



Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico
Juzgado Promiscuo Municipal de Sabanagrande Atlántico

Sabanagrande, 20 de noviembre de dos mil veinte (2.020)

Proceso	ACCIÓN DE TUTELA
Actuación	FALLO DE TUTELA
Radicado	086344089001-2020-00226-00.
Accionante	RAFAEL ALBERTO YEPES MERCADO
Accionado	ALCALDÍA MUNICIPAL DE SABANAGRANDE

I.- ASUNTO A DECIDIR

Procede el despacho a resolver la acción de tutela promovida por la parte accionante por considerar vulnerados sus derechos fundamentales los derechos fundamentales al mínimo vital, dignidad humana, estabilidad laboral reforzada, y seguridad social.

II.- ACONTECER FÁCTICO

El accionante, realizó en el escrito de tutela las siguientes precisiones:

1. Laboro en la entidad ALCALDÍA MUNICIPAL DE SABANAGRANDE-ATLANTICO SECRETARIA GENERAL Y DE GOBIERNO, TALENTO HUMANO NIT.890115982-1., en el cargo de Auxiliar Administrativo, código, 407, grado 20; OPEC N.691 37.
2. Ha venido trabajando por más de diez años, como hace constar en las certificaciones anexas expedidas por la ALCALDÍA MUNICIPAL DE SABANAGRANDE SECRETARIA GENERAL Y DE GOBIERNO TALENTO HUMANO NIT.890115982-1.
3. El pasado 2 de septiembre del presente año, mediante oficio N.THS-160-199-20 se le notificó la insubsistencia en el cargo que venía desempeñando y que lo ejercería hasta el pasado 30 de octubre del presente año, por lo que debería hacer entrega formal, efectuando el respectivo inventario de muebles e inmuebles para debida funcionalidad del cargo al señor JORGE LUIS SILVERA DOMINGUEZ, quien agotó las etapas del concurso de mérito, saliendo en las listas elegibles para proveer dicho cargo
4. Afirma que es un adulto mayor, quien se encuentra en condiciones óptimas para seguir laborando para esta entidad con el mismo entusiasmo que desde un principio mostré y he sentido por la misma.
5. Señala que depende económicamente de este trabajo, no cuenta con ayuda de alguien más para subsistir, estoy próximo a pensionarme y la decisión de la entidad accionada va en contravía de disposiciones constitucionales neurálgicas como son el mínimo vital, la dignidad humana.
6. Su salario es la única fuente de ingresos disponibles y no cuento con un patrimonio que me permite financiar los gastos necesarios para satisfacer mis necesidades básicas, las consecuencias de la privación de mi salario persisten en el tiempo, hasta tanto sea incluido en nómina de pensionado o reintegrado a mi cargo. De modo que los efectos del acto administrativo de desvinculación siguen siendo vigentes, mientras la carencia de ingresos económicos a favor subsista y en consecuencia permanezca la imposibilidad de adquirir los bienes y servicios necesarios para vivir dignamente.

Con base en los hechos anteriormente narrados, Solicita QUE SE ORDENE a la ALCALDÍA MUNICIPAL DE SABANAGRANDE SECRETARIA GENERAL Y DE GOBIERNO, TALENTO HUMANO NIT.890115982-1 hacer el reintegro del cargo en el cual se encontraba laborando por las razones anteriormente señaladas.

III.- ACTUACIÓN PROCESAL

La acción de tutela fue admitida el 06 de noviembre de 2020, ordenándose en el auto admisorio notificar como tercero con interés al MINISTERIO DE TRABAJO, CNSC, DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA, y a JORGE LUIS SILVERA DOMÍNGUEZ.



**Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico
Juzgado Promiscuo Municipal de Sabanagrande Atlántico**

INTERVENCIÓN DE LA PARTE ACCIONADA Y LAS ENTIDADES VINCULADAS

ALCALDÍA MUNICIPAL DE SABANAGRANDE

GUSTAVO DE LA ROSA BERDEJO, en condición de Alcalde Municipal de Sabanagrande, Atlántico, SEÑALÓ:

1. Señor Juez, en referencia a los hechos que dieron origen a la presente Acción de Tutela radicada, informamos que el municipio de Sabanagrande no tiene, en la actualidad, injerencia alguna. En el proceso de selección No. 753 de 2018 para el cargo identificado con la OPEC 69137 de la entidad ALCALDÍA MUNICIPAL DE SABANAGRANDE (ATLÁNTICO), el cual es de exclusiva competencia de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, y de su colaboradora UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA.
2. Dentro de dicho concurso, el accionante ha ejercido en debida forma su Derecho de contradicción y defensa, lo cual se demuestra con los hechos narrados, donde se evidencia, que, no ha existido violación alguna al debido proceso.
3. La acción de tutela, NO es el medio idóneo para atacar el acto administrativo de insubsistencia, pues para ello, existe el proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, al cual, si es su deseo, deberá acudir, para que sea el Juez Administrativo, quien defina la presente controversia jurídica.
4. Queda claro su Señoría, que las peticiones elevadas ante su despacho, que tiene la intención de que el MUNICIPIO DE SABANAGRANDE, modifique las condiciones actuales del concurso, y los requisitos para acceder a los cargos ofertados, escapan de la esfera de competencia de este ente territorial, y quien debería ser requerido en ese sentido sería la CNSC, quién como ya se ha advertido y corroborado, tampoco puede hacerlo por las razones ya expuestas.
5. Por todo lo anterior, de manera respetuosa solicito, a su Señoría, desvincular al Municipio de Sabanagrande de la presente acción de tutela, ya que no se tiene injerencia en dicho asunto. Así mismo solicito, se declare la presente acción Constitucional, IMPROCEDENTE, pues sobran las razones fácticas y de orden legal para ello, toda vez que no se han transgredido ningunos de los derechos esgrimidos, por parte del accionante.

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

ARMANDO LÓPEZ CORTES, en calidad de Director Jurídico del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA, señaló:

Sea lo primero señalar que el Departamento Administrativo de la Función Pública no tiene injerencia alguna en los hechos que originan la presente tutela, ni ha vulnerado derecho fundamental ninguno del accionante, en tanto que no administra ni vigila el sistema general de carrera administrativa, ni tiene a su cargo el registro público de empleados inscritos en el escalafón de la carrera administrativa -labor que corresponde exclusivamente a la CNSC-; ni retiró del servicio del aquí accionante, ni tienen la posibilidad de reintegrarla al cargo, que detentaba provisionalmente en la planta de personal de la Alcaldía Municipal de Sabanagrande. En efecto, de conformidad con los artículos 11, 34, 35 y 54 de la Ley 909 de 2004, la Comisión Nacional del Servicio Civil es la entidad responsable de administrar, organizar y actualizar el Registro Público de servidores públicos inscritos en el sistema general de carrera, aplicable al personal que presta sus servicios en la Alcaldía Municipal de Sabanagrande, veamos: “ARTÍCULO 11. FUNCIONES DE LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL RELACIONADAS CON LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA CARRERA ADMINISTRATIVA. En ejercicio de las atribuciones relacionadas con la responsabilidad de la administración de la carrera administrativa, la Comisión Nacional del Servicio Civil ejercerá las siguientes funciones: (...) g) Administrar, organizar y actualizar el registro público de empleados inscritos en carrera administrativa y expedir las certificaciones correspondientes...”. “ARTÍCULO 34. REGISTRO PÚBLICO DE CARRERA ADMINISTRATIVA. El Registro Público de la Carrera Administrativa estará conformado por todos los empleados actualmente inscritos o que se llegaren a inscribir,



Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico
Juzgado Promiscuo Municipal de Sabanagrande Atlántico

con los datos que establezca el reglamento. El control, la administración, organización y actualización de este Registro Público corresponderá a la Comisión Nacional del Servicio Civil, para lo cual podrá contar con el apoyo técnico, instrumental y logístico del Departamento Administrativo de la Función Pública...”. “ARTÍCULO 35. NOTIFICACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN Y ACTUALIZACIÓN EN CARRERA. La notificación de la inscripción y de la actualización en la carrera administrativa se cumplirá con la anotación en el Registro Público. La decisión de la Comisión Nacional del Servicio Civil que niegue la inscripción o la actualización en el Registro Público de Carrera Administrativa se efectuará mediante resolución motivada, la cual se notificará personalmente al interesado, de acuerdo con el procedimiento establecido en el Código Contencioso Administrativo. Contra las anteriores decisiones procede el recurso de reposición, el cual se interpondrá, presentará, tramitará y decidirá de acuerdo con lo dispuesto en el citado Código”.

“ARTÍCULO 54. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. Mientras se expiden los decretos con fuerza de ley que desarrollen las facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República por el artículo 53, continuarán rigiendo las disposiciones legales y reglamentarias de carrera administrativa, vigentes al momento de la promulgación de esta ley. “Una vez entre en funcionamiento la Comisión Nacional del Servicio Civil, conformada en virtud de la presente ley, se encargará de continuar directamente o a través de sus delegados, las actuaciones que, en materia de carrera administrativa, hubieren iniciado la Comisión Nacional, las Comisiones Departamentales o del Distrito Capital del Servicio Civil, las Unidades de Personal y la Comisiones de Personal, a las cuales se refería la Ley 443 de 1998. Ordenará la inscripción en el Registro Público de Carrera Administrativa de aquellos funcionarios que habiendo cumplido con los requisitos no hayan sido inscritos por no estar conformada la Comisión Nacional del Servicio Civil...”.

Los hechos que originan la acción de tutela promovida por el señor RAFAEL ALBERTO YEPES MERCADO no intervino el Departamento Administrativo de la Función Pública, tal como se observa en los hechos del escrito introductorio, donde no se hace una sola mención o referencia al DAFP, razón de más para excluirlo del trámite tutelar y declarar su falta de legitimación material en la causa por pasiva. No obstante, lo anterior, teniendo en cuenta la situación particular del accionante de manera general sobre el tema en estudio, es preciso traer a colación lo expuesto por la Dirección Jurídica de este Departamento Administrativo mediante el Concepto marco No. 9 de 2018 “DESVINCULACIÓN DE PROVISIONALES EN SITUACIONES ESPECIALES PARA PROVEER EL CARGO CON QUIEN GANÓ LA PLAZA MEDIANTE CONCURSO DE MÉRITOS”, en el cual se concluye: “1. El concurso es el proceso que emprende la administración para garantizar una selección objetiva y transparente del aspirante a ocupar un cargo público. Su finalidad es identificar destrezas, aptitud, experiencia, idoneidad moral y condiciones de personalidad de los aspirantes al cargo con un fin específico: determinar su inclusión en la lista de aspirantes, al igual que fijar su ubicación en la misma.

Propuso las siguientes excepciones: FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA, EXISTENCIA DE MECANISMOS ORDINARIOS DE DEFENSA, INEXISTENCIA DE PERJUICIO IRREMEDIABLE.

Finalmente, requiere declarar probadas las excepciones propuestas, entre ellas la FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA, DENEGANDO la acción de tutela promovida por el señor RAFAEL ALBERTO YEPES MERCADO por carecer las



Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico
Juzgado Promiscuo Municipal de Sabanagrande Atlántico

alegaciones de fundamentos fácticos y jurídicos admisibles o, en su defecto, declarar su IMPROCEDENCIA.

COLFONDOS

BRANDON S. CORTES GALVIS, en mi condición de Apoderada Judicial de COLFONDOS S. ASEÑALÓ:

Me OPONGO a la prosperidad de la acción de tutela de la referencia, lo anterior en atención a que Colfondos S.A. no ha vulnerado derecho fundamental alguno de la accionante como a continuación entraré a demostrar.

SEA LO PRIMERO INFORMAR QUE LAS PRETENSIONES DEL ACCIONANTE DEL TRASLADO LAS CUALES ESTÁN ENCAMINADAS MERAMENTE A QUE SE DIRIMA UN CONFLICTO PRESENTADO ENTRE EL ACCIONANTE Y SU EMPLEADOR.

Indicó igualmente:

PRIMERO: El señor RAFAEL ALBERTO YEPES MERCADO, se encuentra afiliado a esta administradora de pensiones

SEGUNDO: Colfondos S.A., procede a certificar que a la fecha el accionante cuenta con 1355,71 semanas cotizadas en esta AFP.

TERCERO: A la fecha esta administradora ha atendido todas las solicitudes. CUARTO: Conforme lo requerido por el H. despacho, esta administradora procede a informar que a la fecha no se evidencia tramite de solicitud de pensión, así mismo tampoco se han radicado documentos o solicitudes formales por parte de la accionante.

QUINTO: Las pretensiones están encaminadas al pago de las acreencias por parte de su empleador ninguna se relaciona con Colfondos S.A. Como bien lo ha señalado la H. Corte Constitucional, al mencionar: “Quien pretende la protección judicial de un derecho fundamental debe demostrar los supuestos fácticos en que se funda su pretensión, como quiera que es razonable sostener que quien conoce la manera exacta como se presentan los hechos y las consecuencias de los mismos, es quien padece el daño o la amenaza de afectación¹” En consecuencia, debe declararse la improcedencia de la acción de tutela y aplicar lo dispuesto en el artículo 26 del Decreto 2691 de 1991, que señala: “Artículo 26. Cesación de la actuación impugnada. Sí, estando en curso la tutela, se dictare resolución, administrativa o judicial, que revoque, detenga o suspenda la actuación impugnada, se declarará fundada la solicitud únicamente para efectos de indemnización y de costas, si fueren procedentes. El recurrente podrá desistir de la tutela, en cuyo caso se archivará el expediente.”

COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL CNSC

JHONATAN DANIEL ALEJANDRO SANCHEZ MURCIA, actuando en nombre y representación de la Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC, indicó al despacho:

Debe señalarse que las pretensiones acotadas por la accionante y que convocan la presente acción constatan que no es la CNSC la llamada a responder, toda vez que el requerimiento de la accionante vincula es a la Alcaldía Municipal De Sabanagrande Atlántico, como ente encargado para abordar la terminación de su nombramiento provisional y su condición de vulnerabilidad por su estado de salud y madre cabeza de hogar En ese orden de ideas, esta Comisión solicita ser desvinculada de la presente acción, ya 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 de la Alcaldía Municipal De Sabanagrande Atlántico, también lo es que esta Comisión no tiene competencia para administrar la planta de personal de dicha entidad, no tiene la facultad nominadora y tampoco tiene incidencia en la expedición de sus actos administrativos de terminaciones de nombramientos provisionales.

Improcedencia de la Acción de Tutela

☐ Principio de Subsidiariedad: la presente acción carece de requisitos constitucionales y legales necesarios para ser procedente, pues, la simple inconformidad de la accionante frente al proceso de selección no es excepcional (no existe perjuicio irremediable), pues, en últimas, la censura que se presenta hace referencia a la desvinculación que se genera una vez se proceda con los nombramientos en período de prueba de los elegibles que se encuentren en posición meritoria y una vez cumplidos los requisitos para la vinculación y la toma de posesión en el cargo, previstas en las normas legales y reglamentarias que se expidan para el efecto, el representante legal de la entidad tendrá diez (10) días hábiles para



Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico
Juzgado Promiscuo Municipal de Sabanagrande Atlántico

producir el acto administrativo de nombramiento en período de prueba, que tendrá una duración de seis (6) meses, situación que como ya se manifestó, busca el cumplimiento de un fin constitucionalmente legítimo.

- Inexistencia de un perjuicio irremediable: las personas nombradas en provisionalidad, que hacen parte de la planta de personal de la Alcaldía de Sabanagrande, podían inscribirse en igualdad de condiciones con todos los ciudadanos para aspirar a un empleo en el marco de la Convocatoria Territorial Norte, y tener así la posibilidad de ser nombrados mérito cráticamente en un empleo de carrera administrativa. Al respecto, el señor RAFAEL YEPES MERCADO, se inscribió con el ID 196511175 para el empleo denominado Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 20, número OPEC 69137 del Proceso de Selección 753 de 2018 de la Alcaldía de Sabanagrande que conforma la Convocatoria Territorial Norte, quien, en las pruebas de competencias básicas y funcionales, obtuvo un puntaje de 62.08 inferior al mínimo aprobatorio exigido de 65.00 puntos, razón por la cual NO continuó en el proceso de selección. Por lo tanto, resulta improcedente su solicitud frente a la presunta vulneración de los derechos fundamentales mencionados en la acción de tutela por parte del accionante, tan es así, que hizo uso de su derecho a presentar reclamación por los resultados obtenidos en las pruebas básicas y funcionales y la Universidad Libre como operador del concurso, dentro de los términos señalados procedió a resolver la reclamación de forma clara y de fondo. En ese sentido, se le ha resguardado al accionante el cumplimiento de normas que rigen el Proceso de Selección, en especial lo estipulado en el Acuerdo de Convocatoria, garantizando su derecho de defensa y contradicción en todo momento. A la luz de lo dicho en líneas precedentes, se puede colegir que el accionante no ha probado el perjuicio irremediable, toda vez que ha gozado de las mismas oportunidades que los participantes del proceso de selección y se evaluó bajo los mismos parámetros de los aspirantes dentro de su misma OPEC 69137, de tal manera no puede considerarse su inconformismo por la desvinculación del cargo que venía desempeñando en provisionalidad como daño irremediable, frente a la cual su estabilidad es relativa.

Frente a la desvinculación de provisionales en situaciones especiales y la aplicación de medidas afirmativas por parte de la entidad nominadora, el día 29 de agosto de 2018, en ejercicio de sus facultades el Departamento Administrativo de la Función Pública -DAFP-, expidió el Concepto Marco No. 09 de 2018, mediante el cual se desarrolla el tema atinente a la “DESVINCULACIÓN DE PROVISIONALES EN SITUACIONES ESPECIALES PARA PROVEER EL CARGO CON QUIEN GANÓ LA PLAZA MEDIANTE CONCURSO DE MÉRITOS”. En el mencionado concepto el DAFP hace mención al precedente jurisprudencial desarrollado por la Honorable Corte Constitucional con relación a la desvinculación de personal que ocupa un cargo de carrera administrativa mediante la figura de la provisionalidad, lo anterior como consecuencia de las listas de elegibles proferidas en el marco de un concurso abierto de méritos y principalmente en relación a aquellas personas en condiciones de especial vulnerabilidad. Al respecto, es preciso indicar que el precitado documento concluyó: “(...) 4. La estabilidad relativa que se le ha reconocido a los empleados provisionales que tienen una condición o protección especial como embarazadas, padres o madres cabeza de familia, limitados físicos, psíquicos o sensoriales y pre pensionados, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos. 5. De acuerdo con la sentencia de unificación de jurisprudencia SU-446 de 2011, la Corte Constitucional ha afirmado que cuando con fundamento en el principio del mérito (art. 125 C.P.) surja en cabeza del nominador la obligación de nombrar de la lista de elegibles a quien superó las etapas del concurso, en un cargo de carrera ocupado en provisionalidad por un sujeto de especial protección como los padres o madres cabeza de familia, limitados físicos, psíquicos o sensoriales y pre pensionados, en aplicación de medidas afirmativas dispuestas en la Constitución Política (art. 13 numeral 3º), y en la materialización del principio de solidaridad social (art. 95ibídem), se debe proceder con especial cuidado previendo dispositivos tendientes a no lesionar sus derechos. 6. Por ejemplo, de existir cargos vacantes similares o equivalentes a los que venían ocupando podrán ser vinculados de nuevo en provisionalidad en un cargo, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones, tanto para la época de su desvinculación, como en el momento del posible nombramiento. (...) 8. Por tanto, cuando la lista de elegibles elaborada como resultado de un proceso de selección esté conformada por un número menor de aspirantes al de empleos ofertados a proveer, la administración, antes de efectuar los respectivos nombramientos en período de prueba y retirar del servicio a los provisionales, deberá tener en cuenta el siguiente orden de protección generado por: Enfermedad



Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico
Juzgado Promiscuo Municipal de Sabanagrande Atlántico

catastrófica o algún tipo de discapacidad. Acreditar la condición de padre o madre cabeza de familia en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia. Ostentar la condición de pre pensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia. Tener la condición de empleado amparado con fuero sindical (...)” (Énfasis fuera del texto de origen.) De lo expuesto 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.

Conclusiones:

(i) la vinculación en provisionalidad no es un impedimento para la realización de proceso de selección, más aun teniendo en cuenta que, los provisionales pueden participar en igualdad de condiciones para ganar un cargo merito cráticamente, (ii) con las decisiones que se adopten en el marco de la acción de tutela se podría ver afectados los derechos de los otros participantes en el marco del proceso de selección, principalmente el principio de confianza legítima, el derecho a acceder a cargos públicos y el principios constitucional de mérito (iii) Indistintamente de la carga laboral que tengan los trabajadores en provisionalidad de la Alcaldía de Sabanagrande, no se le puede dar un trato preferencial, toda vez que todos los aspirantes están en igualdad de condiciones y se desconoce la carga laboral de otros aspirantes del concurso, como se dijo, con la inscripción los aspirantes aceptan la reglamentación del proceso de selección. Ahora bien, evaluados los hechos y pretensiones del accionante y como quiera que la CNSC no tiene competencia en la administración de plantas de personal, facultad de resorte exclusivo de la entidad territorial, que para el presente caso será la Alcaldía de Sabanagrande. En ese sentido, no es la CNSC la llamada a responder en este caso, advirtiendo que existe falta de Legitimación en la Causa por Pasiva, en ese sentido, se solicita la desvinculación de esta Comisión Nacional de la presente Acción de Tutela. Es así que, con fundamento en lo expuesto, se observa que las actuaciones adelantadas por la Universidad Libre, en su calidad de ente Operador del Proceso, y la CNSC, se encuentran ajustadas a derecho, y no existe vulneración de derechos al accionante.

DIRECCIÓN TERRITORIAL DEL ATLÁNTICO DEL MINISTERIO DEL TRABAJO

EDGARDO MANUEL GÓMEZ MANGA, en condición de asesor de la Dirección Territorial del Atlántico del Ministerio del Trabajo, señaló:

Analizado el contenido de la presente acción de tutela y las pretensiones de esta, podemos sintetizar, que el accionante considera que se le están vulnerando sus derechos fundamentales, a la Dignidad Humana, al Mínimo Vital, Estabilidad Laboral Reforzada y Seguridad Social, por parte de la ALCALDIA MUNICIPAL DE SABANAGRANDE, exponiendo que el 2 de septiembre del 2020, fue declarado Insuficiente, por parte de la mencionada Alcaldía, en el cargo que venía desempeñando ordenándole la entrega al señor Jorge Luis Silvera Domínguez, quien agoto las etapas del concurso de mérito, saliendo en la lista de elegibles para proveer dicho cargo.

Al respecto, le informo, que, este Ministerio, según lo establecido en el artículo 486 del Código Sustantivo del Trabajo, no tiene facultades para Declarar Derechos Individuales ni Decidir sobre Controversias Jurídicas, como las que están planteadas en la presente Acción de Tutela, quienes están facultados para Declarar esos Derechos y Decidir sobre las mencionadas Controversias, son los Jueces de La República; al no tener este Ministerio competencia alguna en este caso, considero, no estarle violando Ningún Derecho Fundamental al Accionante.

CONSIDERACIONES

Competencia.

El artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, en lo relativo a la competencia de los jueces para conocer de las acciones de tutela, textualmente dispone:

“Son competentes para conocer de la acción de tutela, a prevención, los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motivaren la presentación de la solicitud”.



Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico
Juzgado Promiscuo Municipal de Sabanagrande Atlántico

Lo anterior en armonía con lo consagrado en el numeral 1º del artículo 1º del Decreto 1983 de 2017, que reza:

“ARTÍCULO 2.2.3.1.2.1. REPARTO DE LA ACCIÓN DE TUTELA. Para los efectos previstos en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, conocerán de la acción de tutela, a prevención, los jueces con jurisdicción donde ocurriere la violación o la amenaza que motivare la presentación de la solicitud o donde se produjeran sus efectos, conforme a las siguientes reglas:

1. Las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier autoridad, **organismo o entidad pública del orden departamental, distrital o municipal** y contra particulares serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, a los Jueces Municipales.

La presente acción constitucional está dirigida contra un organismo o entidad pública del orden municipal, por lo que este Despacho es competente para conocer de la presente acción de tutela.

PRUEBAS Y ANEXOS RELEVANTES

ACCIONANTE:

- Comunicación remitida por la Alcaldía del 29 de octubre de 2020.
- Copia del Decreto 277 del 08 de octubre de 2020
- Certificación del mes de octubre de 2020.

ACCIONADA:

- No aportó.

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

No aportó copia ni anexos

COLFONDOS

Copia del Certificado de Existencia Y Representación Legal

CNSC

Resolución No. 10259 del 15 de octubre de 2020, que acredita la personería jurídica para intervenir en nombre de la CNSC
Acuerdo de convocatoria 20181000007186 del 13 de noviembre de 2018
Reporte de inscripción

Planteamiento del problema jurídico

El despacho, deberá establecer ¿si la Alcaldía Municipal de Sabanagrande, vulnera los derechos fundamentales alegados por el señor, ¿RAFAEL ALBERTO YEPES MERCADO, a raíz de la declaratoria de insubsistencia en el cargo de Auxiliar Administrativo, código, 407, grado 20, por el nombramiento de quien ocupó el primer lugar en el concurso de méritos celebrado para tal fin?

Para resolver el problema jurídico planteado, se abordará los siguientes temas:

1.PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA.

La acción de tutela, prevista por el artículo 86 de la Constitución Política es un mecanismo procesal específico y directo, cuyo objeto consiste en la efectiva protección concreta e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales en una determinada situación jurídica, cuando estos resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de una autoridad pública, o de un particular en las situaciones y bajo las condiciones determinadas específicamente en el Decreto 2591 de 1991. La finalidad última de esta acción constitucional es lograr que el Estado, a través de un pronunciamiento judicial, restablezca el derecho fundamental conculcado o impida que la amenaza se configure.



**Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico
Juzgado Promiscuo Municipal de Sabanagrande Atlántico**

Dentro de las características esenciales de esta acción se encuentran la subsidiariedad y la inmediatez, la primera, refiere a que tan solo resulta procedente instaurarla en subsidio o a falta de instrumento constitucional o legal diferente, susceptible de ser alegado ante los Jueces; esto es, cuando el afectado no disponga de otro medio judicial para su defensa, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable; la segunda a que la acción de tutela debe tratarse como mecanismo de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda de la efectividad concreta y actual del derecho objeto de la violación a amenaza.

2.DERECHOS FUNDAMENTALES DE QUIENES OCUPAN LOS PRIMEROS PUESTOS EN LOS CONCURSOS DE MÉRITOS DESARROLLADOS POR LAS ENTIDADES ESTATALES.

Ha sostenido la H. Corte Constitucional que las listas de elegibles que se conforman a partir de los puntajes asignados con ocasión de haber superado con éxito las diferentes etapas del concurso, son inmodificables una vez han sido publicadas y se encuentran en firme”, y en cuanto a que “aquel que ocupa el primer lugar en un concurso de méritos no cuenta con una simple expectativa de ser nombrado, sino que en realidad es titular de un derecho adquirido”. Para la Corte Constitucional, frustrar el derecho legítimo que tienen las personas seleccionadas en los procesos de concurso de méritos a ser nombradas en los cargos para los cuales concursaron, conlleva una violación de sus derechos al debido proceso, a la igualdad y al trabajo. En esa misma medida, precisó la Corte que tal curso de acción también “equivaldría a vulnerar el principio de la buena fe –Artículo 83 de la Carta- al defraudar la confianza de quien se sometió a las reglas establecidas para acceder a un cargo de carrera administrativa después de haber superado todas las pruebas necesarias para determinar que él había ocupado el primer lugar y, por contera, los derechos adquiridos en los términos del artículo 58 Superior.

En el asunto sub examine, se tiene que la Alcaldía Municipal de Sabanagrande Atlántico, debía garantizar el derecho de rango constitucional de acceder al derecho al empleo para quien ocupó el primer puesto en la lista de elegibles.

3. LA PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA SOLICITAR EL REINTEGRO LABORAL. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

La acción de tutela es un mecanismo creado para la protección inmediata de un derecho fundamental que se encuentra vulnerado o en riesgo de serlo. Sin embargo, es una herramienta residual que no puede reemplazar los medios judiciales ordinarios para resolver controversias jurídicas y se convierte en un instrumento supletorio cuando no se han empleado oportunamente dichos medios, salvo que no resulten idóneos ni eficaces para amparar las garantías constitucionales. Ahora bien, se puede utilizar como mecanismo transitorio de protección de derechos cuando se está ante un perjuicio irremediable que hace urgente la intervención del juez constitucional.

En cada caso en particular se deben tener en cuenta las condiciones particulares de la persona cuyo derecho está siendo presuntamente vulnerado, así como los supuestos fácticos que generaron la conducta vulneradora y la efectividad de los mecanismos ordinarios para proporcionar una garantía oportuna y eficaz en el momento de existir un desconocimiento de los derechos invocados. El hecho de existir un mecanismo de defensa judicial previsto en el ordenamiento jurídico para dirimir la controversia ante el juez constitucional, no es óbice para que el juez de tutela conozca del asunto si se requieren acciones urgentes.

En el caso específico de los reintegros laborales, la Corte ha establecido que la acción de tutela, por regla general, no es el mecanismo idóneo para ventilar controversias de esta naturaleza. Sobre este particular, la sentencia T-341 de 2009 indicó que “La jurisprudencia de esta corporación ha establecido que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para solicitar el reintegro laboral, sin miramientos a la causa que generó la terminación de la vinculación respectiva, al existir como mecanismos establecidos la jurisdicción ordinaria laboral o la contencioso administrativa, según la forma de vinculación del interesado, salvo que se trate de sujetos en condición de debilidad manifiesta, como aquéllos a quienes constitucionalmente se les protege con una estabilidad laboral reforzada”.



Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico
Juzgado Promiscuo Municipal de Sabanagrande Atlántico

En relación con las personas que gozan de una estabilidad laboral reforzada, la jurisprudencia constitucional ha considerado que estas son los menores de edad, los adultos mayores, las mujeres en estado de embarazo y los trabajadores discapacitados. No obstante, se ha establecido que las personas próximas a pensionarse pueden ser sujetos de especial protección constitucional cuando en los hechos presentados al juez de tutela se hace evidente que están en riesgo de sufrir una afectación a su mínimo vital o de causarse un perjuicio irremediable.

En la sentencia T-824 de 2014, la Corte analizó el caso del reintegro de un trabajador oficial que fue desvinculado por expiración del plazo presuntivo cuando estaba próximo a pensionarse, indicando lo siguiente: “Así bien, la jurisprudencia constitucional ha admitido, de manera excepcional, la procedencia de la tutela para ordenar reintegros laborales, siempre que el juez constitucional se percate de que el medio de defensa existente no resulta eficaz para la protección efectiva de los derechos fundamentales invocados. Ahí podrá, válidamente, garantizar la protección preeminente y efectiva de los derechos fundamentales, aceptando la procedencia de la acción de tutela y estará habilitado para conceder la protección constitucional de manera definitiva, si por la gravedad de las circunstancias del caso resulta ineficaz ventilar el debate ante la jurisdicción laboral”.

Asimismo, en la sentencia T-693 de 2015, esta Corporación estudió el caso de una persona de 62 años cuyo contrato de trabajo a término fijo no fue renovado por parte de la Empresa Social del Estado Pasto Salud a pesar de estar próxima a pensionarse. La Corte se manifestó sobre la procedencia de la acción de tutela así: “En innumerables oportunidades, las diferentes Salas de Revisión han precisado que cuando exista un conflicto de índole laboral que comprometa significativamente los derechos fundamentales de una persona de avanzada edad y, además, la acción ordinaria prevista jurídicamente para resolver el conflicto no garantice de manera oportuna y plena las prerrogativas constitucionales comprometidas; la acción de tutela es procedente”

4- ALCANCE DE LA FIGURA DE “PREPENSIONABLE”

Conforme a los pronunciamientos de las distintas Salas de Revisión de la Corte Constitucional, 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. La “prepensión”, según la jurisprudencia de unificación de dicha 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 pre pensionados, 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”. Así las cosas, en principio, acreditan la condición de “pre pensionables” 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. Igualmente, tal como lo ha considerado la Corte, en especial en relación con los cargos de libre nombramiento y remoción, en aquellos supuestos en los que solo resta el requisito de edad (dado que se acredita el número de semanas de cotización o el tiempo de servicio, en el caso del Régimen de Prima Media con Prestación Definida), no se ha considerado que la persona sea titular de la garantía de “prepensión”, en la medida en que la consolidación del derecho pensional no está sujeta a la realización de cotizaciones adicionales al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones. En consecuencia, cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de la edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, en caso de desvinculación, no se frustra el acceso a la pensión de vejez, de allí que no haya lugar a considerar que la persona sea beneficiaria del fuero de



**Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico
Juzgado Promiscuo Municipal de Sabanagrande Atlántico**

estabilidad laboral reforzada de pre pensionable, dado que el requisito faltante, relativo a la edad, puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente.

5.SOBRE LOS REQUISITOS PARA ACCEDER A LA PENSIÓN DE VEJEZ EN COLOMBIA, LA LEY 100 DE 1993 "POR LA CUAL SE CREA EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES"

En su Capítulo II, artículo 33, establece los requisitos para obtener la pensión de vejez en los siguientes términos: "ARTÍCULO 33. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones: 1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre. A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre. 2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo. A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015. PARÁGRAFO 1o. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta: a) El número de semanas cotizadas en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones; b) El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados, incluyendo los tiempos servidos en regímenes exceptuados; c) El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993. d) El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador. e) El número de semanas cotizadas a cajas previsionales del sector privado que antes de la Ley 100 de 1993 tuviesen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión. En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional. Los fondos encargados reconocerán la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho. Los Fondos no podrán aducir que las diferentes cajas no les han expedido el bono pensional o la cuota parte.

De la normativa en cita, se tiene que, para obtener la prestación de vejez, es necesario que los hombres alcancen un total de 62 años y 1300 semanas, por su parte las mujeres deben cumplir 57 años de edad y un total de 1300 semanas.

ESTUDIO DEL CASO CONCRETO

En el presente caso el accionante pretende el amparo de sus derechos fundamentales, al considerar que la Alcaldía Municipal de Sabanagrande como entidad accionada vulneró sus derechos al declararlo insubsistente, aun cuando ostentaba la calidad de pre pensionable.

Respecto del análisis de procedencia de la acción de tutela, el despacho encuentra que solo algunos de los requisitos fueron satisfechos, así:

i) Legitimación en la causa: el accionante actúa en nombre propio, en procura de sus derechos fundamentales, presuntamente vulnerados por la Alcaldía Municipal de Sabanagrande, entidad pública para la cual laboraba, por lo que es posible imputarle la presunta vulneración de los derechos cuya protección se solicita.

ii) Inmediatez: el actor interpuso la acción de tutela dentro de un termino razonable, puesto que mediante oficio del 29 de octubre de 2020, se le comunico la decisión de la entidad accionada, y la tutela se interpuso, el 06 de noviembre de 2020.

iii) Subsidiariedad: el accionante indica que es una persona de la tercera edad, que dadas las circunstancias actuales, su trabajo es el medio para solventar los gastos de la canasta familiar y al ser despedido del cargo se encuentra vulnerable, ya que su salario es la única fuente de ingreso con la que cuenta.



Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico
Juzgado Promiscuo Municipal de Sabanagrande Atlántico

En este caso, lo que se busca debatir es la legalidad del acto administrativo mediante el cual se le declaró su insubsistencia en el cargo que venía desempeñando, trámite que debe adelantarse ante la jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Con base en lo anterior, este requisito no se agotó toda vez que el accionante acudió directamente al amparo constitucional sin recurrir a la vía designada para tal fin. Adicionalmente, no allegó elementos probatorios que permitieran comprobar su condición de debilidad y su afectación al mínimo vital.

Aunado a lo anterior se tiene que el accionante no indicó con qué edad cuenta, y por su parte el fondo de pensiones COLFONDOS, certificó al despacho en su informe, que el accionante cuenta con 1355,71 semanas cotizadas en dicha AFP, es decir que de acuerdo a lo establecido en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y que además no ha iniciado trámite para solicitar pensión, pese a que supera el requisito de las semanas cotizadas, por lo que con la declaratoria de insubsistencia no se le frustra el acceso a la pensión de vejez, tal como lo indicó la Corte Constitucional, en sentencia SU003/18: “Cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, no hay lugar a considerar que la persona es beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de pre pensionable, dado que el requisito faltante de edad puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente. En estos casos, no se frustra el acceso a la pensión de vejez.”

Así las cosas se tiene, que en el presente caso no se cumple con el requisito de subsidiaridad, pues no se demostró, que pese a que asegura ser de la tercera edad y que cumple con los requisitos de semanas cotizadas, haya iniciado los trámites para el reconocimiento de la pensión y aunado a ello, no acreditó con suficiencia probatoria que los mecanismos para atacar el acto administrativo que declaró insubsistente al accionante no fueran idóneos ante un eventual perjuicio irremediable.

Es menester señalar que la Sala Plena de la Corte Constitucional, indicó que cuando, se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, no hay lugar a considerar que la persona sea beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de pre pensionable, puesto que el requisito faltante de edad puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente.

Con base en lo anterior, se debe concluir que la tutela resulta improcedente ante la existencia de un mecanismo judicial idóneo con el que cuenta el accionante para el reclamo de los derechos cuya protección buscaba a través del presente amparo constitucional. Adicional a ello, observa este Despacho que en el asunto bajo estudio no se cumple con los lineamientos esbozados por la Corte Constitucional en la SU 003 de 2018

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, El Juzgado Promiscuo Municipal de Sabanagrande, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. - DECLARAR improcedente la acción de tutela interpuesta por el señor **RAFAEL ALBERTO YEPES MERCADO**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. - NOTIFICAR, a través de la Secretaría el contenido de esta providencia.

TERCERO. DESVINCULAR, a las entidades y personas vinculadas a este trámite constitucional.

CUARTO. -De no impugnarse esta sentencia, en su oportunidad, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, según lo dispuesto en el Decreto 2591 de 1991. A su regreso archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico
Juzgado Promiscuo Municipal de Sabanagrande Atlántico

LA JUEZ


KAROL NATALIA ROA MONTALVO
JUEZ