001-03-15-000-2019-04731-00

Referencia: Acción de tutela Rad. N° 47-189-31-53-002-2023-00017-00.

Accionante: MERY DE JESÚS FERNÁNDEZ GALVÁN

Accionado: ALCALDÍA MUNICIPAL DE CIÉNAGA Y COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

Vinculados: SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DE CIÉNAGA Y OTROS.

y restablecimiento del derecho, teniendo en cuenta su carácter particular, concreto y creador de derechos.

Bajo esa perspectiva, se ha considerado que quien pretenda atacar el contenido de un acto administrativo que conforma la lista de elegibles dentro de un proceso de concurso de méritos, deberá acudir a las acciones que para el efecto prevé la jurisdicción contenciosa administrativa con el fin de ventilar las razones por las cuales considera que esas decisiones vulneran sus derechos fundamentales y que, el amparo, en estos casos, por regla general, no puede abrirse paso.

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha instaurado tres excepciones a la regla general de improcedencia de la acción de tutela, en el campo específico de los concursos de méritos. En ese sentido, los actos administrativos que se dicten en el curso de estas actuaciones administrativas podrán ser demandados a través de este mecanismo constitucional, cuando se presente alguno de los siguientes supuestos: i) inexistencia de un mecanismo judicial que permita demandar la protección del derecho fundamental infringido, ii) configuración de un perjuicio irremediable y iii) planteamiento de un problema constitucional que desborde el marco de competencias del juez administrativo⁵.

Respecto de la primera excepción, esta se refiere al *"reconocimiento de la existencia de ciertos actos que, de conformidad con las reglas del derecho administrativo, no pueden ser sometidos a escrutinio judicial"*, tal es el caso de los actos administrativos de trámite o de ejecución, los cuales no son susceptibles de discusión jurisdiccional ante lo Contencioso Administrativo⁶.

En cuanto a la segunda excepción, el artículo 8° del Decreto 2591 de 1991, señala la viabilidad de la acción de tutela como mecanismo transitorio cuando se verifique la existencia de un perjuicio irremediable, el cual como su nombre lo sugiere es aquel que no puede ser reparado dado que lleva a un grado tal de gravedad que afecta el derecho fundamental irreparablemente. Para ello, se debe cumplir con los requisitos de **inminencia, gravedad, urgencia e impostergabilidad**, que justifiquen la intervención del juez constitucional. Conceptos definidos previamente por la Corte Constitucional⁷ de esta forma:

*"El perjuicio ha de ser **inminente**: que amenaza o está por suceder prontamente, esto es, tiende a un resultado cierto derivado de una causa que está produciendo la inminencia. Lo anterior, se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética.*

⁵ Sentencia SU-067 de 2022, M.P. PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

⁶ Idem

⁷ Sentencia T-323 de 2019, M.P. CARLOS BERNAL PULIDO

Referencia: Acción de tutela Rad. N° 47-189-31-53-002-2023-00017-00.

Accionante: MERY DE JESÚS FERNÁNDEZ GALVÁN

Accionado: ALCALDÍA MUNICIPAL DE CIÉNAGA Y COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

Vinculados: SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DE CIÉNAGA Y OTROS.

*Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de **ser urgentes**, en el sentido de que se debe precisar una medida o remedio de forma rápida que evite la configuración de la lesión.*

*Se requiere que el perjuicio **sea grave**, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas.*

*La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea **impostergable**, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos."*

Finalmente, en cuanto a la tercera excepción que se refiere al planteamiento de un problema constitucional que desborde el marco de competencias del juez administrativo, según la Corte Constitucional, esta se refiere a que algunas demandas plantean controversias que desbordan el ámbito de acción del juez de lo contencioso administrativo y por tanto en tales casos, "las pretensiones del accionante no se dirigen a determinar la legalidad de los actos administrativos expedidos en desarrollo de la convocatoria, pretensión para la cual puede acudir a los medios de control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sino que pretende demostrar que la aplicación de estas normas, en su caso concreto, lesiona sus derechos fundamentales"⁸.

3.2.2. ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA Y/O RELATIVA.

Los cánones 25 y 53 de la Carta Magna Colombiana, contemplan el derecho al trabajo como derecho y obligación social para toda persona, cumplido en condiciones dignas y justas; bajo unos postulados y condiciones mínimas fundamentales, entre las que se destaca la **igualdad de oportunidades y la estabilidad en el empleo**.

En decisión -T-052 de 2020⁹, la máxima guardiana de la Constitución, explica que el **principio fundamental de la estabilidad en el empleo**, el cual se cimienta en los artículos precedentes; tiene como finalidad "asegurar al empleado una certeza mínima en el sentido de que el vínculo laboral contraído no se

⁸ Sentencia SU-067 de 2022, M.P. PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

⁹ Magistrado sustanciador: ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO, Bogotá, D. C., trece (13) de febrero de dos mil veinte (2020).

Referencia: Acción de tutela Rad. N° 47-189-31-53-002-2023-00017-00.

Accionante: MERY DE JESÚS FERNÁNDEZ GALVÁN

Accionado: ALCALDÍA MUNICIPAL DE CIÉNAGA Y COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

Vinculados: SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DE CIÉNAGA Y OTROS.

fragmentará de forma abrupta y sorpresiva, de manera que no esté en permanente riesgo de perder su trabajo y, con ello, el sustento propio y el de su familia, por una decisión arbitraria del empleador", "limitando al empleador en su facultad discrecional de dar por terminado de forma unilateral el contrato de trabajo, cuando dicha decisión está determinada por la situación de vulnerabilidad del trabajador¹⁰". (Negrilla y subrayado del Juzgado)

Se aclara por la Corte que "la estabilidad laboral reforzada no opera como un mandato absoluto y por lo tanto, no significa que ningún trabajador protegido pueda ser apartado de su cargo. Implica que su despido no puede materializarse por razón de su especial condición (persona en situación de discapacidad física o mental, o mujer en estado de embarazo). Dicha protección, entonces, no se traduce en la prohibición de despido o en la existencia "un derecho fundamental a conservar y permanecer en el mismo empleo por un periodo de tiempo indeterminado"¹¹. Más bien, revela la prohibición constitucional para los empleadores de efectuar despidos discriminatorios en contra de la población protegida por esta figura, que es la más vulnerable entre los trabajadores"¹².

Ahora bien, en el evento de desvinculación de servidores públicos provisionales con ocasión de concurso de méritos, que se hallen en situaciones de vulnerabilidad, la jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa que la estabilidad laboral de la que gozan los funcionarios públicos que se encuentran en provisionalidad es una **ESTABILIDAD LABORAL RELATIVA**¹³, 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.

Es así que aquellos funcionarios públicos que se encuentran en provisionalidad y que son sujetos de especial protección constitucional gozan de una estabilidad laboral reforzada, pero pueden llegar a ser desvinculado con el propósito de proveer el cargo que ocupan con una persona que ha ganado un concurso de méritos, pues **el derecho que ostentan aquellos que participan en un concurso público y ganan, impera frente a quien se encuentra en provisionalidad.**

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencias T-225 de 2012 y T-226 de 2012. Dicha protección no solo ha sido reconocida por nuestra Carta Política sino también por distintos tratados internacionales suscritos por Colombia, como la Declaración de los Derechos del Deficiente Mental, aprobada por la ONU en 1971; la Declaración de los Derechos de las Personas con Limitación, aprobada por la Resolución 3447 en 1975 de la ONU; la Resolución 48/96 del 20 de diciembre de 1993 de la Asamblea General de Naciones Unidas, sobre "Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad"; la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, aprobada mediante la Ley 762 de 2002; la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, aprobada mediante la Ley 1346 de 2009; la Recomendación 168 de la OIT; el Convenio 159 de la OIT; la Declaración de Sund Berg de Torremolinos de la UNESCO de 1981; la Declaración de las Naciones Unidas para las personas con limitación de 1983, entre otras. Al respecto, puede ser consultada la Sentencia T-198 de 2006.

¹¹ Sentencias T-899 de 2014 y T-106 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹² "Quiere decir lo anterior, que el trabajador en un estado de debilidad manifiesta, debe permanecer en su puesto mientras no se presente una causa objetiva y justa para su desvinculación".

¹³ Sentencia T-469 del 2019 MS. ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Referencia: Acción de tutela Rad. N° 47-189-31-53-002-2023-00017-00.

Accionante: MERY DE JESÚS FERNÁNDEZ GALVÁN

Accionado: ALCALDÍA MUNICIPAL DE CIÉNAGA Y COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

Vinculados: SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DE CIÉNAGA Y OTROS.

No obstante, el máximo tribunal constitucional ha sostenido que para el caso de estos sujetos de especial protección constitucional *"las entidades deben otorgar un trato preferencial antes de efectuar el nombramiento de quienes ocupan los primeros puestos en las listas de elegibles del respectivo concurso de méritos, con el propósito de garantizar el goce efectivo de sus derechos fundamentales"*.

Dispone el artículo 125 de nuestra carta constitucional que, los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados a través de concurso público. Así mismo el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes, de tal suerte que, el retiro se hará por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en el Constitución o la ley.

De las razones expuestas, se observa que el propósito de la disposición constitucional es el acceso a los cargos públicos, ilustrando que, las condiciones de ingreso, ascenso, permanencia y retiro respondan al mérito, conforme a criterios reglados y no a la discrecionalidad del nominador. Por tanto, se ve marcada la distinción entre los funcionarios que acceden a los cargos públicos a través de un concurso de méritos y aquellos que desempeñaban en provisionalidad, por lo que los primeros ostentan una mayor estabilidad, al haber superado las etapas propias del concurso.

No obstante, aquellos que se encuentren en una provisionalidad gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que implica que el acto administrativo por medio del cual se efectúe su desvinculación debe establecer únicamente las razones de la decisión, lo cual para este Tribunal Constitucional *"constituye una garantía mínima derivada del derecho fundamental al debido proceso y al principio de publicidad"*.

Así las cosas, la Corte Constitucional ha manifestado que la estabilidad laboral se trata de:

"...una garantía que tiene todo trabajador a permanecer en el empleo y a obtener los correspondientes beneficios salariales y prestacionales, incluso contra la voluntad del patrono, si no existe una causa relevante que justifique el despido. La doctrina ha entendido entonces que el principio de estabilidad laboral configura, en cabeza de los trabajadores, un verdadero derecho jurídico de resistencia al despido, el cual es expresión del hecho de que los fenómenos laborales no se rigen exclusivamente por el principio de la autonomía de la voluntad, ya que están en juego otros valores constitucionales, en especial la propia dignidad del trabajador y la búsqueda de una mayor igualdad entre patrono y

Referencia: Acción de tutela Rad. N° 47-189-31-53-002-2023-00017-00.

Accionante: MERY DE JESÚS FERNÁNDEZ GALVÁN

Accionado: ALCALDÍA MUNICIPAL DE CIÉNAGA Y COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

Vinculados: SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DE CIÉNAGA Y OTROS.

empleado. Por ello, en función del principio de la estabilidad laboral, y de la especial protección al trabajo (CP arts 25 y 53), no basta el deseo empresarial para que pueda cesar una relación de trabajo sino que es necesario que se configure una justa causa, en los términos señalados por la ley, y en armonía con los valores constitucionales”.

De igual manera la corte ha amparado que aquellas personas que padecen limitaciones físicas, sensoriales o psicológicas se encuentran en situación de debilidad manifiesta y, por lo tanto, son beneficiarios de una estabilidad laboral reforzada. Al respecto, sostiene el alto tribunal:

“La elaboración de una noción de discapacidad ha sido un proceso muy lento y difícil. En cada momento de la historia, con base en los conocimientos científicos con los que se ha contado, los legisladores han regulado diversos aspectos de esta problemática. De allí que la terminología empleada en la materia haya cambiado con el paso del tiempo. De hecho, hoy por hoy, se trata de un concepto en permanente construcción y revisión. En materia laboral, la protección especial de quienes por su condición física están en circunstancia de debilidad manifiesta se extiende también a las personas respecto de las cuales esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de inválido. Queda entonces claro que la discapacidad es un concepto diverso al de invalidez”

Ahora bien, en particular para el caso de los servidores públicos que ocupan un cargo de provisionalidad en carrera, la Corte ha sido enfática en manifestar el goce de una estabilidad laboral relativa, lo que implica que el acto administrativo que desvincule a estas personas requiera un motivación clara, argumentada y precisa, de esta manera aunque la razón obedezca al nombramiento de una persona que ganó el concurso de méritos, no desconoce los derechos de estos funcionarios, precisa el alto tribunal constitucional en su sentencia SU-446 del 2011:

“...la situación de quienes ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa, encuentra protección constitucional, en la medida en que, en igualdad de condiciones pueden participar en los concursos y gozan de estabilidad laboral, condicionada al lapso de duración del proceso de selección y hasta tanto sean reemplazados por quien se haya hecho acreedor a ocupar el cargo en virtud de sus méritos evaluados previamente”

Referencia: Acción de tutela Rad. N° 47-189-31-53-002-2023-00017-00.

Accionante: MERY DE JESÚS FERNÁNDEZ GALVÁN

Accionado: ALCALDÍA MUNICIPAL DE CIÉNAGA Y COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

Vinculados: SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DE CIÉNAGA Y OTROS.

Por lo que se concluye que si bien, los funcionarios públicos que gozan de una estabilidad laboral reforzada, pueden llegar a ser desvinculado con el propósito de proveer el cargo que ocupan con una persona que ha ganado el concurso de méritos, pues se entiende que el derecho de las personas que se encuentran en provisionalidad cede frente al mejor derecho que tienen aquellos que participan en un concurso público, no es meno cierto que, las entidades deben otorgar un trato preferencial antes de efectuar el nombramiento de quienes ocupan los primeros puestos en las listas de elegibles del respectivo concurso de méritos, con el propósito de garantizar el goce efectivo de sus derechos fundamentales, dentro de lo cual cabe el reintegro en el dado caso de existir vacantes disponibles de igual categoría.

3.2.3. PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA - DESVINCULACIÓN LABORAL DE PREPENSIONADO.

El artículo 33 de la ley 100 de 1993, modificado por el art. 9° de la ley 797 de 2003, dispone que, **actualmente** para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y siete (57) años para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.
2. Haber cotizado un mínimo 1.300 semanas desde el año 2015 en adelante.

En la ley 790 de 2002¹⁴, se reguló la condición de los llamados PREPENSIONADOS, considerando como tales a quienes cumplirían con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez **en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley**¹⁵.

Sin embargo, en sentencia SU-897 de 2012, la Corte Constitucional sentó como criterio unificador que *"también tienen derecho al retén social en calidad de prepensionados quienes en el término de tres (3) años, contados "a partir del momento en que se determine la efectiva y real supresión del cargo", cumplan la totalidad de requisitos necesarios para adquirir el derecho a una pensión de vejez o de jubilación"*¹⁶.

La Corte Constitucional en providencia T-595 de 2016 reiteró los requisitos para ser considerado como PREPENSIONADO de la siguiente manera:

"..Respecto de los requisitos para acceder a la pensión, el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9

¹⁴ Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República.

¹⁵ Esto fue el 27 de diciembre de 2002.

¹⁶ Sentencia SU143/20.

Referencia: Acción de tutela Rad. N° 47-189-31-53-002-2023-00017-00.

Accionante: MERY DE JESÚS FERNÁNDEZ GALVÁN

Accionado: ALCALDÍA MUNICIPAL DE CIÉNAGA Y COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

Vinculados: SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DE CIÉNAGA Y OTROS.

de la Ley 797 de 2003, consagra que para tener derecho a la pensión de vejez el afiliado debe (i) haber cumplido 57 años de edad en el caso de la mujer y 62 años para el hombre y (ii) haber cotizado 1300 semanas. Por tanto, no basta con que una persona acredite el cumplimiento de uno de los dos requisitos, pues la norma dispone dos condicionamientos para acceder a dicha prestación social. En idéntico sentido ocurre para quienes pretendan hacer valer su condición de pre pensionados, es decir, para que a una persona le sea reconocido el beneficio de la estabilidad laboral por encontrarse próxima a pensionarse, su rango de edad puede variar entre los 54 y 57 años si es mujer, y entre los 59 y 62 años si es hombre, e incluso puede ser mayor, pero además, le debe faltar máximo 156 semanas por cotizar, que corresponden a 3 años..." (Negrilla fuera de texto)

Sin embargo, en sentencia SU-897 de 2012, la Corte Constitucional sentó como criterio unificador que *"también tienen derecho al retén social en calidad de prepensionados quienes en el término de tres (3) años, contados "a partir del momento en que se determine la efectiva y real supresión del cargo", cumplan la totalidad de requisitos necesarios para adquirir el derecho a una pensión de vejez o de jubilación"*¹⁷.

Teniendo en cuenta los mismo parámetros constitucionales y legales acerca de la SUBSIDIARIEDAD en el uso de la acción de amparo y los supuestos excepcionales donde existiendo mecanismos judiciales se viabiliza su uso, referido a quien aduce la condición de PREPENSIONADO, la Máxima Guardiana de la Corte Constitucional, en múltiple jurisprudencia ha reiterado que, inicialmente, no es posible controvertirlo vía acción de tutela, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar la configuración de un perjuicio irremediable, y como mecanismo definitivo cuando el prepensionado se encuentre en precaria situación, entre otros parámetros donde se establece quienes ostentan dicha la condición.

Verbigracia, en decisión T-055/20 explicó: *"Así, en principio, ... la acción de tutela no procede cuando con su interposición se pretenda el reintegro laboral del actor pues para ello el legislador previó mecanismos específicos dirigidos a que el juez ordinario laboral o de lo contencioso administrativo conociera de tales asuntos. Sin embargo, para el caso de quien alega tener la calidad de prepensionado, la Corte también ha sostenido que, de forma excepcional, la acción será procedente si logra demostrarse que con la desvinculación se pone en riesgo su mínimo vital por las dificultades que le acarrearía obtener su sustento y el de su familia. Esta circunstancia, acompañada de otras como la edad del tutelante, las condiciones particulares de su núcleo familiar, su*

¹⁷Sentencia SU143/20.

Referencia: Acción de tutela Rad. N° 47-189-31-53-002-2023-00017-00.

Accionante: MERY DE JESÚS FERNÁNDEZ GALVÁN

Accionado: ALCALDÍA MUNICIPAL DE CIÉNAGA Y COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

Vinculados: SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DE CIÉNAGA Y OTROS.

salud e, incluso, el tiempo que tardaría el medio de defensa judicial del que dispone en resolver sus pretensiones, permitirán evaluar su eficacia”.

En idéntico sentido, en fallo T - 595 de 2016 se adujo: *“...Tanto los servidores públicos próximos a pensionarse como cualquier otro servidor público, en principio, no pueden acudir a la acción de tutela para discutir los actos administrativos de desvinculación. Sin embargo, de evidenciarse que con tal decisión la administración genera la ocurrencia de un perjuicio irremediable, se activa la competencia del juez constitucional de manera transitoria. Adicionalmente, procede la acción de tutela como mecanismo definitivo cuando el juez evidencie que el prepensionado que pretende su estabilidad laboral se encuentra en una precaria situación, generada por el retiro de su lugar de trabajo. Por tanto, es necesario que ese asunto sea tramitado a través de un mecanismo preferente y sumario, pues de someter al actor, en tales condiciones, a un procedimiento que podría durar un tiempo considerable, tornaría ineficaz la protección de los derechos fundamentales invocados por éste, un ejemplo de ello puede advertirse en los eventos en los que el juez de tutela advierta una afectación al mínimo vital del prepensionado...”*

Asimismo, en decisión T-041 de 2.014, esta corporación enfatizó:

*“... la acción de tutela solo será procedente cuando (i) no exista en el ordenamiento jurídico un mecanismo judicial, o (ii) existiendo sea ineficaz y/o (iii) inidóneo. En todo caso, (iv) será procedente de manera transitoria cuando se constate la existencia de un perjuicio irremediable. Pues bien, **en materia laboral el requisito de subsidiariedad adquiere una connotación particular. La Corte ha sostenido que cuando se trate de controversias relativas al derecho al trabajo, la acción de tutela en principio no es el mecanismo adecuado para debatirlas pues en “el ordenamiento jurídico colombiano prevé para el efecto acciones judiciales específicas cuyo conocimiento ha sido atribuido a la jurisdicción ordinaria laboral y a la de lo contencioso administrativo, según la forma de vinculación de que se trate, y afirmar lo contrario sería desnaturalizar la acción de tutela, concretamente su carácter subsidiario y residual”.***

*Pese a ello, **excepcionalmente, este Tribunal ha entendido que es procedente cuando se trata personas que se encuentran en “circunstancias de debilidad manifiesta por causa de su condición económica, física o mental y que formulan pretensiones dirigidas a lograr la tutela del derecho constitucional a la estabilidad laboral reforzada”.** Este punto ha sido reiterado en varias ocasiones por la Corte.¹⁸ (Negrillas fuera de texto).*

¹⁸ Sentencia T – 041 DE 2014 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Referencia: Acción de tutela Rad. N° 47-189-31-53-002-2023-00017-00.

Accionante: MERY DE JESÚS FERNÁNDEZ GALVÁN

Accionado: ALCALDÍA MUNICIPAL DE CIÉNAGA Y COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

Vinculados: SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DE CIÉNAGA Y OTROS.

3.3.- CASO CONCRETO. -

3.3.1. Relieva en primer lugar esta Agencia Judicial que los asuntos relacionados con la controversia referida a suspender o dejar sin efecto jurídico un acto administrativo de nombramiento y la consecuente desvinculación de quien detenta el cargo, tienen un juez y vía judicial natural, ante la JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA.

Por esta razón el máximo órgano en lo constitucional ha admitido la eficacia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo para debatir asuntos de la índole que nos ocupa, puntualmente la Corte ha sostenido: *"(...) la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo cuenta en la actualidad con las herramientas necesarias para garantizar la protección de los derechos fundamentales de forma igual o superior al de la acción de tutela, por parte de los jueces especializados en los asuntos del contencioso administrativo y también encargados de la protección de los derechos fundamentales..."*

No obstante, a través de diferentes pronunciamientos de la Corte Constitucional, en acatamiento de normas de rango constitucional y legal e incluso normas internacionales, sin desconocer el **CARÁCTER RESIDUAL** de la acción de tutela, ha viabilizado el amparo de las personas que, **en condición de debilidad manifiesta** por razones de **edad**, económicas, **de salud** (limitaciones físicas o síquicas), por ser madres gestantes o en licencia de maternidad, entre otros, por su desvinculación laboral.

3.3.2. Dentro de los escenarios calificados como de especial protección se hallan los denominados PREPENSIONADOS que, como previamente se precisó, deben cumplir en un **plazo de máximo de 3 años**, desde la fecha del acto de desvinculación (si no lo hubiere hecho), con la edad (57 años entratándose de mujer) y el número de semanas cotizada exigidas en la ley (1.300) para acceder a la pensión de vejez.

De las pruebas contenidas en el expediente digital, se observa que la señora MERY DE JESÚS FERNÁNDEZ GALVÁN si bien afirma ser prepensionada y por lo tanto gozar de la estabilidad laboral reforzada, se vislumbra en la documentación anexada por la accionante que la edad a la fecha de la presentación de la acción constitucional es de **51 años**, ya que en la historia clínica se consignó como fecha de nacimiento el día **30 de agosto del año 1971**, por lo que **no cumpliría con este estatus para ser considerada un sujeto de especial protección con ocasión a su condición de pre-pensionada**, pues itérese que la edad requerida para ello es de mínimo **54 AÑOS**.

Aunado a ello, tampoco se probó tener el número mínimo de semanas cotizadas para encuadrar en esa condición: 1.144.

Referencia: Acción de tutela Rad. N° 47-189-31-53-002-2023-00017-00.

Accionante: MERY DE JESÚS FERNÁNDEZ GALVÁN

Accionado: ALCALDÍA MUNICIPAL DE CIÉNAGA Y COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

Vinculados: SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DE CIÉNAGA Y OTROS.

En consecuencia, **no logra alcanzar el estatus de prepensionada** jurisprudencialmente establecido y así la estabilidad laboral reforzada.

3.3.3. Por otra parte, a su turno aduce la actora que se encuentra en un estado de debilidad manifiesta por su situación de salud, sobre el particular, la Corte Constitucional ha determinado la misma bajo parámetros específicos:

"i) pueda catalogarse como persona con discapacidad, ii) con disminución física, síquica o sensorial en un grado relevante, y (iii) en general todas aquellos que (a) tengan una afectación grave en su salud; (b) esa circunstancia les 'impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares', y (c) se tema que, en esas condiciones particulares, pueden ser discriminados por ese solo hecho, está en circunstancias de debilidad manifiesta y, por tanto, tiene derecho a la estabilidad laboral reforzada¹⁹"

Atendiendo cada uno de los parámetros bosquejados, en concordancia con la historia clínica aportada, los diagnósticos referenciados no determinan según lo plasmado en discapacidad, disminución física, síquica o sensorial en un grado relevante y/o afecte gravemente en su salud; que obstaculice importantemente en el desempeño de sus labores, temiendo ser discriminada por esa circunstancia.

Sumado a lo dicho, rememora el despacho que las razones que llevaron a la desvinculación de la actora fueron por la provisión del cargo en propiedad de TÉCNICO ADMINISTRATIVO CÓDIGO 367, GRADO 2, CÓDIGO OPEC No. 64605 DE LA ALCALDÍA MUNICIPAL DE CIÉNAGA, obedeciendo a la CONVOCATORIA No. 909 DE 2018 - MUNICIPIOS PRIORIZADOS PARA EL POST- CONFLICTO, misma convocatoria que de acuerdo a lo revelado por la accionada COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, no se encuentra en la base de datos que la actora se haya inscrito.

Puestas, así las cosas, **resulta improcedente** el amparo constitucional por no cumplir con el requisito de subsidiariedad y no acreditarse su procedencia excepcional, por lo tanto, la accionante debe acudir ante el Juez Contencioso Administrativo para la resolución de su conflicto.

3.3.4. Por último, la pretensión encaminada a verificar la legalidad de su nombramiento en provisionalidad Decreto 184 del 4 de enero de 2010, donde la homologaron como técnica grado 2 código 367, tampoco puede ser objeto de pronunciamiento sobre su legalidad, además de la existencia de la acción judicial para ello, por el tiempo transcurrido que infringe la INMEDIATEZ como presupuesto del uso de la acción de tutela en forma excepcional.

¹⁹ Sentencia T-277 del 2020 M.P. ALBERTO ROJAS RÍOS

Referencia: Acción de tutela Rad. N° 47-189-31-53-002-2023-00017-00.

Accionante: MERY DE JESÚS FERNÁNDEZ GALVÁN

Accionado: ALCALDÍA MUNICIPAL DE CIÉNAGA Y COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

Vinculados: SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DE CIÉNAGA Y OTROS.

3.4. En consecuencia, al no encontrarse acreditado el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela, y al no subsumirse el *sub judice* en un condición especial de estabilidad laboral reforzada, carece de toda facultad el o la Juez/a de Tutela, para pronunciarse sobre los derechos invocados por la tutelante, siendo el medio procesal indicado el escenario dispuesto por el legislador para discutir este tipo de pretensiones ante su juez natural -JUEZ DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

En razón a lo expuesto, **EL JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE CIÉNAGA - MAGDALENA**, administrando justicia en nombre de la República y por mandato constitucional y legal,

IV. RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE el amparo solicitado por MERY DE JESÚS FERNÁNDEZ GALVÁN contra COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y la ALCALDÍA MUNICIPAL DE CIÉNAGA, conforme a lo explicado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Notifíquese este pronunciamiento a las partes por el medio más expedito posible y, de no ser impugnada, remítase el cuaderno a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

TERCERO: ADVIÉRTASE a los sujetos procesales que cualquier comunicación o acto procesal relacionado con este trámite, será recepcionado en el correo institucional: j02cctocienaga@cendoj.ramajudicial.gov.co, acatando las medidas transitorias de salubridad públicas, acatando lo dispuesto en la ley 2213 de 2022.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Firma electrónica

ANDREA CAROLINA SOLANO GARCÍA

Jueza

Firmado Por:

Andrea Carolina Solano Garcia

Juez

Juzgado De Circuito

Civil 002

Cienaga - Magdalena

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **48b237831bb72bc1418c47a5bc90962312866f68282dcd32b44e861fc5e75f3**

Documento generado en 23/05/2023 09:16:08 PM

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