



**TRIBUNAL SUPERIOR
DEL DISTRITO JUDICIAL DE SANTA MARTA
SALA DE DECISIÓN PENAL EN TUTELA**

Radicación:	47 001 31 09002 2021 00157
Rad. Trib.:	112-22
Accionante:	CARLOS ENRIQUE PÁEZ CANTILLO
Accionado:	Alcaldía Distrital de Santa Marta, Dirección de Entidades Intervenidas de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y otros.
Derecho (s):	Mínimo vital, trabajo, debido proceso administrativo y otros
Motivo:	Impugnación de tutela
Decisión:	Confirma
Aprobación:	Acta No. 033
Fecha:	25 de febrero de 2022

Magistrado Ponente: David Vanegas González

OBSERVACIÓN PREVIA: Teniendo en cuenta las medidas adoptadas por el honorable Consejo Superior de la Judicatura por medio de los acuerdos PCSJA20-11517, PCSJA20-11518, PCSJA20-11519, PCSJA20-11520, PCSJA20-11521, PCSJA20-11526, PCSJA20-11527, PCSJA20-11528, PCSJA20-11529, PCSJA20-11532, PCSJA20-11546, PCSJA20-11548 y PCSJA20-11549, PCSJA20-11556, PCSJA20-11567, PCSJA20-11581, PCSJA20-11614, PCSJA20-11622, PCSJA20-11623, PCSJA20-11632, PCSJA20-11671, PCSJA20-11680 y otros, por los cuales se autoriza el trabajo en casa desde las residencias de los jueces y magistrados del país con el fin de evitar el contagio de Covid-19, y del mismo modo, acatando lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020, esta providencia podrá llevar la firma digitalizada o escaneada de los tres magistrados que conformamos la presente Sala de Decisión del Tribunal Superior de Santa Marta.

1. ASUNTO

Procede la Sala a resolver la impugnación interpuesta por el señor CARLOS ENRIQUE PÁEZ CANTILLO, contra el fallo de tutela emitido el día 13 de diciembre de 2021 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Santa Marta, Magdalena, al interior del trámite de tutela iniciado por el antes mencionado contra la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS, por la presunta vulneración a sus derechos fundamentales al mínimo vital, trabajo, debido proceso administrativo y ejercicio de funciones públicas.

2. ANTECEDENTES

2.1. ACONTECER FÁCTICO

Hizo saber el accionante que, a través de Resolución No. 023 del 10 de febrero de 2020, fue nombrado en el empleo público de Secretario General de ESSMAR EPS, siendo posesionado en la misma fecha.

Refirió que, la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS, profirió Resolución asspd-20211000720935 del 22 de noviembre de 2021 "Por la cual se ordena la toma de posesión de la Empresa de Servicios Públicos del Distrito de Santa Marta ESSMAR ESP", en cuyo artículo tercero indica:

"ARTÍCULO TERCERO. - ORDENAR la separación de la Gerente, de los miembros de la Junta Directiva de la Empresa de Servicios Públicos del Distrito de Santa Marta ESSMAR E.S.P., así como de los Subgerentes, Secretario (a) General y del (de la) Jefe de Oficina Asesora de Asuntos Jurídicos y Contratación, o quienes hagan sus veces. PARÁGRAFO. - Lo anterior sin perjuicio de las facultades del Agente Especial, conforme a lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 9.1.1.2.4 del Decreto 2555 de 2010."

Sostuvo que, dicho acto administrativo en aplicación a lo preceptuado en el Decreto 2255 de 2010 artículo 9.1.1.1.1 dispone entre las medidas que se pueden adoptar en la toma de posesión de las empresas de servicios públicos: "2. Medidas preventivas facultativas. El acto administrativo podrá disponer también las siguientes medidas: a) La separación de los administradores, directores, y de los órganos de administración y dirección, así como del revisor fiscal, salvo en los casos que la Superintendencia Financiera de Colombia determine lo contrario, de conformidad con el artículo 116 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sin perjuicio de la facultad de removerlos con posterioridad. En caso de remoción del Revisor Fiscal, su reemplazo será designado por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras FOGAFIN."

Indicado lo anterior, relató que **el empleo público de Secretario General no es de Administrador, Director o Revisor Fiscal**, comoquiera que, tales responsabilidades y funciones en ESSMAR E.S.P., son ejercidas por la Gerente General y los miembros de la Junta Directiva. Sin embargo, la Superintendencia mediante comunicación suscrita por la Directora de Entidades Intervenidas y en Liquidación, el día 23 de noviembre de 2021, le informó que el contenido de la Resolución en cita era de ejecución inmediata.

Situación que adujo, se contrapone a lo reglado en el artículo 38 de la Ley 996 de 2005 el cual reza:

“La nómina del respectivo ente territorial o entidad no se podrá modificar dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa.”

En punto de lo anterior, afirmó el demandante que las restricciones de dicha normativa son predicables a todas las entidades del nivel territorial pertenecientes a la rama ejecutiva, la ESSMAR E.S.P., en su calidad de Empresa Industrial y Comercial del Estado del Distrito de Santa Marta, se encuentra cobijada por esta restricción, que en el caso que nos ocupa, empezó su vigencia a las 0:00 del 13 de noviembre de 2021, pues, las elecciones respecto a los miembros de la Cámara de Representantes y el Senado de la República se celebrarán el 13 de marzo de 2022.

Asimismo, planteó que las excepciones a la restricción de modificación de nómina consagradas en el citado artículo son taxativas, debiendo ser interpretadas de manera restrictiva, es decir, únicamente se puede modificar la nómina por “i) muerte o renuncia del empleado público; ii) aplicación de las normas de carrera administrativa.

También acotó que, es padre de familia, responsable de la manutención de dos menores hijas, Gabriela Páez Valencia y Shalome Paéz Valencia, de siete (7) y tres (3) años de edad, respectivamente, así como de su esposa Katerin Yuranis Valencia Mejía, quien es diabética y al momento de instaurar la demanda se encontraba en estado de embarazo,

resaltando que, encontrándose en curso el trámite la acción constitucional, nació su tercera hija *-Manuela Páez Valencia-*, el pasado 10 de diciembre de 2021.

Aunado a lo anterior, expuso que los gastos mensuales de su núcleo familiar ascienden a la suma de siete millones de pesos (\$7.000.000), y aunque su esposa es contratista de la Alcaldía, luego de los descuentos el valor neto de sus honorarios es de dos millones cien mil pesos (\$2.100.000), pero luego del reconocimiento de la licencia de maternidad quedaría en un millón ciento veinte mil pesos (\$1.120.000), lo que estima como insuficiente.

Indicó que, laboró desde el año 2006 de manera ininterrumpida en el sector público y que la Ley de Garantías se encontrará vigente, hasta el 29 de mayo de 2022, lo cual implica que no podría ser nombrado en ningún empleo público y, por lo tanto, se vería imposibilitado para cumplir con sus obligaciones financieras y la manutención de su hogar.

Finalmente arguyó que, la Ley de Garantías Electorales es de obligatorio cumplimiento para la ESSMAR E.S.P. y debido a que la intervención de la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS, no fue consagrada por el legislador como una de las excepciones a la prohibición de modificación de la nómina, cualquier desvinculación o vinculación que se haga en virtud de ésta, resulta abiertamente inconstitucional y vulneradora de sus derechos fundamentales. Por último, refiere que, a pesar de la existencia de un mecanismo jurídico pertinente ante la jurisdicción contenciosa administrativa, el mismo se torna ineficaz ante la configuración de un perjuicio irremediables y por las particularidades del caso en concreto.

2.2. PRETENSIONES

Persigue el accionante a través del presente mecanismo constitucional:

(i) El amparo de sus derechos fundamentales al mínimo vital, trabajo, debido proceso administrativo, ejercicio de funciones públicas, y los de sus menores hijas, mínimo vital, educación y salud, para que, en consecuencia, se ordene dejar sin efectos la Resolución SSPD- 20211000720935 del 22 de noviembre de 2021, en lo concerniente al numeral 3º, con relación a su desvinculación.

(ii) En consecuencia, se ordene a la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS, reintegrarlo al empleo público de Secretario General, Código 054 Grado 03, adscrito a la planta de personal de la ESSMAR E.S.P. mientras se resuelve el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que interpondrá contra la Resolución SSPD-20211000720935 del 22 de noviembre de 2021.

2.3. ACTUACIÓN PROCESAL.

Mediante auto de fecha 29 de noviembre de 2021 el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Santa Marta, Magdalena, admitió la demanda de tutela ordenando la notificación de las entidades accionadas. Del mismo modo se dispuso la vinculación de la Alcaldía Distrital de Santa Marta, la Dirección de Entidades Intervenidas de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, la Empresa de Servicios Públicos del Distrito de Santa Marta ESSMAR E.S.P. y la Agente Especial de la empresa de servicios Públicos del Distrito de Santa Marta ESSMAR E.S.P., Procuraduría General de la Nación, Superintendencia Financiera de Colombia.

2.4. RESPUESTA DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS Y VINCULADAS.

2.4.1. - Descorriendo el traslado, la **Empresa de Servicios Públicos del Distrito de Santa Marta ESSMAR E.S.P.**, manifestó que, a través de la Resolución SSPD 20211000720935 del 22 de noviembre de 2021, se ordenó la toma de posesión de ESSMAR EPS, disponiendo, la separación del cargo que ocupaba el hoy accionante, facultad conferida a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, conforme a lo reglados en el artículo 370 de la Constitución Política y 75 de la Ley 142 de 1994.

Destacó que, la determinación objeto de reproche por parte del hoy demandante, cuenta con soporte legal contemplado en los Decretos 663 de 1993 y 2555 de 2010, respectivamente, facultades conferidas a la SSPD conforme a lo establecido en el Estatuto Orgánico del Sistema financiero; en consecuencia, afirmó, no tener injerencia en la decisión administrativa que contiene la orden cuestionada.

Seguidamente, indicó que la decisión reconvenida se encuentra respaldada en disposiciones de carácter especial y no puede ser revocada bajo el pretexto de la ley de garantías, comoquiera que, el retiro surge como consecuencia de la Toma de Posesión y no porque ESSMAR E.S.P., en su calidad de empleadora, hubiese adoptado la determinación de retiro.

Aunado a lo anterior, refirió que, el reintegro del actor despojaría a la SSPD de su potestad, a más de que pondría a ESSMAR EPS en el problema legal de reintegrar a un servidor que no fue desvinculado por ésta, sino que ya no era parte de su equipo de trabajo, llevándose de calle las herramientas de la intervenida para conformar su equipo de confianza y capacidad, donde su condición hoy es diferente dada la anormalidad de la intervención y su manejo.

En orden a lo previamente consignado, estimó que no ha incurrido en la vulneración alegada y en este sentido, solicita se reconozca la falta de legitimación en la causa por pasiva.

2.4.2. - Por su parte, la **Alcaldía Distrital de Santa Marta**, estimó socavados los derechos del accionante y sus menores hijas.

A su juicio, consideró que el cumplimiento de la orden contenida en el numeral tercero de la Resolución No. SSPD-2021000720935 del 22-11-2021 **"Por la cual se ordena la toma de posesión de la Empresa de Servicios Públicos del Distrito de Santa Marta ESSMAR E.S.P."**, es contraria a las disposiciones, previstas en el numeral 5 del artículo 1 de la Ley 2141 del 10 de agosto de 2021, que reza: **"Se prohíbe el despido de todo trabajador cuya cónyuge, pareja o compañera permanente se encuentre en estado de**

embarazo o dentro de las dieciocho (18) semanas posteriores al parto y no tenga un empleo formal”.

Seguidamente, trajo a colación la relación de las limitaciones a la vinculación de personal o modificación de la nómina estatal mencionadas en la Ley 936 de 2005, en la que registra la desvinculación de personal de la nómina estatal, y a partir de lo cual arguye se ha suscitado la conculcación de las prerrogativas incoadas por cuanto éste se hallaba cobijado con la prohibición legal de la norma.

Finalmente, manifestó que el Distrito de Santa Marta, no es el responsable de la trasgresión aludida, además solicita, se concedan las pretensiones de la acción constitucional.

2.4.3. – También fue allegada respuesta de la **Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios**, a través de cual puso de presente que tanto el artículo 370 de la Constitución Política, así como el artículo 79 de la Ley 142 de 1994, atribuyeron a la SSPD las facultades de inspección, vigilancia y control sobre los prestadores de servicios públicos.

Sostuvo que, las órdenes y los actos administrativos expedidos por esa entidad en desarrollo de la competencia de policía administrativa, no solo están encaminados a corregir y/o subsanar las situaciones que dio lugar a la intervención de una Empresa, sino también evitar que, se presente una interrupción grave en la presentación del servicio público domiciliario, asegurándose con ello el cumplimiento del fin esencial del Estado en materia de servicios públicos.

Afirmó que, lo que se pretende es busca garantizar la continuidad en la prestación en condiciones de calidad, lo cual implica necesariamente la separación de los directivos de la empresa respectiva, que son quienes han puesto en peligro la prestación en dichas condiciones.

En tal sentido, manifestó que, no resulta admisible considerar que el cargo de secretario general que ocupaba el accionante al interior de la ESSMAR E.S.P., al ser de nivel directivo de vinculación de libre nombramiento y remoción ostente la calidad de inamovible o comporte una prerrogativa de permanencia en el mismo, tal como se pretende hacer valer, en virtud de la vigencia de la Ley 996 de 2005, pues, la principal garantía que se pretende preservar con la toma de posesión y la remoción de los funcionarios de los niveles directivos descritos, es el interés colectivo que comprende el aseguramiento de la prestación de los servicios públicos domiciliarios en condiciones de continuidad y calidad, tal como lo prevé la constitución política en sus artículos 365 y subsiguientes. De esa manera añade que, de conformidad con la estructura orgánica de la intervenida, el actor tiene la calidad de directivo y su cargo es de libre nombramiento y remoción.

Concluye, enfatizando que la acción de tutela carece del requisito de subsidiariedad, pues el demandante CARLOS PÁEZ CANTILLO, cuenta con otro mecanismo de defensa para controvertir su inconformidad, en consecuencia, solicita declararla improcedente.

2.4.4. – La Superintendencia Financiera de Colombia, hizo saber que carece de legitimidad en la causa por pasiva, comoquiera que no tiene interés alguno frente los intereses que se discuten, aunado a que no ha vulnerado ni amenazado los derechos fundamentales llamados a proteger por el demandante. Bajo aquel argumento, solicita se deniegue la solicitud constitucional en lo que a esa entidad concierne.

2.4.5. Finalmente, la **Procuraduría General de la Nación,** estimó que, en el asunto de marras, el mecanismo judicial principal para la garantía de los derechos invocados por el tutelante es el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, que regula el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso -CPACA.

A su juicio, contrario a la afirmación del actor, en considerar que la decisión de separarlo de su cargo es abiertamente ilegal por ser violatoria de la ley de garantías, comoquiera que, desde el año 2019 la SSPD realizó seguimiento a la ESSMAR, situación que, evidentemente descarta que se trate de una decisión apresurada o con motivación política electoral.

Concluye, señalando en lo que concierne a la estabilidad reforzada de los servidores públicos, que el tipo de contrato adelantado por el demandante corresponde a los de libre nombramiento y remoción, por consiguiente, se encuentra desprovisto de dicha garantía, situación que claramente lleva a concluir que la solicitud de amparo constitucional debe denegarse.

3. DEL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

La decisión de primera instancia fue emitida el día 13 de diciembre de 2021 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Santa Marta, Magdalena, despacho judicial que declaró improcedente el mecanismo constitucional argumentando que la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo cuenta con los instrumentos procesales idóneos y eficaces para garantizar los derechos fundamentales invocados por el demandante; destacando que, también puede hacer uso de las medidas cautelares que prevé la Ley 1437 de 2011.

Así pues, indicó que no se cumple con el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela, por lo que negó la demanda de amparo iniciada por el señor CARLOS PÁEZ CANTILLO.

4. DE LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, el accionante CARLOS ENRIQUE PÁEZ CANTILLO, impugnó la determinación adoptada por el juez A quo, conforme las objeciones que a continuación se consignan:

- i. Reiteró que su desvinculación como Secretario General de ESSMAR ESP, tuvo lugar encontrándose en vigencia la Ley de Garantías Electorales, la cual establece en su artículo 38, reza lo siguiente:

"La nómina del respectivo ente territorial o entidad no se podrá modificar dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa."

ii. Exclamó que la referida disposición, debe ser interpretada de modo restrictivo, lo cual conlleva a determinar cuál fue la motivación de su desvinculación y, por consiguiente, la modificación de nómina, situación que estima inconstitucional.

iii. Estimó como una apreciación ligera considerar que el cargo público de Secretario General haya sido catalogado como de nivel directivo bajo la interpretación del Decreto Ley 785 de 2005, comoquiera que en la institucionalidad de la empresa, Industrial y Comercial del Estado los términos de director y administrador se circunscriben a los representantes legales y los órganos de dirección a la Junta Directiva.

vi. En lo que corresponde a la acreditación de perjuicio irremediable, adujo que se encuentra demostrado en el proceso que es padre de familia responsable de la manutención de sus tres menores hijas, además que su esposa Katherine Yuranis Valencia Mejía es diabética y el ingreso mensual que devenga es insuficiente para sufragar los gastos mensuales de su núcleo familiar.

v. Sostuvo que el último pago, tuvo lugar el día 2 de diciembre de 2021, no ha recibido la liquidación definitiva por concepto de prestaciones sociales, destacando que como empleado público vive literalmente de su salario, encontrándose al borde de la iliquidez por el impago de un cese salarial de manera abrupta, máxime cuando tiene bajo su cuidado y protección a tres menores de edad; una de ellas, recién nacida situación particular que amenaza la subsistencia teniendo en cuenta los gastos que se deben asumir.

Bajo aquellas apreciaciones, reitera lo manifestado en la demanda constitucional al igual que sus pretensiones, estimando que sus pretensiones deben ser concedidas, pues de lo contrario se incurriría en vías de hecho que resultarán constante ante ese golpe de estado y desprecia hacia la soberanía popular disfrazado de tecnocracia.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1 COMPETENCIA

Conforme a las facultades conferidas por el artículo 86 de nuestra Carta Magna y según lo estipulado en los artículos 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991 por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, esta Sala es competente para conocer de la presente impugnación a fallo de tutela.

5.2. NOCIONES GENERALES SOBRE LA ACCIÓN DE TUTELA Y SUS REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD.

La acción de tutela es el mecanismo judicial por medio del cual cualquier persona puede solicitar la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular en los términos que señala la ley. De lo dispuesto por el artículo 86 Superior, la Corte Constitucional ha reiterado que los requisitos para la procedencia o estudio de fondo de la acción de tutela, son:

(i) Legitimación en la causa -por activa y pasiva-, (ii) un ejercicio oportuno (inmediatez) y (iii) un carácter subsidiario respecto de otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que se trate de un supuesto de perjuicio irremediable, o cuando existiendo, dichos medios carezcan de idoneidad y eficacia para proteger los derechos fundamentales en cada caso”¹

¹ Corte Constitucional Sentencia T – 013 de 2018 M.P. Carlos Bernal Pulido

Pues bien, de cara al asunto sometido al análisis de la Sala, se tiene que se cumple con el requisito de legitimación en la causa **por activa**, por cuanto ha sido presentada la acción tuitiva por quien se considera directamente afectado. Del mismo modo se cumple con la legitimación en la causa **por pasiva**, habida cuenta que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, fue la entidad que emitió la Resolución que estima el actor es ilegal e inconstitucional.

En cuanto al requisito de **inmediatez**, se tiene que la conducta señalada como vulneradora de los derechos fundamentales consiste en la desvinculación laboral del señor CARLOS ENRIQUE PÁEZ CANTILLO, quien fungió como Secretario General de ESSMAR ESP, en razón de la Resolución SSPD20211000720935 del 22 de noviembre de 2021. En consecuencia, tenemos que la demanda de tutela fue presentada a finales del mes y año en cita, término prudencial y razonable desde el último pronunciamiento, por lo cual se cumple con este requisito.

Respecto del principio de **subsidiariedad**, la H. Corte Constitucional ha desarrollado dos reglas, denominadas 1. regla de exclusión de procedencia y 2. regla de procedencia transitoria. Al respecto refiere:

*"Así, por regla general, (i) cuando el ciudadano cuenta con otros mecanismos de defensa judicial idóneos para resolver las cuestiones planteadas y no se configura un perjuicio irremediable, la acción de tutela es improcedente; (ii) cuando el accionante no cuenta con otros mecanismos judiciales idóneos y eficaces, las órdenes del juez de tutela son definitivas; y (iii) excepcionalmente, cuando el afectado dispone de otros mecanismos de defensa judicial idóneos y eficaces pero la actuación del juez sea necesaria para evitar la consumación de un perjuicio irremediable, el juez de tutela podrá dar órdenes transitorias que brinden protección al derecho fundamental hasta tanto el juez ordinario o la autoridad competente se pronuncie sobre las pretensiones. Lo anterior, sin perjuicio de que, en el análisis de casos concretos, el juez constitucional establezca las subreglas pertinentes acorde con la jurisprudencia constitucional."*²

² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-691 de 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo. Ver también sentencia T-308/16. M.P. Alejandro Linares Cantillo. Cita sentencia de unificación jurisprudencial respecto del requisito de subsidiariedad de la acción de tutela.

Ahora bien, en el asunto objeto de análisis, la Colegiatura adelanta desde ya que en efecto – así como lo precisó el Juez de primera instancia – en este caso no se cumple con el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela, por lo cual se confirmará su improcedencia con fundamento en los argumentos que se sustentarán en el acápite siguiente.

5.3. CASO CONCRETO

Tal como se indicó en título precedente, la Sala una vez analizados los elementos que componen la acción tuitiva, confirmará la decisión adoptada por el fallador de primera instancia, acorde con las siguientes consideraciones:

- i. Ad inicio de la demanda tutelar, hizo saber el señor CARLOS ENRIQUE PÁEZ CANTILLO que, ocupó el cargo de Secretario General en la ESSMAR ESP, no obstante, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios *-amparada en la figura de la intervención de la empresa-*, determinó separarlo de las funciones que desempeñaba. Al respecto, estima que, esa orden deviene en inconstitucional, comoquiera que su desvinculación aconteció en vigencia de la Ley de Garantías.
- ii. Asimismo, expuso que el empleo público de Secretario General no es de administrador, director ni revisor fiscal, esas responsabilidades en la ESSMAR E.S.P. son ejercidas por la Gerente General y los miembros de la Junta Directiva, por lo tanto la Superintendencia de Servicios Públicos no tenía la competencia para ordenar la separación de mi cargo como Secretario General y por lo tanto dicha decisión es abiertamente ilegal y transgresora de mi derecho fundamental al debido proceso administrativo.
- iii. Razón por la cual, solicitó por este medio subsidiario y expedito se deje sin efecto el numeral tercero la Resolución SSPD20211000720935 del 22 de noviembre de 2021. y, en consecuencia, sea reincorporado al cargo Secretario General en la Empresa ESSMAR ESP.

- iv. Ante la situación argüida por el accionante, el fallador de primera instancia, consideró que no se cumplían los presupuestos que presiden en tratándose de acción de tutela y, que de contera de modo excepcional permitiera amparar sus derechos fundamentales. Para llegar a esa intelección, trajo a colación lo trazado en la Ley 142 de 1994, así como la Jurisprudencia Constitucional, que, sobre el tema, ha emitido sendos pronunciamientos.

- v. Afín de resolver los reparos trazados por el demandante, es preciso indicar que contrario al entendimiento insistente del señor CARLOS ENRIQUE PÁEZ CANTILLO, en el que sostiene que el cargo de Secretario General no es Directivo, reposa al interior del libelo constitucional *-visible a folio 188 del expediente digital-*, Acuerdo No. 012-20 de fecha 14 de agosto de 2020, por el cual se establece el Manual Específico de Funciones y Competencias de los Empleados de ESSMAR ESP, consigna en lo que concierne a la IDENTIFICACIÓN DEL EMPLEO, que corresponde al Nivel Directivo, denominación Secretario General de la Entidad Descentralizada, siendo un tipo de vinculación de libre nombramiento y remoción.

Además, previene la norma que, como ***propósito principal*** le corresponde al Secretario General liderar, asesorar, coordinar y proponer políticas, estrategias, planes, programas y proyectos para el mejoramiento del desempeño de la Gestión Institucional.

Al igual, cumple ***funciones esenciales*** como, diseñar estrategias, objetivos y metas para el cumplimiento de la misión de la empresa, con base en el Plan de Desarrollo del Distrito, así como definir directrices, metodologías, instrumentos y cronogramas para la formulación, evaluación, seguimiento y capacitaciones de planes, programas, proyectos de la empresa, entre otros de igual relevancia.

- vi. De otra parte reprocha el demandante la interpretación aplicada al artículo 38 de la Ley 996 de 2005, pues esta disposición, *- en su criterio-*, claramente indica que la nómina del respectivo ente territorial o entidad no se podrá modificar dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos

de elección popular, salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa.

Al respecto, encuentra la Sala que el determinación de la Superservicios de apartar al Secretario General y demás miembros del Cuerpo Directivo de la ESSMAR ESP, aconteció como una medida de protección en la prestación de servicios públicos de los usuarios de la ciudad de Santa Marta, comoquiera que el Organismo en su ejercicio de vigilancia y control, realizó un seguimiento previo de dos (2) años con el propósito de determinar las posibles falencias en la administración de esa entidad descentralizada, - *potestad conferida por la Constitución Política, así como por la Ley 142 de 1994-*.

- vii. Es oportuno señalar que, las facultades conferidas a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, corresponde a unos de los fines del sociales del Estado, tal como lo dispone el artículo 365 de la Carta Política, a saber,

"Artículo 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y a vigilancia de dichos servicios."

- viii. En consecuencia, la interpretación de las normas aplicadas en el asunto de marras por el accionante, cuando afirma que la Ley 142 de 1994 no puede estar por encima de la Ley 996 de 2005, carece de fundamento y lógica de acuerdo al orden jerárquico de las normas que regulan las actividades, funciones y directrices impartidas por la Superservicios, comoquiera que sus

facultades emanan de la misma Constitución de la que debemos indicar se encuentra catalogada como norma de normas.

- ix. Es así como la H. Corte Constitucional en Sentencia C-037 de 2000, en lo que atañe a la enajenación de jerarquía normativa y la supremacía de la constitución política, ha señalado,

*"La unidad del sistema jurídico, y su coherencia y armonía, dependen de la característica de ordenamiento de tipo jerárquico de que se reviste. **La jerarquía de las normas hace que aquellas de rango superior, con la Carta Fundamental a la cabeza, sean la fuente de validez de las que les siguen en dicha escala jerárquica.** Las de inferior categoría, deben resultar acordes con las superiores, y desarrollarlas en sus posibles aplicaciones de grado más particular. En esto consiste la connotación de sistema de que se reviste el ordenamiento, que garantiza su coherencia interna. La finalidad de esta armonía explícitamente buscada, no es otra que la de establecer un orden que permita regular conforme a un mismo sistema axiológico, las distintas situaciones de hecho llamadas a ser normadas por el ordenamiento jurídico."*

- x. Dicho lo anterior, se colige que la situación particular que dio lugar a la intervención de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, aconteció por el déficit financiero, así como la disminución del recaudo, riesgo en la prestación del servicio de acueducto y alcantarillado, circunstancias especiales que permitieron – ***se itera, a la entidad en razón de sus funciones de vigilancia y control-***, impartir los correctivos conforme el propósito o finalidad previsto en la misma Constitución Política y que se reflejan en las facultades previstas en los numerales 1 y 7 del artículo 59 Ley 142 de 1994, así:

"ARTÍCULO 59. CAUSALES, MODALIDAD Y DURACIÓN. El Superintendente de servicios públicos podrá tomar posesión de una empresa, en los siguientes casos:

59.1. Cuando la empresa no quiera o no pueda prestar el servicio público con la continuidad y calidad debidas, y la prestación sea indispensable para preservar el orden público o el orden económico, o para evitar perjuicios graves e indebidos a los usuarios o a terceros.

(...)

59.7. Si, en forma grave, la empresa ha suspendido o se teme que pueda suspender el pago de sus obligaciones mercantiles. (...)"

- xi. Otro punto de disenso planteado por el accionante, corresponde a determinar si nos encontramos en presencia de un perjuicio irremediable, devenido del acto administrativo que lo separó del cargo.

Al respecto, téngase en cuenta de acuerdo con la doctrina constitucional que un perjuicio irremediable se configura cuando el peligro que se cierne sobre el derecho fundamental es de tal magnitud que afecta con inminencia y de manera grave su subsistencia, requiriendo por tanto de medidas impostergables que lo neutralicen³.

- xii. En el caso particular, de cara a las pruebas adosadas por el demandante en el presente trámite tutelar y, en atención a la Jurisprudencia consignada en líneas precedentes encuentra la Sala contrario a las apreciaciones del accionante que no obra prueba siquiera sumaria de la que se logre determinar la necesidad, urgencia y gravedad de acudir a este medio constitucional, comoquiera que de su relato, encontramos que su cónyuge cuenta con vinculación laboral, que si bien no se compara a la que percibía cuando fungía como Secretario General de ESSMAR ESP, **no resulta admisible acoger los argumentos esgrimidos por el actor pues si bien hay una variación en su situación económica, la disminución de sus ingresos por sí sola no configura la condición de riesgo inminente de la que resulte menester su amparo o protección, máxime cuando existe otro mecanismo para obtener la protección de sus intereses.**

³ Sentencia T-318 de 2017.

- xiii. En efecto, tal como se indicó en línea precedente, el demandante cuenta con un mecanismo judicial idóneo para volver las cosas a su estado anterior, ***-y en lo que respecta al asunto sub examine, dejar sin efecto el numeral 3 de la SSPD20211000720935 del 22 de noviembre de 2021-***, así como cuestionar la constitucionalidad y legalidad del acto administrativo que declaró insubsistente el cargo del accionante, con plena garantía del debido proceso, resultando idóneo y eficaz el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, reglamentado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso -CPACA-.
- xiv. Finalmente, es oportuno indicar que el actor puede hacer uso de las herramientas previstas en el artículo 230 de Ley 1437 de 2011 -CPACA-, puede optar por activar cualquiera de las medidas cautelares pues tal como lo indicó el fallador de primera instancia, el juez administrativo ostenta la facultad de impartir la decisión que, a su criterio se ajuste al caso concreto y que tenga el propósito de atender las necesidades particulares de quien lo demande⁴.
- xv. Como resultado de la intelección que antecede, cabe traer a colación la postura asumida por el Órgano de cierre en materia Constitucional, quien desde antaño ha sostenido que, la acción de tutela no fue establecida para sustituir o desplazar las competencias propias de los jueces en cada materia ni para anticipar las decisiones en determinado asunto; comoquiera que, se cuenta con los instrumentos ordinarios y extraordinarios, los cuales pueden ser activados ante el juez natural que se debe alegar la hipotética indebida aplicación de la ley – *que en el caso específico corresponde al Juez Administrativo-*, toda vez que, actuar de modo distinto, sería sustituir los mecanismos con los que pretende buscar garantías dentro de cada causa y, de cetera se desconocerían los principios de autonomía, independencia y desconcentración⁵.

⁴ Véase folio 434 y Sentencia T-326 de 2016.

⁵ Corte Suprema de Justicia Sala Civil, Sentencia, 11001020400020100000000, 04/04/2011. M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez.

Así las cosas, bajo las consideraciones que anteceden esta Colegiatura encuentra que la solicitud de amparo constitucional se torna improcedente y, en consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia de fecha 13 de diciembre de 2021 emanada del Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Santa Marta, Magdalena.

En mérito de lo expuesto, LA SALA DE DECISIÓN PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE SANTA MARTA -en tutela-, administrando justicia en nombre de la República y por mandato Constitucional,

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la decisión de primera instancia dictada el pasado 13 de diciembre de 2021 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Santa Marta, Magdalena, por las razones anotadas en la parte motiva.

SEGUNDO. - Por intermedio de la secretaria de esta Sala Penal NOTIFIQUESE la presente decisión a los interesados por el medio más expedito posible. Contra la presente decisión no proceden recursos. ENVIESE dentro del término señalado a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID VANEGAS GONZÁLEZ



JOSÉ ALBERTO DIETES LUNA

CARLOS MILTON FONSECA LIDUEÑA

Impedido

JONÁS DAVID GÁMEZ ARRIETA

Secretario