

REPUBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE BOLIVAR
RAMA JUDICIAL



JUZGADO SEXTO DE FAMILIA

JUZGADO SEXTO DE FAMILIA DE CARTAGENA.- Cartagena de Indias, Febrero veintitrés (23) del dos mil veintiuno (2021).

Procede el Juzgado Sexto de Familia de Cartagena a pronunciarse respecto de la acción de tutela promovida por **MILTON RAFAEL MONTAÑO PÁJARO**¹, contra **CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL CANAL DEL DIQUE -CARDIQUE-** y **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**.

ANTECEDENTES

1. **MILTON RAFAEL MONTAÑO PÁJARO** formula acción de tutela, con el propósito que se le amparen sus derechos fundamentales de dignidad humana, debido proceso administrativo, de petición, trabajo en condiciones dignas y justas, al de acceso a la administración de justicia, presuntamente conculcados por la entidad accionada.

Como sustento de la acción, el despacho procede a resumir sucinta y explícitamente los reparos del accionante:

- Que el 14 de noviembre del 2020 el accionante presento ante el comité de convivencia laboral de CARDIQUE, queja por acoso y persecución laboral contra el señor MARIO ERNESTO GARCIA MARTINEZ, en su calidad de secretario general de dicha entidad.

- Afirma el accionante que en fecha 26 de agosto del 2020 y pese a haber presentado una recusación ante comité de convivencia laboral de CARDIQUE por acoso y persecución laboral, contra el Dr. MARIO ERNESTO GARCIA MARTINEZ, en la cual solicitó que este último se declarase impedido por enemistad grave, no lo hizo a pesar del material probatorio allegado, y el mismo procedió a efectuarle la Evaluación de Desempeño Laboral anual, en donde a dicho del accionante, de manera temeraria, en su criterio, le otorgó un puntaje del 38% sobre 100.

- Que el 8 de enero del 2021, como consecuencia de la situación plasmada en el hecho que antecede, el accionante formuló denuncia ante la Fiscalía General de la Nación contra MARIO ERNESTO GARCIA en calidad de secretario general de CARDIQUE, por el presunto delito de prevaricato por acción.

- Posteriormente, afirma haber formulado solicitud de recusación contra el Dr. Mario García, ante el director general de CARDIQUE, Dr. ANGELO BACCI HERNANDEZ, con el fin de que el primero se abstuviera de presentar la evaluación de desempeño laboral definitiva del accionante y que a la fecha de presentación de la suscrita acción constitucional no ha recibido respuesta formar al requerimiento elevado ante mencionado funcionario.

2. Una vez admitida la presente acción constitucional mediante auto del 17 de febrero del 2021, y surtidas las respectivas notificaciones, la **CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL CANAL DEL DIQUE -CARDIQUE-**, rindió su correspondiente informe, alegando básicamente que en este momento procesal no es posible suspender la realización o materialización de la evaluación del desempeño laboral definitiva y que el accionante cuenta a la fecha con los recursos de ley contemplados en el Decreto 760 del año 2005, amén de que el funcionario recusado actualmente ya no trabaja en dicha entidad.

¹ Y coadyuvada por señor WADID YEZID H. PAEZ CABALLERO, en su calidad de VEEDOR DE LA VEEDURIA JUDICIAL DE CARTAGENA -VEJUCA, tal como se indicó en providencia del 17 de febrero de 2021

Por otro lado, la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**, alega en su informe que existe una ausencia de legitimación en la causa por pasiva, dado que no es esta la entidad llamada a resolver el problema jurídico planteado por el accionante, sino CARDIQUE.

Cumplido lo anterior, pasa al Despacho la presente Acción de Tutela para resolver, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

1. La Constitución Política de Colombia no solo consagró en forma expresa un determinado número de derechos considerados como fundamentales ya antes reconocidos por organizaciones supranacionales, sino que además instituyó un mecanismo especial para brindarle protección jurídica a tales derechos cuando resulten violados o amenazados por la acción o la omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los casos determinados en la ley.

Dispone el artículo 86 de la Constitución Política:

“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

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.

2. El inciso 4º del artículo 86 Superior consagra el **principio de subsidiariedad** como requisito de procedencia de la acción de tutela y establece que “esta acción sólo 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”.

Del mismo modo, el numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, prevé que el amparo constitucional será improcedente, cuando existan otros medios de defensa judicial eficaces para resolver la situación particular en la que se encuentre el solicitante.

*En la **sentencia T-1008 de 2012**, esta Corporación estableció que, por regla general, la acción de tutela procede de manera subsidiaria y, por lo tanto, no constituye un medio alternativo o facultativo que permita complementar los mecanismos judiciales ordinarios establecidos por la ley. Adicionalmente, la Corte señaló que **no se puede abusar del amparo constitucional ni vaciar de competencia a la jurisdicción ordinaria, con el propósito de obtener un pronunciamiento más ágil y expedito**, toda vez que éste no ha sido consagrado para reemplazar los medios judiciales dispuestos por el Legislador para tales fines.*

*Posteriormente, en las **sentencias T-373 de 2015 y T-630 de 2015**, estableció que si existen otros mecanismos de defensa judicial que resulten idóneos y eficaces para solicitar la protección de los derechos que se **consideran amenazados o vulnerados, el afectado debe agotarlos de forma principal y no utilizar directamente la acción de tutela. En consecuencia, una persona que acude a la administración de justicia con el fin de que le sean protegidos sus derechos, no puede desconocer las acciones judiciales contempladas en el ordenamiento jurídico, ni pretender que el juez de tutela adopte decisiones paralelas a las del funcionario que debe conocer del asunto dentro del marco estructural de la administración de justicia.***

Ahora bien, en virtud de lo dispuesto en los artículos 86 Superior y 6º del Decreto 2591 de 1991, aunque exista un mecanismo ordinario que permita la protección de los derechos que se consideran vulnerados, existen algunas excepciones al principio de subsidiariedad que harían procedente la acción de tutela. La primera de ellas es que se compruebe que el mecanismo judicial ordinario diseñado por el Legislador no es idóneo ni eficaz para proteger los derechos fundamentales vulnerados o amenazados; y la segunda; que “siendo apto para conseguir la protección, en razón a la inminencia de un perjuicio irremediable, pierde su idoneidad para garantizar la eficacia de los postulados constitucionales, caso en el cual la Carta prevé la procedencia excepcional de la tutela”.

En el primer supuesto, la aptitud del medio de defensa ordinario debe ser analizada en cada caso concreto, en consideración a las características procesales del mecanismo y al derecho fundamental

involucrado. Entonces, un medio judicial excluye la procedencia de la acción de tutela, cuando salvaguarda de manera eficaz el derecho fundamental invocado.

*En relación con la idoneidad del recurso ordinario, esta Corporación en la **sentencia SU-961 de 1999** indicó que en cada caso, el juez de tutela debe evaluar y determinar si el mecanismo judicial al alcance del afectado puede otorgar una protección completa y eficaz, de no cumplirse con los mencionados presupuestos, el operador judicial puede conceder el amparo constitucional de forma definitiva o transitoria según las circunstancias particulares que se evalúen.*

En el mismo sentido, la **sentencia T-230 de 2013**, indicó que una de las formas para determinar que el mecanismo no es idóneo, se presenta cuando éste no ofrece una solución integral y no resuelve el conflicto en toda su dimensión. En consecuencia, la aptitud del medio debe analizarse en cada caso concreto y en su estudio se considerarán: (i) las características del procedimiento; (ii) las circunstancias del peticionario y (iii) el derecho fundamental involucrado.

*De otra parte, en cuanto a la ocurrencia de un perjuicio irremediable, este Tribunal, en la **sentencia T-225 de 1993**, señaló que de acuerdo con el inciso 3º del artículo 86 Superior, aquel se presenta cuando existe un menoscabo moral o material injustificado que es irreparable, debido a que el bien jurídicamente protegido se deteriora hasta el punto que ya no puede ser recuperado en su integridad.*

*Adicionalmente, en la **sentencia T-808 de 2010**, reiterada en la **T-956 de 2014**, la Corte estableció que se debe tener en cuenta la presencia de varios elementos para determinar el carácter irremediable del perjuicio.*

En primer lugar, estableció que el daño debe ser **inminente**, es decir que está por suceder en un tiempo cercano, a diferencia de la mera expectativa ante un posible menoscabo. Este presupuesto exige la acreditación probatoria de la ocurrencia de la lesión en un corto plazo que justifique la intervención del juez constitucional. Es importante resaltar que la inminencia no implica necesariamente que el detrimento en los derechos este consumado. Así mismo, indicó que las medidas que se debían tomar para conjurar el perjuicio irremediable deben ser **urgentes y precisas** ante la posibilidad de un daño **grave** evaluado por la intensidad del menoscabo material a los derechos fundamentales de una persona. En esa oportunidad, la Corte señaló que la gravedad del daño depende de la importancia que el orden jurídico le concede a determinados bienes bajo su protección.

Finalmente estableció que la acción de tutela debe ser **impostergable** para que la actuación de las autoridades y de los particulares sea eficaz y pueda asegurar la debida protección de los derechos comprometidos.

Es importante resaltar que, si bien una de las características de la acción de tutela es su carácter informal, La Corte Constitucional ha hecho especial énfasis en la necesidad de que los jueces de tutela corroboren los hechos que dan cuenta de la vulneración del derecho fundamental. En este sentido, la **sentencia T-702 de 2000** determinó que los jueces no pueden conceder una tutela si no existe prueba de la transgresión o amenaza del derecho fundamental que requiera el amparo constitucional en un proceso preferente y sumario.

En el mismo sentido, la Ley 909 de 2004, en su artículo 41, Literal a), mantuvo como causal de retiro la declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa. El criterio jurisprudencial en relación con la facultad de la administración de proceder a declarar el retiro del empleado, cuando su evaluación del desempeño laboral resulta insatisfactoria. En términos generales, esta causal de retiro del servicio ha permanecido con el paso del tiempo. La jurisprudencia se ha ocupado de precisar los cambios normativos en cuanto al procedimiento que debe surtirse para realizar la evaluación del desempeño laboral.

El primer punto a resaltar es que el derecho a la estabilidad de un empleado de carrera está condicionado a la eficiencia en el desempeño de las funciones del cargo, al cumplimiento de sus deberes y al acatamiento de las limitaciones impuestas por la Ley, el reglamento y el respectivo superior jerárquico. Por esta razón, la calificación de servicios constituye una herramienta para garantizar que, de una parte,

el servidor conserve los niveles de rendimiento, idoneidad profesional y calidad laboral y, por otro lado, la administración, a través de sus empleados, cumpla con los fines y las metas institucionales. (Ver Consejo de Estado, sentencias 05001-23-31-000-1996-02594-01(0168-12) de julio 5 de 2012, 25000-23-25-000-1997-07759-01(3148-01) de agosto 1 de 2002 y 05001-23-31-000-1997-03411-01(3250-00) de mayo 9 de 2002).

Por esto, resulta fundamental concertar de manera previa los objetivos sobre los cuales el evaluador realizará la calificación, que debe atender a parámetros imparciales, cuantificables y verificables. En efecto, la calificación además de indicar la valoración numérica, debe indicar las razones que llevaron al evaluador a la cuantificación. Lo anterior permitirá una evaluación objetiva y fundada en principios de equidad con lo que además, se evitan violaciones al debido proceso. (Ver Consejo de Estado, sentencias 25000-23-25-000-1998-00908-01(2422-00) de marzo 14 de 2002, 20001-23-21-000-2000-0062-01(2193-01) de septiembre 12 de 2002, 05001-23-31-000-2000-03550-01(2439-05) de noviembre 30 de 2006, 05001-23-31-000-1999-03276-01(0002-10) de mayo 17 de 2012).

En lo que respecta a esta causal de retiro del servicio, la jurisprudencia de la misma Corte Constitucional ha establecido la obligación de motivar el acto administrativo de insubsistencia de los empleados de carrera. La Corte Constitucional ha señalado en reiteradas oportunidades que, por regla general, la acción de tutela no es el mecanismo judicial adecuado para solicitar el reintegro al cargo y la indemnización de perjuicios generados como consecuencia de un acto administrativo de desvinculación no motivado de un empleado público que ocupa un cargo de carrera ejercido en provisionalidad, pues para controvertir dicho acto se cuenta con otros medios de defensa judicial, como la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, instaurada ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Sobre el particular, en Sentencia T-343 de 2001, se indicó:

“La acción de nulidad y restablecimiento del derecho, es el instrumento jurídico específico que puede utilizar el actor para solicitar de la Jurisdicción Contencioso Administrativo la declaratoria de nulidad del acto administrativo; esto es, para plantear su pretensión orientada a la pérdida de su eficacia jurídica por la ocurrencia de un vicio que afecta su validez (ilegalidad, incompetencia, forma irregular, etc..) y que, en consecuencia, se le restablezca en su derecho o se le repare el daño.

Esta acción tiene por objeto la protección directa de los derechos subjetivos de la persona amparados en una norma jurídica y desconocidos por el acto administrativo. En ella se le brindan al actor todas las posibilidades probatorias para que demuestre la ilicitud del acto acusado y logre que se le restablezca en su derecho o se le repare el daño”.

Esta regla tiene dos excepciones, que se presentan cuando la acción de tutela es interpuesta como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable o cuando la desvinculación constituya una vulneración a la estabilidad laboral reforzada de un sujeto de especial protección constitucional², que justifique la intervención inmediata del juez de tutela. Esta Corporación ha señalado los siguientes criterios de análisis para la procedibilidad de la acción de tutela en estos casos:

“La facultad de ejercer las acciones contencioso administrativas, acompañada de la posibilidad de solicitar que se decrete la suspensión provisional del acto impugnado, hace más cuidadoso y exigente el examen frente al evento de conceder la tutela como mecanismo transitorio, pues la persona interesada además de contar con un mecanismo de defensa judicial ordinario, tiene a su favor el derecho de formular una petición excepcional, eficaz y de pronta solución, como la de suspensión temporal del acto”³.

Ahora, volviendo al caso que ocupa el estudio de esta sede judicial, es evidente que la suscrita acción constitucional no cumple con el requisito de subsidiariedad, teniendo en cuenta que a la fecha el accionante cuenta con los recursos de ley contemplados en el artículo 35 del Decreto 760 del 2005, como lo son los recursos de reposición y apelación, ante su inmediato superior, considerando que su calificación se produjo con violación de las normas legales o reglamentarias que las regulan, debe señalar este estrado, que de conformidad a lo planteado por el director general de la entidad accionada, el Dr. MARIO

² Sentencia T-1256 de 2008.

³ Sentencia T-467 de 2006.

ERNESTO GARCIA, antiguo superior inmediato del accionante, presentó su renuncia voluntaria el pasado 15 de febrero de la presente anualidad, por lo que, no existen dudas para este estrado judicial de que las garantías y derechos del accionante serán garantizadas, al momento de hacer uso de los recursos que la ley dispone, por lo que no puede pretender acudir al amparo judicial cuando todavía no se evidencia que se haya agotado la vía ordinaria. En este orden de ideas, no está probado que el perjuicio causado por la declaratoria de insubsistencia sea grave, inminente, impostergable y que requiera de medidas urgentes para evitarlo. Tampoco que se trata de un sujeto de especial protección constitucional. De suerte que la acción de tutela es también improcedente como mecanismo transitorio⁴. En otras palabras, es evidente que la suscrita acción constitucional no cumple con el requisito de subsidiariedad, tornándose meramente improcedente, de conformidad a los argumentos desplegados con anterioridad.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Sexto de Familia de Cartagena, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley

RESUELVE

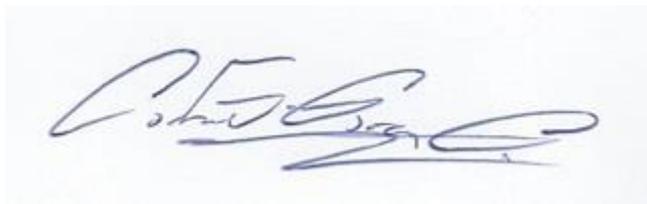
PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la presente acción de tutela impetrada por **MILTON RAFAEL MONTAÑO PÁJARO**, contra **CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL CANAL DEL DIQUE - CARDIQUE-** y **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**, conforme a las consideraciones de tipo legal y constitucional desplegadas en el cuerpo del presente fallo.

SEGUNDO: En caso de no ser impugnado este fallo, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

TERCERO: Comuníquese esta decisión a las partes por el medio más expedito.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

El Señor Juez,



CARLOS EDUARDO GARCÍA GRANADOS.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-205/09