

RECURSO DE APELACIÓN DE AUTO QUE NIEGA MEDIDA CAUTELAR - JULIO MANUEL ZARATE VILLALOBOS - RAD 2021-00370-00

GUSTAVO GARNICA ANGARITA <gust366@hotmail.com>

Mar 21/06/2022 16:28

Para: Juzgado 08 Administrativo - Cordoba - Monteria <juzadm08cord@cendoj.ramajudicial.gov.co>

GUSTAVO ADOLFO GARNICA ANGARITA
DERECHO ADMINISTRATIVO – LABORAL & SEGURIDAD SOCIAL

Señora

JUEZ OCTAVA ADMINISTRATIVA DEL CIRCUITO JUDICIAL DE MONTERÍA
E. S. D.

Ref. Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral

Demandante: Julio Manuel Zarate Villalobos

Demandado: Rama Judicial

Radicado: 23-001-33-33-008-2021-00370-00

Asunto: Recurso de apelación contra Auto del 14/06/2022 por el cual se niega la medida cautelar.

GUSTAVO ADOLFO GARNICA ANGARITA, identificado como aparece al pie de mi firma, abogado portador de la T. P. N° 116.656 del C. S. de la J., actuando como apoderado del demandante, para manifestarle que presento recurso de apelación en contra del auto de la referencia.

PROCEDENCIA DEL RECURSO DE APELACION

De acuerdo con el artículo 243 del CPACA modificada por el artículo 62 de la ley 2080 de 2021, son apelables los autos que decreten, denieguen o modifiquen una medida cautelar.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Mediante auto de fecha 14 de junio de 2022 este despacho niega la medida cautelar en razón a que el demandante pretende se decrete la medida cautelar en el sentido de que cuya suspensión se solicita con un sustento legal por la conculcación de múltiples derechos fundamentales a mi mandante tales como el debido proceso, mínimo vital, trabajo en condiciones dignas, dignidad humana entre otros, y el despacho considera que no se demostró afectación de su mínimo vital.

Es de notar que fueron aportadas las pruebas con la demanda en las que se demuestra que el demandante recibe la pensión gracia en el monto de \$908.526 pero se demuestra que sobre ese monto le realizan descuentos y que debido a los descuentos, los cuales son:

- \$72.700 Nueva EPS
- \$167.165 por orden judicial, emitida por el Juzgado 003 Civil Municipal de Montería
- \$250.747 por orden judicial, emitida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Ciénaga de Oro

El monto neto a pagar, por concepto de la pensión especial gracia, es de \$417.914; que equivale a menos del 50% de un Salario mínimo Legal mensual Vigente.

Actualmente el demandante no goza de la pensión de jubilación porque cursa ante el Consejo de estado un recurso de apelación que no ha sido resuelto.

Dado a lo anterior en este caso concreto, la aplicabilidad de la disposiciones normativas que regulan el retiro del servicio en general, a los 70 años de edad (*art. 1° de la ley 1821 de 2016*) y, de los funcionarios de la rama judicial en especial (*Artículo 149, numeral 4° de la ley 270 de 1996*) se tornan en contrarios a la Constitución, al generar la vulneración de los derechos al mínimo vital y, de contera, a la dignidad humana de mi mandante y su compañera, que depende económicamente de él.

OBJETO DEL RECURSO

Que se revoque el auto que niega la medida cautelar y en su defecto se conceda a fin de evitar que se siga vulnerando el derecho al mínimo vital.

Carrera 3 N° 28 – 38, Ed. MALENA, local 104. Montería
Email: gust366@hotmail.com
Tel: 7811411. Cel: 3218343018

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El retiro forzoso debe estar mediado por otras consideraciones, como lo es el aseguramiento de las condiciones económicas, para que el trabajador que va a ser retirado no quede desamparado y sin los medios de subsistencia propios y los de su familia, por lo que se debe examinar en cada caso, si ese trabajador que va a ser retirado ya cumplió los requisitos pensionales, le fue reconocido tal derecho, notificado e incluido en nómina.

Estos argumentos fueron expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia C – 1037 de 2003, cuando declara la exequibilidad condicionada del parágrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, que regula lo concerniente a la terminación de la relación laboral, cuando el trabajador cumpla los requisitos pensionales:

“PARÁGRAFO 3o. Se considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión. El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones.

“Transcurridos treinta (30) días después de que el trabajador o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión, si este no la solicita, el empleador podrá solicitar el reconocimiento de la misma en nombre de aquel.

“Lo dispuesto en este artículo rige para todos los trabajadores o servidores públicos afiliados al sistema general de pensiones.”

En esa oportunidad la Corte profirió una sentencia aditiva, como ella misma lo expresa:

“...
Por ello, la Corte declarará **EXEQUIBLE** el parágrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, mediante sentencia aditiva, pues además de la notificación del reconocimiento de la pensión exigirá, para hacerla conforme con la constitución, la notificación de su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente. En síntesis la Corte adiciona a la primera notificación, otra, la de su inclusión en la nómina de pensionados.
...”

Esta decisión constituye precedente constitucional obligatorio¹, al hacer tránsito a cosa juzgada constitucional absoluta² -al no estar limitados los efectos de la sentencia, sino

¹Constitución Política. “**ARTICULO 243.** Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.

Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución”.

²Mirar sentencia C – 400 de 2013:

“... ”

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Contenido y alcance

En reiterada jurisprudencia esta Corporación ha precisado que de acuerdo a lo establecido en el artículo 243 de la Constitución Política, los fallos que la Corte Constitucional dicta en ejercicio del control jurisdiccional gozan de fuerza de cosa juzgada. Ello implica que las decisiones judiciales tomadas por la Corporación en cumplimiento de su misión de garantizar la integridad y la supremacía de la Constitución, adquieren valor jurídico y fuerza vinculante. En ese sentido, la cosa juzgada constitucional, además de proteger la supremacía normativa de la Carta, está llamada a garantizar la efectiva aplicación de los principios de igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima de los administrados, ya que por medio de esta figura, se garantiza que el órgano encargado del control constitucional sea consistente con las decisiones que ha adoptado previamente. La cosa juzgada constitucional se predica tanto de los fallos de inexecutable como de los de executable,

GUSTAVO ADOLFO GARNICA ANGARITA

DERECHO ADMINISTRATIVO – LABORAL & SEGURIDAD SOCIAL

que por el contrario se adicionan otras consideraciones por parte de la Corte- y amplia³ - porque cobija no solo a la norma declarada exequible, con la adición señalada, sino a aquellas otras que tengan el mismo sentido normativo-, por lo que debe ser aplicada en este caso.

El artículo 130 del Decreto N° 1660 de 1978 cae bajo la cosa juzgada constitucional, en sentido amplio, de la declaratoria de exequibilidad del artículo 9° de la Ley 797 de 2003 sentenciada aditivamente por la Corte Constitucional en la C - 1037 de 2003, en el entendido de que el retiro del servicio por edad, solo es constitucionalmente aceptable, si al trabajador se le ha notificado la inclusión en nómina. Cualquier otra interpretación que se le dé al mencionado artículo 9° de la Ley 797, o a cualquier otra norma que regule el retiro del servicio por edad, desconoce el precedente constitucional señalado en precedencia y por tanto es inconstitucional.

Este tema también ha sido analizado en los conceptos 2462 de septiembre 25 de 2007 y 45391 de 2019 del Departamento Administrativo de la Función Pública, entre otros muchos más:

"De otra parte, el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968, dispone que todo empleado público, al cumplir la edad de 65 años debe ser retirado del servicio público, no implica que de manera inmediata la administración proceda al mismo, puesto que en virtud de la Sentencia C-1037 del 2003, la Corte Constitucional condicionó el retiro definitivo del servicio del empleado, al hecho de que previamente se le debe garantizar el reconocimiento de la pensión y de su inclusión en la correspondiente nómina, aspectos que en la práctica se surten con la notificación de los actos de reconocimiento de la pensión y de la inclusión en la nómina de pensionados, lo cual le permite a la administración una vez agotados éstos procedimientos por parte de la entidad que reconoce la prestación, efectuar el retiro definitivo del servicio del funcionario"

Sobre este tema, el Consejo de Estado tiene una línea jurisprudencial bastante pacífica, que se resume en la siguiente decisión:

"RETIRO FORZOSO - Por cumplimiento de la edad prevista en la ley / RETIRO FORZOSO – Naturaleza objetiva de la causal

vincula a todas las autoridades -incluida la misma Corte Constitucional- y se extiende, por igual, al continente de la norma como a su contenido material - precepto o proposición jurídica en sí misma considerada'. No obstante, es la misma Corte quien determina los efectos de sus fallos, en razón a su labor de intérprete directa y autorizada de la Carta. El alcance de la cosa juzgada constitucional ha sido desarrollado de manera amplia en la jurisprudencia, a través de la definición de categorías independientes con diferencias claras. De esta forma, se han establecido distinciones conceptuales y prácticas entre lo que se entiende por cosa juzgada absoluta y por cosa juzgada relativa, y entre cosa juzgada formal y cosa juzgada material.
[...]

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL ABSOLUTA-Configuración

La Corte ha explicado que existe cosa juzgada absoluta, "cuando el pronunciamiento de constitucionalidad de una disposición, a través del control abstracto, no se encuentra limitado por la propia sentencia, es decir, se entiende que la norma es exequible o inexequible en su totalidad y frente a todo el texto Constitucional.

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL RELATIVA-Configuración

La cosa constitucional relativa se presenta "cuando el juez constitucional limita en forma expresa los efectos de la decisión, dejando abierta la posibilidad para que en un futuro se formulen nuevos cargos de inconstitucionalidad contra la norma que ha sido objeto de examen, distintos a los que la Corte ya ha analizado".

³ Mirar sentencias C – 073 de 2014 y C – 140 de 2018:

"COSA JUZGADA MATERIAL EN SENTIDO AMPLIO-Requisitos

La existencia de esta modalidad de cosa juzgada exige acreditar los siguientes requisitos, recogidos en la sentencia C-073 de 2014: "(i) Que exista una sentencia previa de constitucionalidad sobre una disposición con idéntico contenido normativo a la que es objeto de demanda, esto es, que los "efectos jurídicos de las normas sean exactamente los mismos". (ii) Que exista identidad entre los cargos que fundamentaron el juicio de constitucionalidad que dio lugar a la sentencia proferida por esta Corporación y aquellos que sustentan la nueva solicitud. (iii) Que la declaratoria de constitucionalidad se haya realizado por razones de fondo. (iv) Que no se hayan producido reformas constitucionales frente a los preceptos que sirvieron de base para sustentar la decisión; y que se esté ante el mismo contexto fáctico y normativo. En efecto, como en reiteradas ocasiones lo ha señalado este Tribunal, el juez constitucional tiene la obligación de tener cuenta los cambios que se presentan en la sociedad, pues puede ocurrir que un nuevo análisis sobre normas que en un tiempo fueron consideradas exequibles a la luz de una nueva realidad ya no lo sean".

GUSTAVO ADOLFO GARNICA ANGARITA

DERECHO ADMINISTRATIVO – LABORAL & SEGURIDAD SOCIAL

[E]l artículo 125 de la Constitución señala que el retiro de los cargos públicos de carrera se hará i) por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, ii) por violación del régimen disciplinario y iii) por las demás causales previstas en la Constitución o la ley. La edad de retiro forzoso es una de aquellas causales objetivas previstas en la ley a las que se refiere la Constitución (...) La jurisprudencia -del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional- ha sido clara al explicar que el retiro forzoso es una causal de retiro del servicio de carácter objetivo, lo que hace que en principio el servidor no pueda ser reintegrado bajo ninguna circunstancia. Empero, ha insistido en la necesidad de tener en cuenta criterios de razonabilidad en su aplicación para evitar la desprotección de las personas que van a ser desvinculadas

[...]

RETIRO POR EDAD / RESPETO DEL DERECHO DE LOS SERVIDORES

[S]i bien es cierto que al cumplirse la edad de retiro se genera una causal objetiva de desvinculación de los cargos públicos, la jurisprudencia ha sido perentoria al sostener que su aplicación no es automática y que es deber de la Administración ponderarla con los derechos de los trabajadores. En tal medida, es necesario que el empleador público analice si al momento del retiro el servidor tiene o no derecho a pensión y, si lo tiene, que le haya sido reconocida y se le haya incluido en nómina. Empero, también es menester evaluar si la pensión no ha sido reconocida por mora de la administradora o fondo de pensiones, así como si se debe a la omisión del empleado -pese a cumplir con los requisitos-

[...]

SERVIDORES QUE HAN LLEGADO A LA EDAD DE RETIRO FORZOSO – Desvinculación

[U]na vez se cumplan las condiciones legales, se proceda por parte de la Administración a desvincular a aquellos servidores que han llegado a la edad de retiro; no en vano es una causal objetiva de retiro forzoso, y no es potestativa. Es menester que la Administración recurra a todos los instrumentos legales para evitar que cualquier persona –el servidor público, en el caso que nos ocupa- abuse de sus derechos en perjuicio de los fines superiores que la Constitución protege, como es el vinculado al derecho de renovación generacional en los empleos del Estado. (...) [L]a norma faculta expresamente al empleador para iniciar el trámite respectivo si el servidor público no solicita el reconocimiento pensional pasados 30 días del cumplimiento de los requisitos. Tal posibilidad opera para todos los servidores afiliados al sistema general de pensiones, sin importar el régimen al cual pertenezcan.”⁴

El señor Zarate ha sido diligente en adelantar la reclamación de su derecho pensional ante Colpensiones, desde el 21 de enero de 2016, por lo que no se le puede endilgar negligencia en el hecho de que aun, no se tenga reconocido su derecho pensional.

De usted;

GUSTAVO ADOLFO GARNICA ANGARITA
CC N° 71.780.748 de Medellín
T. P. N° 116.656 del C. S de la J.

⁴CONSEJO DE ESTADO - SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL - Consejero ponente: GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR. Bogotá D.C., trece (13) de diciembre de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 11001-03-06-000-2019-00183-00(2434). Actor: MINISTERIO DEL TRABAJO.