

REPUBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR



JUZGADO CUARTO DE FAMILIA DE CARTAGENA
Cartagena de Indias, once (11) de noviembre de dos mil veinte (2020)

REFERENCIA	ACCIÓN DE TUTELA
EXPEDIENTE.	No 13-001-31-10-004-2020-00297-00
ACCIONANTE	SIRGEVIL DE ÁVILA BERRÍO
ACCIONADA	GOBERNACIÓN DE BOLÍVAR ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES. COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL-SALA CIVIL

Procede el Despacho a proferir fallo de primera instancia dentro de la Acción de tutela incoada, por el señor **SIRGEVIL DE ÁVILA BERRÍO**, en contra de la **GOBERNACIÓN DE BOLÍVAR**, **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a su pensión de vejez, seguridad social, al trabajo en condiciones dignas, la salud, al debido proceso y los derechos que le asisten por ser persona de especial protección constitucional en la función pública.

ANTECEDENTES

Manifiesta el accionante, señor **SIRGEVIL DE ÁVILA BERRÍO**, que mediante Resolución No. SUB 101666 del 16 de junio de 2017, **COLPENSIONES** le reconoció su pensión de vejez, que ante información de la **GOBERNACIÓN DE BOLÍVAR- TALENTO HUMANO** sobre el reconocimiento de su pensión y que el ingreso a nómina se encontraba suspendido una vez acreditara el acto administrativo de retiro del servicio, y que debía informar si su intención era seguir laborando u optar por el retiro del servicio, a lo que contestó en fecha 2 de agosto de 2017, que su intención era seguir prestando sus servicios. Que la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**, en fecha 10 de octubre de 2019 mediante circular No. 2019100000017 dispuso los lineamientos a la **GOBERNACIÓN DE BOLÍVAR** y demás empleadores oficiales para el cumplimiento del art. 263 de la Ley 1955 de 2019, es decir, provisión de cargos de carrera administrativa para los funcionarios próximos a la vinculación a nómina de pensionados y que se encuentren nombrados en provisionalidad. Que mediante Decreto No. 346 del 21 de agosto de 2020 la **GOBERNACIÓN DE BOLÍVAR** lo declaró insubsistente el nombramiento provisional de AUXILIAR ADMINISTRATIVO Código 407 Grado 11 y hace nombramiento en período de pruebas al señor **JHON JAIRO HOME GARCÍA**.

Solicita la accionante, se ordene la suspensión del Decreto 346 del 21 de agosto de 2020, hasta tanto sea incluido en la nómina de pensionados y le reconozcan pensión de vejez según la Resolución No. SUB 101666 del 16 de junio de 2017 de **COLPENSIONES**. Que se le conceda la acción afirmativa para la desvinculación del cargo provisional que ostentó hasta el 7 de octubre de 2020 y se actualicen las semanas cotizadas consignadas en la mencionada resolución hasta su inclusión en nómina de pensionados. Que se ordene a **COLPENSIONES** para que le incluya todas las semanas cotizadas, se le actualice su historia laboral, datos salariales, pensión de vejez e informe a la Gobernación de Bolívar la Resolución No. SUB 101666 del 16 de junio de 2017 de **COLPENSIONES**. Que se ordene a la **GOBERNACIÓN DE BOLÍVAR** para que cumpla con los lineamientos establecidos en la Circular No. 20191000000137 del 10 de octubre de 2019

La solicitud de esta tutela, fue admitida por auto de fecha 28 de octubre de 2020, notificándose a las partes, y solicitando a las entidades accionadas rindieran un informe sobre los hechos que dieron lugar a esta acción.

Se deja constancia, que con posterioridad a la admisión de esta acción de tutela, el accionante allegó anexos y nuevamente su escrito de tutela.

A esta acción de tutela fue vinculado el señor **JHON JAIRO HOME GARCÍA**.

Síntesis de la contestación de la demanda por parte de LA GOBERNACIÓN DE BOLÍVAR.

La encartada, a través de su Director Administrativo de Función Pública, da respuesta a la presente acción de tutela, manifestando en lo pertinente y relevante al caso en estudio, que la decisión administrativa fue expedida en cumplimiento de un acto administrativo debidamente ejecutoriado mediante el cual la CNSC conformó la lista de elegibles para proveer el período de prueba el empleo que desempeñaba el accionante, que su desvinculación se da por la aplicación de las reglas del sistema general de carrera administrativa, por lo que no existe transgresión de las garantías constitucionales que aduce vulneradas el accionante, por lo que no es la tutela la vía para revocar o derogar el acto administrativo. Que de igual manera el accionante no puede considerarse pre pensionable, pues completó el tiempo de cotización y cuenta con una pensión de vejez reconocida desde el año 2017, que cualquier escenario de desprotección es imputable al accionante. Que el accionante no tiene fuero de estabilidad laboral reforzada por contar con una pensión de vejez reconocida mediante Resolución SUB 101666 DEL 16 DE JUNIO DE 2017. Solicita la encartada, la declaración de improcedencia de esta acción de tutela, por falta del requisito de subsidiariedad, ya que cuenta el accionante con la justicia ordinaria.

Síntesis de la contestación por parte de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC-

A través de su asesor jurídico, la encartada manifiesta en su respuesta a esta acción de tutela, que no le asiste legitimación en la causa por pasiva, pues el requerimiento es ante el ente encargado de abordar la terminación del nombramiento provisional y su condición especial de pensionado, por lo que solicita la desvinculación de esta acción de tutela. En cuanto al accionante, manifiesta que verificado el aplicativo SIMO, éste no hace parte de la Convocatoria Territorial Norte, que el concurso de méritos 772 de 2018 se aprobó en Sala Plena el 9 de octubre de 2018, razón por la cual no le es aplicable la Ley 1955 de 2019 y en la Circular de la CNSC No. 2019100000097 del 28 de junio de 2019, en su numeral 4 señala que: "4.- Aplicación del Parágrafo 2º. Del art. 263 de la Ley 1955/19 respecto a los pre pensionados: La condición de pre pensionados provista en el art. 263 de la Ley 1955 de 2019 se refiere a causar el derecho a la pensión de jubilación, mas no al reconocimiento de la misma o a la inclusión en nómina del pensionado, situaciones que generan con posterioridad a la causación del derecho a pensión de jubilación.

Síntesis de la contestación por parte de COLPENSIONES

A través de la Directora de Acciones Constitucionales, la encartada **COLPENSIONES**, manifiesta que verificado el Sistema de información de esta entidad, se evidencia **Acto Administrativo SUB 101666 DEL 16 DE JUNIO DE 2017** por medio del cual se le reconoce una pensión de vejez en favor del accionante, también se evidencia acuso de recibo por parte de la **GOBERNACIÓN DE BOLÍVAR** de fecha 9 de agosto de 2017, señalando que el señor **SIRGEVIL DE ÁVILA BERRÍO** comunicó su deseo de seguir prestando sus servicios a la **GOBERNACIÓN DE BOLÍVAR**...que una vez el empleador sea comunicado del acto administrativo mediante el cual se reconoce la pensión de vejez con posterioridad al 05 de octubre de 2015, deberá informar a esa administradora la fecha a partir de la cual se efectuará la desvinculación laboral, radicando ante el punto de atención al ciudadano copia del acto administrativo de retiro del servicio o cualquier medio de prueba conducente a determinar la fecha del retiro del servidor. Que frente a la desvinculación que manifiesta el accionante y la petición de actualizar las semanas cotizadas desde la fecha de la Resolución SUB 101666 del 16 de junio de 2017, hasta la inclusión en nómina de pensionados, es una petición que es necesario que adelante la **GOBERNACIÓN DE BOLÍVAR**. Que lo pretendido por el accionante a través de esta vía es obtener su pensión vitalicia de vejez, sin perder su solución de continuidad, que resulta improcedente la acción de tutela, dado el carácter de esta. Por ello, solicita la declaratoria de improcedencia de esta acción de tutela.

Problema Jurídico.

Establecer la procedencia de la acción de tutela a efectos de suspender un acto administrativo.

CONSIDERACIONES

La Acción de Tutela fue consagrada por el Art. 86 de la Constitución Nacional, reglamentada por los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992 con el objetivo de proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos; por lo anterior, cualquier persona podrá solicitar esta acción, cuando considere que estos Derechos Fundamentales se encuentran de una u otra manera violentada o se encuentran amenazados por la acción u omisión de cualquier Autoridad Pública.

La acción de tutela es un instrumento jurídico que permite brindar a cualquier persona, sin mayores requisitos de orden formal, la protección específica e inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando de acuerdo con las circunstancias concretas de cada caso y a falta de otro medio de orden legal que permita el debido amparo de los derechos, éstos sean vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de una autoridad pública o de un particular en los términos que señale la ley.

Como ya se dijo, la pretensión del accionante está dirigida que, a través de este medio preferente y sumario, se le protejan sus derechos fundamentales a su pensión de vejez, seguridad social, al trabajo en condiciones dignas, la salud, al debido proceso y los derechos que le asisten por ser persona de especial protección constitucional en la función pública.

Este Despacho estima, en relación a los derechos fundamentales presuntamente conculcados, cuya protección pretende la parte actora, están inmersos en el ámbito de los fundamentales de aplicación inmediata, porque así lo determinó el constituyente de 1991 en la Carta Política; sin embargo, es del caso, en principio establecer la procedibilidad de la presente acción de tutela para los efectos perseguidos por el accionante, cual es la suspensión del Decreto 346 del 21 de agosto de 2020, el cual declara la insubsistencia en el cargo que venía ostentando en calidad de provisional, cargo que fue ofertado en concurso.

Establece el **Artículo 6º. Del Decreto 2591 de 1991** 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.*
2. *(...)*

De igual manera así lo ordena nuestra Constitución Nacional, en su artículo 86

Art. 86 C. N.

(...)

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

ARTÍCULO 74. CPACA

Por regla general, contra los actos definitivos procederán los siguientes recursos: 1. El de reposición, ante quien expidió la decisión para que la aclare, modifique, adicione o revoque.

2. El de apelación, para ante el inmediato superior administrativo o funcional con el mismo propósito. No habrá apelación de las decisiones de los Ministros, Directores de Departamento Administrativo, superintendentes y

representantes legales de las entidades descentralizadas ni de los directores u organismos superiores de los órganos constitucionales autónomos. Tampoco serán apelables aquellas decisiones proferidas por los representantes legales y jefes superiores de las entidades y organismos del nivel territorial.

3. El de queja, cuando se rechace el de apelación. El recurso de queja es facultativo y podrá interponerse directamente ante el superior del funcionario que dictó la decisión, mediante escrito al que deberá acompañarse copia de la providencia que haya negado el recurso. De este recurso se podrá hacer uso dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la decisión. Recibido el escrito, el superior ordenará inmediatamente la remisión del expediente, y decidirá lo que sea del caso

ARTÍCULO 138. CPACA

Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior. Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel.

ARTÍCULO 229 CPACA

En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo. La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.

PARÁGRAFO. Las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos y en los procesos de tutela del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se regirán por lo dispuesto en este capítulo y podrán ser decretadas de oficio.

En el caso que nos ocupa, cuenta el accionante con sesenta y cinco años de edad, además ostenta el reconocimiento de su pensión de vejez, mediante la Resolución SUB 101666 DEL 16 DE JUNIO DE 2017, que éste venía desempeñando un cargo en la **GOBERNACIÓN DE BOLÍVAR** en provisionalidad, cuyo cargo fue ofertado mediante la **CONVOCATORIA TERRITORIAL NORTE**; no menciona el accionante si concursó para el cargo, sin embargo, la **CNSC** en su contestación manifiesta que revisado el aplicativo SIMO, el accionante no hace parte de dicha convocatoria.

Si bien el accionante manifestó su querer continuar laborando, luego de haberse dado el reconocimiento de su pensión de vejez, no puede tenerse a éste como un pre pensionado, dado que ya le fue reconocida su pensión de vejez y el cargo que desempeñaba era en provisionalidad, lo que indica que el mismo se encontraba vacante, para la fecha de la convocatoria **CONCURSO DE MÉRITO 772 DE 2018**.

Se ampara el accionante en su fuero de pre pensionado, por lo que es del caso referirnos al criterio de la Corte Constitucional sobre este concepto.

Sentencia SU003/18

Acreditan la condición de “prepensionables” las personas vinculadas laboralmente al sector público o privado, que están próximas (dentro de los 3 años siguientes) a acreditar los dos requisitos necesarios para obtener la pensión de vejez (la edad y el número de semanas -o tiempo de servicio- requerido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o el capital necesario en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad) y consolidar así su derecho a la pensión.

...

Conforme a los pronunciamientos de las distintas Salas de Revisión de esta Corte^[54], la figura de la “prepensión” es diferente a la del denominado “retén social”, figura de origen legal, que opera en el contexto de la renovación, reestructuración o liquidación de entidades públicas^[55]. La “prepensión”, según la jurisprudencia de unificación de esta Corte, se ha entendido en los siguientes términos:

“[...] en la jurisprudencia constitucional se ha entendido que las personas beneficiarias de la protección especial, es decir los prepensionados, serán aquellos servidores que cumplan con los requisitos para acceder a la pensión

de jubilación o de vejez dentro de los tres años siguientes o, en otras palabras, aquellos a los que les falte tres años o menos para cumplir los requisitos que les permitirían acceder a la pensión de jubilación o vejez”^l.

Así las cosas, en principio, acreditan la condición de “prepensionables” las personas vinculadas laboralmente al sector público o privado, que están próximas (dentro de los 3 años siguientes) a acreditar los dos requisitos necesarios para obtener la pensión de vejez (la edad y el número de semanas -o tiempo de servicio- requerido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o el capital necesario en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad) y consolidar así su derecho a la pensión.

La “prepensión” protege la expectativa del trabajador de obtener su pensión de vejez, ante su posible frustración como consecuencia de una pérdida intempestiva del empleo. Por tanto, ampara la estabilidad en el cargo y la continuidad en la cotización efectiva al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, para consolidar los requisitos que le faltaren para acceder a su pensión de vejez.

En el caso que nos ocupa, no puede tenerse al accionante como pre pensionado, pues éste cumplió sus requisitos y le fue reconocida su pensión de vejez, no lo cobija tal fuero, y atendiendo que venía desempeñando un cargo en provisionalidad, no existe vulneración al debido proceso, al ofertar el mismo mediante concurso de mérito 772 de 2018, y al no participar en igualdad de condiciones a los otros participantes, y quedar en la lista de elegibles, debía ser provisto dicho cargo atendiendo los resultados de dicha lista. Así las cosas, no encuentra el Despacho vulneración al debido proceso.

En cuanto a la subsidiariedad como elemento para la prosperidad de la acción de tutela, la Corte Constitucional se ha referido a ello, y es del caso traer a colación lo dicho en apartes de una de sus sentencias, en apoyo a nuestra decisión.

Sentencia T-264/18

La Constitución Política dispone que la acción de tutela “solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. En desarrollo de esta norma, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 estableció que “la existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.” En ese sentido, no se trata de un análisis de existencia formal sino material en virtud del cual se debe determinar si, en las circunstancias del caso concreto, el mecanismo existente resulta idóneo, es decir, que es materialmente apto para producir el efecto protector de los derechos fundamentales, y efectivo, esto es, que está diseñada para brindar una protección oportuna a los derechos amenazados o vulnerados. En consecuencia, en el presente caso se debe analizar la existencia, idoneidad y eficacia de otros mecanismos para la defensa judicial del accionante.

Al respecto se debe tener en cuenta que los actos administrativos de carácter particular y concreto pueden ser controvertidos con otros mecanismos, tanto administrativos como judiciales, para conseguir la protección de los derechos fundamentales, principalmente al debido proceso. Tal es el caso también de los actos administrativos proferidos en el marco de un proceso de responsabilidad fiscal, puesto que, como lo ha señalado esta Corte, “la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se constituye en un mecanismo judicial idóneo para garantizar la protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados por un órgano de control, más aún cuando en esa instancia se puede solicitar y obtener la suspensión provisional de ciertos actos administrativos desde el momento mismo de la admisión de la demanda. Al respecto esta Corporación, en varias oportunidades, ha precisado que la suspensión provisional es un mecanismo no menos importante y efectivo que la acción de tutela, el cual se concibe como medida cautelar cuando una entidad vulnera en forma manifiesta los derechos del administrado.”

Así, la vía gubernativa o la vía judicial ordinaria constituyen medios idóneos para la defensa de los derechos fundamentales con ocasión de procedimientos administrativos, no así la acción de tutela. En consecuencia, la Corte ha considerado que, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, la acción de tutela resulta improcedente contra este tipo de actos.

Lo mismo ocurre con los actos administrativos de trámite. En efecto, comoquiera que ellos “se limitan a ordenar que se adelante una actuación administrativa dispuesta por la ley, de manera oficiosa por la administración, en ejercicio del derecho de petición de un particular o cuando éste actúa en cumplimiento de un deber legal”, tampoco son controvertibles por la vía de la acción de tutela.

Con ello se pretende evitar “(i) que se desfigure el papel institucional de la acción de tutela como mecanismo subsidiario para la protección de los derechos fundamentales, (ii) que se niegue el papel primordial que debe cumplir el juez ordinario en idéntica tarea, como quiera que es sobre todo éste quien tiene el deber constitucional de garantizar el principio de eficacia de los derechos fundamentales (artículo 2 Superior) y (iii) que se abran las puertas para desconocer el derecho al debido proceso de las partes en contienda, mediante el desplazamiento de la garantía reforzada en que consisten los procedimientos ordinarios ante la subversión del juez natural (juez

especializado) y la transformación de los procesos ordinarios que son por regla general procesos de conocimiento (no sumarios)."

"De manera que esta Corporación ha señalado que, solo de manera excepcional, podrá ser procedente la acción de tutela contra los actos administrativos de trámite. Para ello, sin embargo, no basta que se alegue cualquier irregularidad dentro del proceso, "pues para que ello opere la misma debe ser de tal magnitud que comprometa de forma sustancial un derecho fundamental y trascienda negativamente en el enfoque de la decisión final".

Corresponderá entonces al juez de tutela "examinar en cada caso concreto y según las especiales circunstancias que lo rodeen, si un determinado acto de trámite o preparatorio tiene la virtud de definir una situación especial y sustancial dentro de la actuación administrativa, que de alguna manera se proyecte en la decisión principal y, por consiguiente, sea susceptible de ocasionar la vulneración o amenaza de violación de un derecho constitucional fundamental, en cuyo caso, la tutela es procedente como mecanismo definitivo destinado a proteger un derecho fundamental vulnerado o amenazado por la acción de la administración."

Descendiendo al caso que nos ocupa, como quiera que corresponde al juez de tutela, el análisis de la eficacia de los otros medios de defensa judiciales, a efectos de establecer la excepcionalidad de la procedencia de la acción de tutela, cuando quiera que exista un perjuicio irremediable, sin embargo, el accionante no ha argumentado, ni probado el peligro inminente, para que de manera excepcional pueda proceder esta acción.

El accionante cuenta con la justicia ordinaria si siente que el acto administrativo emanado de la entidad empleadora le vulnera sus derechos, pues no es competencia del juez de tutela adentrarse en órbitas que no le corresponden, como es la de la suspensión del acto administrativo que declara la insubsistencia del cargo que desempeñaba y nombra en período de prueba al señor JHON JAIRO HOME GARCÍA.

Debido a lo expresado, no es procedente la acción de tutela, pues no puede perderse de vista la verdadera naturaleza de esta acción constitucional; y se reitera, que el accionante tiene la vía ordinaria y los mecanismos previstos en la ley para la defensa de sus derechos, por lo que se declarará la improcedencia de esta acción de tutela.

En razón y mérito de lo anteriormente expuesto, el Juzgado Cuarto de Familia de Cartagena, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

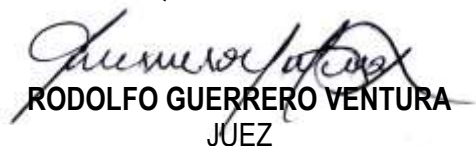
RESUELVE

PRIMERO: Declarar la improcedencia de la presente acción de tutela incoada por el Señor **SIRGEVIL DE ÁVILA BERRÍO** en contra de la **GOBERNACIÓN DE BOLÍVAR, LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL Y COLPENSIONES** por las razones esbozadas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Notifíquese la presente sentencia de conformidad con lo establecida en el articulado 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: En el evento de no ser impugnado este fallo, désele estricto cumplimiento, por Secretaría, a lo previsto en el artículo 31 del decreto 2591 de 1991

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


RODOLFO GUERRERO VENTURA
 JUEZ