



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DIECINUEVE CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ

Bogotá D.C., cinco (05) de julio del dos mil diecinueve (2019).

Ref. Acción de Tutela. Nro. 11001310301920190038800

Procede el Despacho a proferir el respectivo fallo dentro del trámite de tutela de la referencia, una vez agotado el trámite de ley.

I. IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES:

La presente acción de tutela es promovida por la señora **ANA DEL CARMEN CASTAÑEDA CARVAJALINO** contra **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL**.

II. ANTECEDENTES:

A. Las peticiones:

1. En escrito introductor, el accionante, presentó acción constitucional de tutela contra el **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL**, para que previo los trámites del procedimiento prevalente, se tutelén los derechos fundamentales al trabajo, al mínimo vital, la salud y la vivienda, y en consecuencia, se ordene a la accionada, modificar el artículo 2do de la Resolución No. 0001507 del 06 de junio de 2019, mediante la cual se hizo un nombramiento en periodo de prueba y se culminó el nombramiento en provisionalidad de la accionante.

2. Que sea reubicada en otro cargo de igual o superior jerarquía.

118

B. Los hechos:

Como sustento fáctico de la presente acción, la accionante expuso:

1. Que Mediante la Resolución No. 3438 del 24 de octubre de 2012 emanada por el Ministerio de Salud y Protección Social fue nombrada en provisionalidad en el cargo de Profesional Especializado código 2028, grado 20 de la planta global del Ministerio, ubicado en la Subdirección de Enfermedades Transmisibles – Grupo gestión Integrada de Enfermedades Inmunoprevenibles y que a través de la Resolución No. 0001507 del 06 de junio de 2019 expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social en su artículo 2do terminó el nombramiento provisional, originado por la convocatoria 428 de 2016 efectuada por la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC.

2. Que desde que se enteró de los resultados del concurso, ha enviado comunicaciones a la Oficina de Talento Humano del Ministerio, para que estudien la posibilidad de ubicarla en otro cargo, teniendo en cuenta su situación de pre-pensionable y madre cabeza de hogar, devenga un salario aproximado mensual de (\$5.600.000) y su esposo (\$828.000) existiendo una vulnerabilidad en la estabilidad económica del hogar, se encuentra pagando una hipoteca en el Banco Davivienda por valor de (\$1.360.000).

3. Que instauró una demanda contra el Fondo Privado de Pensiones y Cesantías Protección, para obtener el traslado a COLPENSIONES, toda vez que en Porvenir solo le ofrecen el 50% de la mesada. Padece de una patología crónica de columna cervical que requiere una cirugía de columna.

C. El trámite:

1. El 26 de junio de 2019, se admitió la acción de tutela, se vinculó a la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, Administradora Colombia de Pensiones – Colpensiones y a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías – Protección y se ordenó el traslado a la entidad encartada, para que remitieran copia de la documentación, en cuanto, a los hechos de la solicitud de amparo y ejercieran su derecho de defensa.

2. El Ministerio de Salud y Protección Social manifestó que una vez revisada la documentación que reposa en la Subdirección de Gestión de

Talento Humano, Programa Entorno Laboral Saludable, Estrategia de Seguridad y Salud en el Trabajo y la Historia Laboral, de la servidora se evidenció que no registra enfermedad laboral a la fecha y no se encontraron dictámenes de pérdida de la capacidad laboral o certificación de discapacidad o alguna otra que señale que la accionada se encuentra en estado de debilidad manifiesta y se derive una grave afectación a la salud emitida por la EPS, ARL o fondo de pensiones, concluyendo, que verificadas las manifestaciones de la accionante, no se dan los presupuestos para ser objeto de una medida de acción afirmativa en su calidad de provisionalidad en los términos que señala la ley y los precedentes constitucionales.

3. La Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, alegó la falta de legitimación en la causa por pasiva y la ausencia de vulneración de derechos fundamentales, como quiera que la pretensión se enfiló contra el Ministerio de Salud y Protección Social que es la entidad que tiene la facultad nominadora y determinar si dentro de su entidad existen cargos en los que pueda efectuar el nombramiento, siempre que no afecte los derechos de quienes hayan obtenido el derecho a un cargo de carrera por virtud del concurso de méritos.

4. La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías – Protección, argumentó que no ha vulnerado derecho fundamental alguno a la petente, es contra su empleador a quien se dirige la tutela, por tanto, la acción debe ser denegada por carencia de objeto.

5. La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones no se pronunció al respecto.

III. CONSIDERACIONES:

1. La acción de tutela

El procedimiento diseñado por nuestra Carta Magna para la protección efectiva de los derechos fundamentales que ella consagró, lo definió y reguló en su artículo 86, al implantar el mecanismo extraordinario y residual de la acción de tutela, en donde, no solo se protegió a todas las personas de las acciones y omisiones de la autoridad pública, sino que además su radio de aplicación se amplió, incluso a la trasgresión provocada por los particulares cuando su conducta

afecte grave o directamente el interés colectivo o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión (art. 42 Dto. 2591/91).

2. Problema jurídico:

El Despacho debe resolver en este caso si debe darse aplicación a la estabilidad laboral relativa contemplada por la Corte Constitucional, para empleados en provisionalidad, cuyos cargos sean ocupados por empleados de carrea.

IV. MARCO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL APLICABLE AL CASO EN CONCRETO.

Respecto de aquel tipo de protección a empleados en provisionalidad la Corte Constitucional ha referido que:

“5.11. En síntesis, a los servidores públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera no les asiste el derecho a la estabilidad propio de quien accede a la función pública por medio de un concurso de méritos. Sin embargo, si gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, conforme a la cual, su retiro solo procederá por razones objetivas previstas en la Constitución y en la ley, o para proveer la vacante que ocupan con una persona que haya superado satisfactoriamente las etapas de un proceso de selección e integre el registro de elegibles, dada la prevalencia del mérito como presupuesto ineludible para el acceso y permanencia en la carrera administrativa.”¹

Así mismo en sentencia T 373-2017 ha señalado:

“Sin embargo, esta Corte ha reconocido que dentro de las personas que ocupan en provisionalidad cargos de carrera, pueden encontrarse sujetos de especial protección constitucional, como las madres y padres cabeza de familia,[32]quienes están próximos a pensionarse y las personas en situación de discapacidad, a los que, si bien por esa sola circunstancia no se les otorga un derecho indefinido a permanecer en ese tipo de vinculación laboral, en virtud del derecho ostentado por las personas que acceden por concurso de méritos, sí surge una obligación jurídico constitucional (art. 13) de propiciarse un trato preferencial como medida de acción afirmativa”. [33]²

En lo referente a la acreditación del derecho al mínimo vital, la Corte en un caso similar, al analizar la subsidiariedad, dispuso:

“... el señor Usma Marín es una persona de 61 años, próximo a cumplir la edad requerida para solicitar pensión de vejez, porque al momento del despido tenía

¹ Corte Constitucional Sentencia T-096 de 2018. M.P. LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ.

² sentencia T 373-2017

60 años de edad³ y había cotizado un total de 1798,71 semanas al Sistema de Seguridad Social en Pensiones⁴, además es el encargado de sostener su hogar, pues su esposa de 67 años es ama de casa y a su nieto de 19 años le paga la universidad y también corre con los gastos de su transporte. En este caso, lo que se busca debatir es la legalidad de su despido y esto debe hacerse en la jurisdicción ordinaria laboral. Para la Corte, este requisito no se agotó toda vez que el accionante acudió directamente al amparo constitucional sin recurrir a la vía ordinaria. Adicionalmente, fue negligente al no allegar ninguna prueba en sede de revisión (a pesar de ser requerido por esta Corporación) que demostrara su condición de debilidad y su afectación al mínimo vital.⁵ (Subrayas del despacho)

En ese mismo pronunciamiento, refirió aquel órgano colegiado que:

"34. Como se estableció anteriormente, la acción de amparo es un mecanismo creado para garantizar la protección efectiva de los derechos fundamentales constitucionales, de naturaleza residual o supletoria, por lo que no puede ser utilizada como un medio judicial alternativo, complementario o adicional a los establecidos por el legislador para resolver los conflictos jurídicos en los que se involucren dichos derechos, pues estos, deben en principio ser resueltos por las vías ordinarias, bien sea jurisdiccionales o administrativas.

35. La Sala encuentra que al momento que se dio por terminado el contrato de trabajo, al accionante le faltaban menos de tres años para tener la edad de pensión de 62 años⁶ y había cotizado un total de 1798,71 semanas al Sistema de Seguridad Social en Pensiones⁷. Sin embargo, el hecho de que le falte un poco más de un año para cumplir con los requisitos para solicitar su pensión, no hace procedente per se el amparo solicitado puesto que (i) el actor no ha acudido al juez ordinario laboral y por ende no ha agotado el mecanismo idóneo y eficaz para que se defina su derecho, (ii) no probó la configuración de un perjuicio."

3. Caso concreto:

En el asunto bajo examen, la señora ANA DEL CARMEN CASTAÑEDA CARVAJALINO ostentaba la calidad de empleada en provisionalidad en el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL, sin embargo, mediante Resolución No. 0001507 se efectuó el nombramiento de la señora María Claudia Patricia Acevedo Ritter y se terminó el nombramiento en provisionalidad del accionante.

Entonces, en principio, la terminación del vínculo laboral del accionante tuvo un motivo objetivo como lo es la necesidad de proveer su cargo con la persona que por concurso de méritos tiene derecho a ser nombrado en el mismo

³ El día de la terminación del contrato de trabajo, esto es el 26 de septiembre de 2017, el actor tenía 60 años 6 meses y 14 días, es decir que le faltaban un total de 1 año 6 meses y 16 días para cumplir la edad pensional de 62 años.

⁴ Cuaderno de instancia, folios 9 a 11.

⁵ Corte Constitucional Sentencia T-325 de 2018. M.P. JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

⁶ El día de la terminación del contrato de trabajo, esto es el 26 de septiembre de 2017, el actor tenía 60 años 6 meses y 14 días, es decir que le faltaban un total de 1 año 6 meses y 16 días para cumplir la edad pensional de 62 años.

⁷ Cuaderno de instancia, folios 9 a 11.

que ocupó de manera provisional la señora ANA DEL CARMEN, de la misma manera, y pese a que la accionante pertenece a la tercera edad, lo cierto es que no acudió a la vía ordinaria existente para la protección de sus derechos, ni acreditó la afectación de su mínimo vital, ni tampoco que se encuentre en situación de debilidad manifiesta que se derive de una grave afectación de salud.

Puesto que, con las piezas aportadas en el expediente no se observa que la accionante padezca de una patología que conlleve a una condición de discapacidad o una grave enfermedad que obligue al empleador a adoptar medidas necesarias para su protección constitucional, adicionalmente, a folio (15) la Subdirectora de Gestión de Talento Humano del Ministerio, informa que el status pensional de la accionante es de pensionada y que por tanto, ya puede acceder al reconocimiento de la pensión. El despacho negará el amparo deprecado, pues, en primer término la Resolución mediante la cual la accionada terminó el nombramiento de la accionante, se profirió el 06 de junio de 2019, sin que aparezca acreditado el agotamiento de los recursos en la vía gubernativa, presupuesto indispensable para que el juez constitucional reemplace de manera transitoria, al juez natural.

Así, de igual forma, la actora cuenta con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, ante la jurisdicción Contenciosa Administrativa si considera que el acto es ilegal, arbitrario, o desconoce sus derechos, de otra parte, adviértase que el desplazamiento de la labor obedeció al nombramiento de quien aspiró por medio del mérito, uno de los pilares fundamentales del Estado Social de Derecho.

Ahora, en cuanto a la calidad de pre-pensionada se observa que no se reúnen las condiciones, merced que, como lo mencionó la accionada, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión, con la cual podrá satisfacer el mínimo vital, conjunto al salario mínimo de su esposo.

Cosa contrataría es que se encuentre inconforme con el salario base de la pensión, sin embargo, esa hipótesis, es decir, la demanda de nulidad del cambio de regímenes no se encuentra dentro de las causales que se han desarrollado por la jurisprudencia y que se encuadrarían en la calidad de pre-pensionada, por tanto, se negará la acción incoada por la accionante.

124

Así las cosas, este despacho no encuentra elementos de juicio, que demuestren que la accionante goce de una estabilidad laboral relativa y que en consecuencia, obliguen a su empleador a reubicarla en otro cargo de igual o superior jerarquía.

Concluye este Despacho que al no observarse la existencia de un perjuicio irremediable sufrido por el accionante y a cargo de las accionadas, la acción impetrada debe ser entonces declarada como improcedente, se reitera, sus especiales características de subsidiariedad, en aplicación a lo dispuesto en el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, no siendo por ende tal mecanismo constitucional como lo ha entendido la Corte Constitucional, establecido para reemplazar los mecanismos ordinarios que la ley previamente ha reglamentado.

V. DECISION:

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Treinta y Seis (36) Civil Municipal de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

IV. RESUELVE:

PRIMERO: **NEGAR** el amparo constitucional solicitado por la señora **ANA DEL CARMEN CASTEÑEDA CARVAJALINO**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

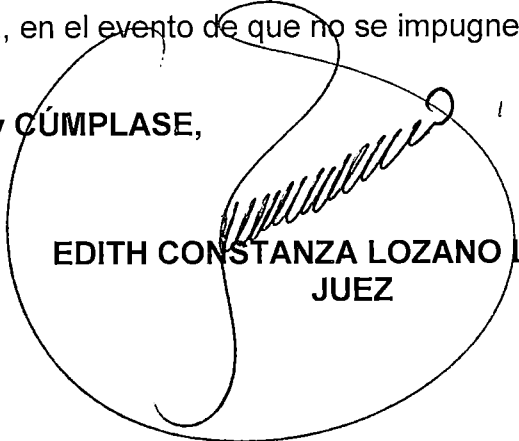
SEGUNDO.- ENTERAR a los extremos de esta acción que contra lo aquí decidido procede la impugnación, ante los Juzgados Civiles del Circuito de esta ciudad.

TERCERO.- NOTIFICAR lo aquí resuelto a las partes por el medio más expedito y eficaz de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 16 del Decreto 2591 de 1991.

125

CUARTO.- REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, en el evento de que no se impugne la presente decisión.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



**EDITH CONSTANZA LOZANO LINARES
JUEZ**

JUZGADO 19 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D.C.

En Bogotá, D.C. 08 de Julio de 2019.

Notifiqué personalmente a Pradel Carmen Castañeda

Carvajalino con C.C. 32'651.993.

T.P. — De la providencia de fecha

05 de Julio de 2019.

Compareciente

El Secretario(a)

Pradel Carmen Castañeda
C.C. 32'651-993

Freddy Carrancho