

Señores

JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA

En Su Despacho

Ref.:	Proceso	:	Nulidad y restablecimiento del derecho.
	Demandante	:	Dario Raymundo Maldonado Méndez
	Demandado	:	Distrito de Barranquilla
	Radicación	:	2022-00033

Quien suscribe, **JOSÉ ENRIQUE TORRES MURIEL**, mayor de edad, identificado como aparece al pie de mi firma, actuando en mi calidad de apoderado sustituto del **DISTRITO ESPECIAL INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA (En adelante "Distrito de Barranquilla)**, tal como consta en el poder especial y sustitución de poder obrante en el expediente, atentamente y encontrándome dentro de la oportunidad legal, me permito interponer **RECURSO DE REPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO APELACIÓN** contra el auto de fecha seis (6) de marzo de 2023 expedido por su Despacho y notificado por estado el 7 de marzo de esta misma vigencia, de conformidad con los siguientes fundamentos:

CONSIDERACIONES FÁCTICAS Y LEGALES

Mediante auto del 6 de marzo de 2023, el Despacho, resolvió dar aplicación a la figura de sentencia anticipada de conformidad con lo establecido en el numeral 1, literales b) y c) del artículo 182 A de la Ley 1437 de 2011, adicionado por el artículo 42 de la Ley 2080 de 2021, disponiendo prescindir de la audiencia inicial del proceso, fijando el litigio, y, entre otras cosas más, denegando la practica de las pruebas testimoniales y documentales solicitadas por mi mandante en su escrito de contestación.

Como sustento de su decisión, señaló el Despacho que:

- (i) El testimonio requerido por el Distrito de Barranquilla frente a la funcionaria Malka Irina Rodriguez -como llamada a exponer los pormenores del proceso de selección No. 758 de 2018 – Convocatoria Territorial Norte- resultaba inconducente, por cuanto los hechos que consideró se perseguían acreditar era una situación reglada no susceptible de probarse con testigos, por responder a parámetros supuestamente de carácter objetivo de análisis documental.
- (ii) El requerimiento del Fondo de Pensiones Protección S.A para que allegara un nuevo historial laboral de aportes realizados por el demandante, no era procedente, por considerar que este podía obtenerse mediante el ejercicio del derecho de petición de conformidad al deber señalado en el numeral 10 del artículo 78 de la Ley 1564 de 2012.

Su señoría, resulta errada la anotada determinación, pues ni es cierto que el historial de semanas cotizadas fuera un documento que libremente pudiera requerirse por mi mandante o por el suscrito, ni es cierto que las características del proceso de gestión y desarrollo del proceso de selección No. 758 de 2018 pueda explicarse solo de manera documental, esto es, atendiendo que, precisamente, la consideración de persona de especial protección del demandante y, las acciones afirmativas que podrían ajustarse a su caso, son asuntos de pormenores subjetivos y particulares que documentalmente no podrían explicarse por si solos en el particular.

De allí que no se cumplan los presupuestos consagrados en el numeral 1, literales b) y c) del artículo 182 A de la Ley 1437 de 2011, adicionado por el artículo 42 de la Ley 2080 de 2021 para adoptar la disposición de sentencia anticipada, por ser verdaderamente congruentes y conducentes los medios de prueba solicitada por mi mandante en nuestra contestación. Todo

ello, al tenor de los argumentos que se detallan a renglón seguido:

1. DE LA IMPROCEDENCIA DE APLICAR EL NUMERAL 10 DEL ARTÍCULO 78 DE LA LEY 1564 DE 2012 PARA DENEGAR LA PRUEBA DOCUMENTAL REQUERIDA POR EL DISTRITO DE BARRANQUILLA, ATENDIENDO SU CARÁCTER RESERVADO.

Sobre el particular, sea lo primero señalar que si bien el Despacho considera que la historia de semanas cotizadas del señor Dario Raymundo Maldonado Méndez es una prueba que hubiese podido obtener el suscrito o mi mandante por medio de un simple derecho de petición, lo cierto es que, atendiendo el carácter reservado y confidencial de ese documento y, a su vez, la condición de empleador y no administrador de aportes pensionales del Distrito de Barranquilla, no resultaba posible solicitar ni acceder a la información objeto de requerimiento, tal como a continuación nos permitimos detallar.

En primer lugar, resulta que la historia laboral o también denominada historial o resumen de semanas cotizadas, constituye una información de carácter reservado que, por ministerio de la ley, es un documento que solo puede ser obtenido por el titular de dicha información, su apoderado o un tercero autorizado para el ejercicio de los derechos que le corresponden.

Al respecto, el artículo 14 del Decreto 1406 de 1999, señala:

"ARTÍCULO 14. Reserva de la Declaración. La información respecto de las bases y la autoliquidación de aportes al Sistema de Seguridad Social Integral que figuren en las declaraciones respectivas, tendrá el carácter de información reservada; por consiguiente, los funcionarios de las entidades administradoras sólo podrán utilizarla para el control del cumplimiento de las obligaciones existentes para con el Sistema, para el reconocimiento de las prestaciones asistenciales o indemnizatorias que éste contempla y para efectos de informaciones impersonales de estadística.

"Los bancos y demás entidades que, en virtud de autorizaciones o convenios para recaudar aportes al Sistema de Seguridad Social Integral, conozcan las informaciones y demás datos de las declaraciones de autoliquidación de aportes, deberán guardar la más absoluta reserva con relación a ellos y sólo los podrán utilizar para los fines del procesamiento de la información que demanden los reportes de recaudo y recepción exigidos por las administradoras.

"A igual reserva en el manejo de la información estarán sometidos los funcionarios de los órganos de control, quienes podrán acceder a ella en los términos y para los fines que establezcan las normas que definen sus competencias. Similar situación existirá con relación a los funcionarios de la entidad que maneje el Registro Único de Aportantes al Sistema de Seguridad Social Integral.

"Lo anterior no obsta para que las declaraciones puedan ser examinadas por cualquier persona que se encuentre autorizada al efecto". (Negrilla y subrayado fuera de texto original).

A su vez, el artículo 24 de la Ley 1437 de 2011, subrogado por la Ley 1755 de 2015, prevé;

"ARTÍCULO 24. Informaciones y documentos reservados. Solo tendrán carácter reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución Política o la ley, y en especial:

(...)

3. Los que involucren derechos a la privacidad e intimidad de las personas, incluidas en las hojas de vida, **la historia laboral y los expedientes pensionales y demás registros de personal que obren en los archivos de las instituciones públicas o privadas**, así como la historia clínica.

(...)

PARÁGRAFO. Para efecto de la solicitud de información de carácter reservado, enunciada en los numerales 3, 5, 6 y 7 solo podrá ser solicitada por el titular de la información, por sus apoderados o por personas autorizadas con facultad expresa para acceder a esa información". (Negrilla y subrayado fuera de texto).

De igual modo, el artículo 27 de la Ley 1437 de 2011 prevé que el carácter de reserva de información no es oponible solo a las autoridades judiciales, legislativas, ni a las autoridades administrativas que, siendo constitucional o legalmente competentes para ello, los soliciten para el debido ejercicio de sus funciones.

En virtud de lo anterior y no siendo el Distrito de Barranquilla una entidad que tenga por competencia la administración de los recursos o aportes pensionales del demandante, carece de todo sentido exigir para el decreto de la prueba requerida su solicitud vía derecho de petición, pro cuanto, como es lógico, se trata de una información que, por regla general, solo podría ser obtenida por el titular de la información respectiva y/ la autoridad judicial que así lo disponga, de allí que es claro que el Juzgado debe requerir lo propio con el propósito de no menoscabar los derechos de contradicción y defensa del Distrito de Barranquilla.

2. EN ESTE CASO, EL TESTIMONIO REQUERIDO ES INDISPENSABLE PARA ANALIZAR LAS CONDICIONES DE APLICACIÓN DE MEDIDAS DE AFIRMATIVAS DE PROTECCIÓN, COMO ÚNICO ESTAMENTO QUE DEBE OBSERVARSE EN LOS CASOS DE DESVINCULACIÓN DE PERSONAL PROVISIONAL NOMBRADO Y CON CONDICIÓN ESPECIAL.

Sin perjuicio de lo dicho con anterioridad, es importante señalar que la desvinculación de empleados provisionales con alguna condición de especial protección, es hoy por hoy un aspecto de estabilidad relativo que amerita por un análisis particular y hasta subjetivo que, si bien debe tener directrices claras que objetivamente se puedan observar, no siempre ello puede explicarse documentalmente si tratándose de acciones afirmativas de protección se trata.

Al respecto, téngase en cuenta que la Corte Constitucional en la Sentencia SU-917 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, indicó lo siguiente:

"En cuanto al retiro de servidores vinculados en provisionalidad, la Corte Constitucional ha abordado en numerosas oportunidades el tema para señalar el inexcusable deber de motivación de dichos actos. Así lo ha señalado desde hace más de una década de manera uniforme y reiterada en los numerosos fallos en los que ha examinado esta problemática, a tal punto que a la fecha se registra casi un centenar de sentencias en la misma dirección aunque con algunas variables respecto de las medidas de protección adoptadas.

(...)

En síntesis, la Corte concluye que respecto del acto de retiro de un servidor público que ejerce un cargo en provisionalidad no puede predicarse estabilidad laboral propia de los derechos de carrera, pero en todo caso el nominador continúa con la obligación de motivarlo, al tiempo que el administrado conserva incólume el derecho a saber de manera puntual cuáles fueron las razones que motivaron esa decisión.

(...)

En este orden de ideas, sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque 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."

Del mismo modo, el órgano de cierre en materia constitucional en la Sentencia SU-446 de 2011, (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), dispuso los siguiente:

"Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación⁸, gozan de una estabilidad relativa, en la medida en que sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera, tal como ocurrió en el caso en estudio o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación⁹. En consecuencia, la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos.

"[...] Sin embargo, la Fiscalía General de la Nación, pese a la discrecionalidad de la que gozaba, **sí** tenía la obligación de dar un trato preferencial, como una medida de acción afirmativa a: **i)** las madres y padres cabeza de familia; **ii)** las personas que estaban próximas a pensionarse, entendiéndose a quienes para el 24 de noviembre de 2008 –fecha en que se expidió el Acuerdo 007 de 2008– les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión; y **iii)** las personas en situación de discapacidad.

"En estos tres eventos la Fiscalía General de la Nación ha debido prever mecanismos para garantizar que las personas en las condiciones antedichas, fueran las últimas en ser desvinculadas, porque si bien una cualquiera de las situaciones descritas no otorga un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos. Como el ente fiscal no previó dispositivo alguno para no lesionar los derechos de ese grupo de personas, estando obligado a hacerlo, en los términos del Artículo 13 de la Constitución, esta Corte le ordenará a la entidad que dichas personas, **de ser posible**, sean nuevamente vinculadas en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía de los que venían ocupando" (negritas originales).

Entonces, pese a la potestad de desvincular a los empleados públicos nombrados en provisionalidad en un cargo de carrera, para no vulnerar los derechos fundamentales de aquellas personas que están en condiciones especiales, deben observarse unos requisitos propios de la estabilidad relativa o intermedia de que son titulares, entre ellos:

(i) La adopción de medidas de acción afirmativa tendientes a proteger efectivamente el especial contexto de las personas vinculadas en provisionalidad, y

(ii) La motivación del acto administrativo de desvinculación.

Para la Corte Constitucional, antes de procederse al nombramiento de quienes superaron el concurso de méritos, las personas con una situación especial han de ser los últimos en removerse y **en todo caso, en la medida de las posibilidades**, deben vincularse nuevamente en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que venían ocupando, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones

especiales al momento de su desvinculación y al momento del posible nombramiento. "La vinculación de estos servidores se prolongará hasta tanto los cargos que lleguen a ocupar sean provistos en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional, contenidos, entre otras, en la sentencia SU-917 de 2010" (Negrilla y subrayado fuera de texto original)

De conformidad con lo anterior, es claro entonces que mientras no haya otra posibilidad, es completamente procedente efectuar la desvinculación de un provisional que cuenta con alguna condición de especial protección, por lo que, cumpliéndose dicho supuesto en este caso, es evidente que más allá de primar para este evento el derecho de carrera de quien superó el concurso de méritos en donde se haya ofertado el cargo público objeto de discusión, la legalidad de los actos de retiro de provisionales también podría ser sustentada por el menor margen de maniobra con el que haya contado la administración para no concretar una desvinculación de una persona con una situación de especial protección.

Todo lo dicho, con sustento de lo establecido en el artículo 8 de la Ley 2040 de 2020, en la medida que, por ejemplo, el artículo 2.2.12.1.2.4 del Decreto 1083 de 2015, adicionado por el artículo 2 del Decreto 1415 de 2021 que reguló la ley en mención, expresamente señaló:

"ARTÍCULO 2.2.12.1.2.4. Provisión definitiva de cargos públicos a través de concursos de mérito. Para el caso de la provisión definitiva de cargos públicos a través de concursos de mérito de servidores públicos vinculados mediante nombramiento provisional que les falte tres (3) años o menos para causar el derecho a la pensión de jubilación o de vejez, **se deberá tener en cuenta lo establecido en el parágrafo 2 del artículo 263 de la Ley 1955 de 2019.**" (Negrilla y subrayado fuera de texto).

Así las cosas, teniendo en cuenta que el parágrafo segundo del artículo 263 de la Ley 1955 de 2019, expresa claramente que la protección prepensional de reubicación se limitó a aquellas personas que, habiéndose vinculado como servidores públicos antes de diciembre de 2018, a la fecha de entrada en vigencia de dicha ley¹ le faltasen tres (3) años o menos para causar el derecho de jubilación, mal podría analizarse este caso sin el testimonio solicitado sobre la señora Malka Irina Rodríguez, quien puede referirse a este pormenor y a la realidad de la planta de personal del Distrito de Barranquilla a fin de concretar la legalidad de los actos acusados por el demandante.

Ello así, pues ese margen de maniobra de la entidad es un aspecto que no se subsume solo con las documentales aportadas por el demandante o por mi representada, en la medida que ello amerita una interpretación y contexto que debe le Despacho judicial conocer en este caso para adoptar su determinación de manera objetiva.

Por tal motivo, se equivocó el *a quo* cuando consideró innecesario e inconducente la prueba testimonial requerida.

3. PROCEDENCIA DEL RECURSO DE APELACIÓN.

Por último, en este punto me permito traer a colación las razones por las cuales, en el presente asunto debe dársele trámite al recurso de apelación, sin perjuicio de la reposición requerida.

Al respecto, los artículos 242 y 243 de la Ley 1437 de 2011 establece lo siguiente:

"ARTÍCULO 242. Reposición. El recurso de reposición procede contra todos los autos, salvo norma legal en contrario. En cuanto a su oportunidad y trámite, se aplicará lo

¹ Veinticinco (25) de mayo de 2019.
Tel. (605) 3195874
Barranquilla: Calle 77 B # 57 - 103, Piso 21
Bogotá: Calle 67 # 4 - 21, Piso 3
Bucaramanga: Carrera 50 # 53 - 163
Cartagena: Calle 31 A # 39 - 206
Medellín: Carrera 43 # 9 Sur - 195, Of. 1440
www.chapmanwilches.com

dispuesto en el Código General del Proceso”.

"ARTÍCULO 243. Apelación. *Son apelables las sentencias de primera instancia y los siguientes autos proferidos en la misma instancia:*

(...)

7. El que niegue el decreto o la práctica de pruebas...”

En este evento, se denegó unas pruebas válidamente requeridas por mi mandate, siendo que, por la conducencia y utilidad demostrada, debe el despacho, por substracción de materia, reponer y revocar el auto que declaró la viabilidad de atenerse a sentencia anticipada.

Lo anterior, sin perjuicio de que si en gracia a la discusión, se considerase que no es procedente tal recurso, se le dé trámite al que corresponda, en virtud de lo dispuesto en el parágrafo del artículo 318 del C.G.P., cuyo tenor literal dispone lo siguiente:

"Artículo 318. Procedencia y oportunidades.

(...)

Parágrafo. *Cuando el recurrente impugne una providencia judicial mediante un recurso improcedente, el juez deberá tramitar la impugnación por las reglas del recurso que resultare procedente, siempre que haya sido interpuesto oportunamente.”*

PETICIÓN

Con fundamento en lo anteriormente expuesto, comedidamente solicito a su Despacho se sirva:

1. Reponer y/o revocar el auto del 6 de marzo de 2023, y en su lugar, decretar las pruebas testimoniales y documentales solicitadas oportunamente por mi mandante en su escrito de contestación de la demanda.
2. En caso que no se acceda a la reposición, solicitamos se conceda la apelación correspondiente, con el objetivo que el honorable Tribunal Administrativo del Atlántico ordene la revocatoria del auto antes señalado y ordene el decreto y ‘práctica de las pruebas requeridas.

NOTIFICACIONES

Para todos los efectos legales, recibo notificaciones en la Secretaría del Tribunal y en mi oficina ubicada en la calle 77 B No. 57- 103 Of. 2101 de la ciudad de Barranquilla y/o al correo electrónico info@chw.com.co

Del(la) señor(a) Juez, cordialmente,



JOSÉ ENRIQUE TORRES MURIEL
C.C. 1.140.696.618 de Barranquilla
T.P. 364.515 del C. S. de la J.