

Honorables Magistrados

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER y/o TRIBUNAL
SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA**

E. S. D.

Procedente

I

ACCIÓN DE TUTELA

Accionante: **MARIA DEL PILAR CAMARGO ABELLO**

Accionado: **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**

MARIA DEL PILAR CAMARGO ABELLO, identificada con cedula de Ciudadanía No. 28.148.154 de Girón (Santander), residente en el Municipio de Bucaramanga por medio del presente acudo a su despacho con el fin de interponer ACCIÓN DE TUTELA contra la Procuraduría General de la Nación, con el fin de que se me proteja el **DERECHO CONSTITUCIONAL DE ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA** por tener la condición de PREPENSIONADA, **DERECHO A LA IGUALDAD, DERECHO DE PETICIÓN, DERECHO AL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO, DERECHO AL TRABAJO Y A LA SEGURIDAD SOCIAL**, amenazados por la entidad accionada conforme a los siguientes:

HECHOS:

1. El Procurador General de la Nación en uso de sus facultades constitucionales y legales, mediante decreto del 23 de Junio de 2009, me nombró en el Cargo de Procuradora Provincial Ciudad de Bucaramanga, código 3PJ, Grado EC, desempeñándome en esta entidad sin solución de continuidad hasta la fecha, ocupando actualmente el cargo de Procuradora II Judicial 58 Delegada en asuntos penales.
2. La Procuraduría General de la Nación mediante la **Convocatoria 2015 Procuradores Judiciales**, realizó Concurso Público de Méritos para proveer **todos** los cargos de Procuradores Judiciales I y II en cumplimiento de la orden emitida por la Corte Constitucional en sentencia C-101 de 2013. A dicha convocatoria acudió la suscrita sin obtener el puntaje requerido para aprobar las pruebas aplicadas.
3. La mencionada convocatoria avanzó en su curso normal y actualmente ya se encuentran en firme las listas de elegibles para los cargos de Procuradores Judiciales I y II, restando tan sólo la expedición de los nombramientos y las correspondientes posesiones.
4. El pasado 5 de agosto de 2016, mediante Derecho de Petición informé al Señor JORGE MARIO SEGOVIA ARMENTA, Jefe de la Oficina de Selección de Carrera de la Procuraduría mi condición de **pre pensionada**. En ese sentido se expuso que actualmente ostento el derecho adquirido a la pensión de jubilación, el cual me fue reconocido mediante Resolución No. GNR 267518 del 25 de junio de 2014 y que en la actualidad dicho acto administrativo está siendo objeto de controversia teniendo en cuenta que el monto de la pensión fue calculado con desconocimiento de las normas que regulan mi derecho pensional, esto es, el Decreto 546 de

1971, según el cual el monto de la pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivale al 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio con la inclusión de todos los factores salariales devengados como retribución directa del servicio prestado.

5. Se expuso también en la petición antes aludida que pese a contar en la actualidad con un acto administrativo que me reconoce la pensión, me encuentro dentro de los supuestos establecidos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional para ostentar la condición de **pre pensionada**, ya que el derecho pensional no se ha consolidado al no haberse producido mi inclusión en nómina y además, los actos administrativos que ordenan dicho reconocimiento pensional serán controvertidos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo por considerar que adolecen de nulidad al haberse fundamentado en normas que no regulan mi derecho pensional.
6. Con fundamento en los anteriores argumentos, se solicitó al Señor JORGE MARIO SEGOVIA ARMENTA, Jefe de la Oficina de Selección de Carrera de la Procuraduría General de la Nación que no se me desvinculara del cargo de Procuradora II Judicial 58 Delegada en Asuntos Penales de Bucaramanga, antes de la debida notificación de mi inclusión en la nómina de pensionados, a efectos de garantizar mis derechos al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada, a la seguridad social, a la igualdad de oportunidades, a la vida digna y al mínimo vital, teniendo en cuenta que están próximos a producirse los nombramientos respectivos para proveer dichos cargos en carrera.
7. Hasta la fecha en que se interpone la presente tutela, no se ha dado respuesta al derecho de petición precitado, por lo que día a día crece la incertidumbre respecto a la posibilidad de ser desvinculada del cargo que ocupo sin que se valore mi condición de **pre pensionada**, que me otorga una garantía de estabilidad reforzada.
8. El día 11 de Julio de 2016 la Procuraduría General de la Nación publicó la lista de elegibles para **ocupar todos** los cargos de Procuradores Judiciales Penales II mediante la Resolución 357 del 11 de Julio de 2016 -corregida por la Resolución No, 358 del 12 de julio de 2016- concretándose así una amenaza cierta e inminente de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Nacional ya que en su artículo SEGUNDO señala que el nombramiento en periodo de prueba se hará dentro de los 20 días hábiles siguientes a la publicación de la lista de elegibles, no obstante la Procuraduría General de la Nación tener conocimiento que varios procuradores Judiciales (incluyéndome) gozamos de la protección especial y constitucional de **pre pensionados**, situación particular que no fue considerada por la entidad y que torna procedente la presente acción de tutela.
9. La Procuraduría General de la Nación como protectora de derechos y garantías fundamentales tenía la obligación de conformidad con el artículo 13 y 277 de la Constitución Nacional de prever todas las medidas necesarias para garantizar que las personas en la condición de pre pensionados no sean desvinculadas de la entidad hasta que se consolide el disfrute del derecho fundamental a la pensión de vejez y no lo hizo, incurriendo como autoridad pública en una omisión que amenaza y vulnera derechos fundamentales.

MEDIDA PROVISIONAL

Para evitar un perjuicio irremediable, se solicita ORDENAR a la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN que no se me desvincule del cargo de PROCURADORA II JUDICIAL 58 DELEGADA EN ASUNTOS PENALES DE BUCARAMANGA hasta que se adopten las medidas necesarias para garantizar mis derechos fundamentales y en especial mi condición de **pre pensionada**, por cuanto la Resolución 357 del 11 de julio de 2016 establece en su artículo SEGUNDO que los nombramientos en periodo de prueba se harán dentro de los 20 días siguientes a la publicación de la lista de elegibles.

Como fundamento de la presente medida provisional, solicito se tengan en cuenta los hechos y fundamentos jurídicos que se exponen en el presente escrito como sustento de la acción de tutela.

COMPETENCIA

Es Competente esa H. Corporación para conocer de la presente Acción de Tutela en virtud de lo previsto en el Decreto 2591 de 1991 y el Decreto 1382 de 2000.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

DE LA CONDICIÓN DE PRE PENSIONADO

Sobre el particular, la sentencia de 5 de febrero de 2015 Exp. 25000234200020130389901 (AC) M.P. Martha Teresa Briceño de Valencia, precisó lo siguiente:

"La calidad de prepensionado/a otorga un tratamiento especial a la persona que desempeña un cargo en provisionalidad, en el entendido que la entidad empleadora no puede desvincularlo/a hasta cuando sea incluido en nómina de pensionados. Ese tratamiento surge de lo dispuesto en el Decreto 3509 de 2009, según el cual quien está próximo a pensionarse, esto es que le faltaren tres (3) años o menos para adquirir ese derecho, tiene una estabilidad laboral reforzada". (Énfasis fuera de texto).

"(...) para el caso de la implementación del régimen de carrera en una entidad pública, después de adelantado un concurso, es necesario que los nominadores, previo a empezar a nombrar, en periodo de prueba, a quienes figuran en la lista de elegibles, verifiquen si quienes ocupan en provisionalidad los cargos a proveer no sean sujetos de especial protección, como los prepensionados, pues esa condición impide que estos últimos puedan desvincularse de la entidad en forma inmediata. Los servidores que demuestren que están próximos a pensionarse, entiéndase que se refiere a quienes les falte 3 años o menos para obtener el reconocimiento de la pensión de vejez o jubilación, entre otros requisitos, tienen derecho a una estabilidad laboral reforzada según lo ordena el Decreto 3509 de 2009¹" (Énfasis fuera de texto).

Así mismo, la Corte Constitucional ha expuesto:

"Dada la amplia potestad que le reconoce el artículo 125 de la Carta al legislador para determinar otras causales de retiro de la carrera, distintas al régimen disciplinario o al sistema de evaluación del desempeño, puede éste establecer razones ajenas a la conducta de los funcionarios que de presentarse pueden afectar la eficaz y eficiente prestación de los servicios

¹ Boletín del Consejo de Estado número 161-20 de marzo de 2015.

*públicos y el cumplimiento de los fines función pública, siempre y cuando respete los límites, principios y valores constitucionales que pretende promover a través del sistema de carrera. Tal es el caso de la causal de retiro por la obtención de la pensión de jubilación. Cuando un servidor público ha laborado durante el tiempo necesario para acceder a la pensión de vejez, resulta razonable que se prevea la terminación de su relación laboral cuando la disminución de su producción laboral puede afectar la eficiente y eficaz prestación del servicio a cargo de la entidad. Esta posibilidad a la vez que permite el acceso a dicho cargo a otras personas en condiciones de igualdad, garantiza el derecho del ex funcionario a disfrutar de la pensión. Sin embargo, **a fin de garantizar la efectividad de los derechos del pensionado y asegurar que pueda gozar del descanso, en condiciones dignas, es preciso, que dicha causal opere a partir del momento en que se hace efectivo ese derecho, esto es, a partir de la inclusión del funcionario en la nómina de pensionados de la entidad**". (Énfasis fuera de texto).*

Conforme a lo anterior, se advierte cómo la condición de pre pensionado puede considerarse desde dos distintas perspectivas. La primera de ellas, respecto de aquellos empleados públicos que están próximos a pensionarse, es decir, que les faltan 3 o menos años para cumplir requisitos de edad o tiempo de servicios para adquirir su estatus de pensionado conforme lo dispone el Decreto 3509 de 2009; la segunda, se evidencia respecto de aquellos empleados que para la fecha en que se dispone sobre su desvinculación de la entidad ya cuentan con el estatus de pensionado, bien sea porque cumplieron los requisitos legales y la entidad administradora del régimen de pensiones no se los ha reconocido mediante acto administrativo, o bien, porque a pesar de haberse reconocido tal derecho, **no se ha verificado su inclusión en nómina de pensionados.**

Lo anterior encuentra sentido si se tiene en cuenta que la finalidad última de la protección especial que brinda el retén de pre pensionados consiste en evitar que el empleado una vez se produzca su desvinculación de la entidad empleadora, se prive de recibir el ingreso mensual requerido para su propia subsistencia y la de su familia, todo ello en pro de garantizar sus derechos fundamentales, en especial el mínimo vital.

En el presente caso, tal como lo expuse anteriormente, mi condición de pre pensionada se torna evidente en tanto a pesar de haberseme reconocido el derecho a la pensión mediante la Resolución No. GNR 267518 del 25 de junio de 2014, lo cierto es que **tal derecho pensional no se ha consolidado**, pues a la fecha no se ha producido mi inclusión en nómina de pensionados y además, el mencionado acto administrativo se encuentra en controversia por haberse expedido con desconocimiento de las normas que rigen mi derecho pensional.

Así las cosas, la protección que a través de esta acción constitucional se invoca, consiste en ordenar a la Procuraduría General de la Nación que reconozca mi condición de pre pensionada con fundamento en las razones antes expuestas y en tal virtud se abstenga de desvincularme del cargo que ocupo hasta tanto se verifique mi efectiva inclusión en nómina de pensionados con el fin de evitar la trasgresión de mis derechos fundamentales.

Del derecho a la igualdad (Artículo 13 de la C. N.)

Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y

3

adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

La Procuraduría General de la Nación no adoptó las medidas necesarias en favor de las personas que tenemos la condición de pre pensionados por cuanto **convocó a concurso público de procuradores ofertando todos los cargos existentes en la entidad**, a pesar de conocer la jurisprudencia pacífica de la Corte Constitucional desde la expedición de la sentencia t-504 de 2009 y hasta hoy, en cuanto ha sostenido que las personas próximas a pensionarse son sujetos de especial protección estableciendo a su favor condiciones para garantizar su estabilidad laboral reforzada con el propósito de evitar la solución de continuidad entre el pago de salarios y el pago de la mesada pensional y proteger de esa forma el mínimo vital y otros derechos fundamentales conexos.

Derecho fundamental al debido proceso (Artículo 29 de la C.P.)

El precitado artículo 29 de la Constitución Política prevé que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

la Procuraduría General de la Nación no ha resuelto la petición con la cual solicité se reconociera mi condición de pre pensionada adjuntando los soportes probatorios necesarios para acreditar tal calidad, además, omitió el deber que tiene de dar un trato preferencial a mi caso como una medida de acción afirmativa al encontrarse probado que mi derecho pensional no se ha consolidado y por tanto estoy en riesgo o amenaza eminente de que con la desvinculación que se avecina, se vulneren los derechos fundamentales que he aludido a lo largo de este escrito.

Así mismo, la entidad accionada vulneró el derecho fundamental al debido proceso cuando publicó la Resolución No 040 del 20 de enero de 2015 por medio de la cual se dio apertura y se reglamentó la convocatoria del proceso de selección para proveer los cargos de carrera de procuradores judiciales de la Entidad, ya que **ofertó todos los cargos de la entidad** y no tuvo en cuenta la condición de pre pensionados de algunos de sus empleados que como yo tenemos derecho a una estabilidad laboral reforzada hasta tanto se **verifique mi inclusión en nómina**, con lo cual se consolida mi derecho pensional, se garantiza el disfrute de la pensión de vejez como manifestación del derecho a la seguridad social y se evita la vulneración de mis derechos fundamentales.

Derecho fundamental a la Seguridad Social. Artículo 48 de la C. N.

La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

La garantía al mínimo vital como consecuencia de obtener la pensión de vejez no debe depender de reconocimiento subjetivo y discrecional de la estabilidad laboral reforzada por parte de las autoridades ya que la misma Corte

Constitucional ha dicho de él que es IMPERATIVO porque es de raigambre constitucional tal como lo expresó en la Sentencia de T-186 de 2013 ya que dicha estabilidad opera como instrumento para satisfacer derechos fundamentales de las personas próximas a pensionarse que se verían gravemente afectadas por el retiro del empleo público.

LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN es una entidad pública que **OMITIÓ** en la reglamentación de la Convocatoria del proceso de selección de carrera de Procuradores Judiciales, Resolución No 040 de 20 de enero de 2015, prever mecanismos necesarios para garantizar que las personas próximas a pensionarse, es decir a aquellas que les faltare tres años o menos para obtener su derecho a la pensión, o que teniendo su derecho reconocido no hubiesen ingresado a nómina de pensionados, no sean desvinculadas de la entidad hasta tanto no se consolide ese derecho.

Si bien la CORTE CONSTITUCIONAL en sentencia C-101 de 2013 ordenó convocar a concurso **TODOS** los cargos de procurador judicial sin distinción alguna, lo cierto es que desde el inicio de la convocatoria la Procuraduría estaba en el deber de prever esta situación con el fin de evitar la vulneración de derechos fundamentales en cabeza de los funcionarios que ostentan la condición de pre pensionados. En este sentido, se considera que la entidad demandada debió establecer condiciones especiales desde la misma convocatoria para efectos de determinar la forma progresiva en que se darían las desvinculaciones de quienes en su condición de pre pensionados tienen derecho a la estabilidad laboral reforzada mientras consolidan su derecho pensional.

En este sentido la Corte Constitucional en sentencia SU-446 de 2011 en un caso similar expuso que: .. *"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".*

Por lo anterior se solicita se ordene a la entidad accionada que establezca los mecanismos necesarios tales como traslados o acceso a empleos de igual o mayor jerarquía dentro de la institución para garantizar el derecho constitucional de estabilidad laboral reforzada lo que se traduce en que no se me desvincule hasta tanto no concrete mi derecho pensional.

Siendo así, se puede establecer que la Procuraduría General de la Nación está amenazando mis derechos fundamentales consignados en la Constitución Política tales como al mínimo vital, a la seguridad social y a la vida digna, a la Igualdad y la Protección especial de la Estabilidad Laboral Reforzada por tener la condición de Pre Pensionada.

FUNDAMENTOS JURISPRUDENCIALES

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER EXPEDIENTE
688812333000-2016-00120-00**

4

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MADRE CABEZA DE FAMILIA Y PERSONAS PRÓXIMAS A PENSIONARSE-Garantía

Se ha señalado que la permanencia en los empleos de carrera debe responder a reglas constitucionales o legales, de índole objetiva, lo que impide el retiro del cargo a partir de criterios meramente discrecionales. Uno de los factores que ha evaluado la jurisprudencia para la permanencia en el empleo es la estabilidad laboral reforzada de los sujetos de especial protección constitucional, entre ellos los servidores públicos próximos a pensionarse, denominados comúnmente como prepensionados. El aspecto central de este tópico consiste en que para determinados grupos de funcionarios, como madres y padres cabeza de familia, discapacitados o prepensionados, concurre una relación de dependencia intrínseca entre la permanencia en el empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, particularmente el mínimo vital y la igualdad de oportunidades. De allí que se sostenga por la jurisprudencia que la eficacia de esos derechos depende del reconocimiento de estabilidad laboral en aquellos casos, a través de un ejercicio de ponderación entre tales derechos y los principios que informan la carrera administrativa.

RETEN SOCIAL A PREPENSIONADOS-Reiteración de jurisprudencia sobre su aplicación y alcance

El retén social es una especie de mecanismo, dentro de los múltiples que pueden considerarse para garantizar los derechos fundamentales concernidos por la permanencia en el empleo público de los servidores próximos a pensionarse. En otras palabras, el fundamento de la estabilidad laboral de los prepensionados tiene origen constitucional y, por ende, resulta aplicable en cada uno de los escenarios en que entren en tensión los derechos al mínimo vital y la igualdad, frente a la aplicación de herramientas jurídicas que lleven al retiro del cargo, entre ellas el concurso público de méritos, como se explica enseguida.

PROVISIÓN DE CARGOS DE LA LISTA DE ELEGIBLES PREVIO CONCURSO DE MÉRITOS Y LA PROTECCIÓN ESPECIAL DE LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD, MADRES Y PADRES CABEZA DE FAMILIA Y PREPENSIONADOS-Aplicación de criterios de razonabilidad y proporcionalidad ante la tensión entre estabilidad laboral reforzada de prepensionados y provisión de cargo de carrera mediante concurso

La problemática surge cuando el servidor público próximo a pensionarse ejerce un cargo público en provisionalidad, el cual es ofertado a concurso público de méritos y asignado al aspirante que supera dicho concurso. En ese escenario entran en tensión dos derechos de raigambre constitucional. El primero, que refiere al derecho subjetivo del aspirante a acceder al empleo público por haber superado el concurso público de méritos, que es a la vez el mecanismo preferente y general para el acceso a los empleos del Estado. El segundo, que tiene que ver con la protección de los derechos fundamentales del prepensionado, que se verían intervenidos por el retiro del cargo, lo que lo dejaría en estado de vulnerabilidad económica. La jurisprudencia de la Corte ha considerado que este asunto no puede resolverse simplemente a través de la opción a favor de alguno de los derechos en conflicto. En contrario, ha planteado la necesidad que en el caso concreto se efectúe un ejercicio de ponderación entre esos derechos, el cual no afecte el núcleo esencial de cada uno de los extremos en cuestión. Para ello ha enfatizado en dos tipos de argumentos centrales: (i) la necesidad que las autoridades del Estado interpreten las normas de forma razonable, proporcionada y compatible con los derechos fundamentales de los afectados; (ii) la obligación que esas mismas

autoridades hagan una evaluación objetiva de las circunstancias del caso, diferente a una adjudicación aleatoria, en la cual se determine si es posible proteger concomitantemente los derechos del prepensionado y del aspirante.

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MADRE CABEZA DE FAMILIA Y PERSONAS PRÓXIMAS A PENSIONARSE-Orden de reintegrar a la accionante por ser prepensionada y cabeza de familia

13. Un escenario distinto de vigencia de la estabilidad laboral reforzada de las personas próximas a pensionarse concurre ante la provisión de cargos por concurso público de méritos. La problemática surge cuando el servidor público próximo a pensionarse ejerce un cargo público en provisionalidad, el cual es ofertado a concurso público de méritos y asignado al aspirante que supera dicho concurso. En ese escenario entran en tensión dos derechos de raigambre constitucional. El primero, que refiere al derecho subjetivo del aspirante a acceder al empleo público por haber superado el concurso público de méritos, que es a la vez el mecanismo preferente y general para el acceso a los empleos del Estado. El segundo, que tiene que ver con la protección de los derechos fundamentales del *prepensionado*, que se verían intervenidos por el retiro del cargo, lo que lo dejaría en estado de vulnerabilidad económica.

La jurisprudencia de la Corte ha considerado que este asunto no puede resolverse simplemente a través de la opción a favor de alguno de los derechos en conflicto. En contrario, ha planteado la necesidad que en el caso concreto se efectúe un ejercicio de ponderación entre esos derechos, el cual no afecte el núcleo esencial de cada uno de los extremos en cuestión. Para ello ha enfatizado en dos tipos de argumentos centrales: (i) la necesidad que las autoridades del Estado interpreten las normas de forma razonable, proporcionada y compatible con los derechos fundamentales de los afectados; (ii) la obligación que esas mismas autoridades hagan una evaluación objetiva de las circunstancias del caso, diferente a una adjudicación aleatoria, en la cual se determine si es posible proteger concomitantemente los derechos del *prepensionado* y del aspirante.

14. En cuanto a lo primero, la Corte ha insistido que la interpretación mecánica y aislada de las normas de la carrera administrativa no es acertada, en cuanto puede llegar a afectar derechos constitucionales, que a su vez tienen la misma fundamentación superior que el mérito como mecanismo para el acceso a los empleos del Estado. Esa interpretación razonable implica, necesariamente, que la autoridad debe incluir entre su análisis de la regla legal de la carrera administrativa, todas aquellas variables relacionadas con la vigencia de los derechos fundamentales del aspirante y de quien ejerce el cargo en condición de provisionalidad. Esto con el fin de evitar que una maximización de alguno de estos derechos permita llegar a resultados manifiestamente injustos, entre ellos los que significan la grave afectación de las posiciones jurídicas que la Constitución garantiza a los sujetos de especial protección. Así, se ha considerado en la jurisprudencia, para el caso particular de los *prepensionados*, las siguientes premisas, útiles para resolver la tensión expuesta:

"Al dar cumplimiento a sus deberes constitucionales, legales y reglamentarios, los servidores públicos siempre deben tener presentes los principios, valores, finalidades estatales y derechos humanos consagrados en la Carta Política, procurando adoptar decisiones y cumplir sus funciones de manera tal que se maximice en cada situación concreta el imperio y la vigencia de la Constitución, y se minimicen los impactos negativos sobre los derechos fundamentales. En este preciso sentido, en la sentencia T-715/99² la

² M.P. Alejandro Martínez Caballero.

3

Corte explicó que en el cumplimiento de sus funciones, los servidores públicos deben siempre tener presentes las finalidades constitucionales de promover la vigencia de un orden justo, la primacía de los derechos fundamentales de la persona y el servicio a la comunidad, sin obrar en forma mecánica sino de manera razonable, ponderada, creativa y proactiva.

(...)

A este respecto cobra particular relevancia el principio de igualdad que rige el ejercicio de la función administrativa de conformidad con el artículo 209 de la Constitución. En cumplimiento de este principio, los servidores públicos llamados a ejercer funciones administrativas – por ejemplo, proveer los cargos de carrera en sus respectivas instituciones- deben prestar cuidadosa atención a las características específicas y particulares de cada caso individual, en forma tal que cuando se hayan de adoptar decisiones susceptibles de afectar los derechos fundamentales se evite incurrir en discriminación, y se garantice la provisión de un trato diferenciado a quien por sus circunstancias particulares y sus derechos individuales así lo amerita legítimamente.

También son de relevancia directa, en aplicación de esta pauta de comportamiento de los servidores públicos, las disposiciones constitucionales consagradas en los artículos 2 –asegurar la vigencia de un orden justo como uno de los fines esenciales del Estado-, 4 –prevalencia absoluta de la Constitución Política en tanto norma de normas- y 5 –primacía de los derechos inalienables de la persona- de la Constitución; son estos mandatos del constituyente los que deben guiar el cumplimiento de las funciones de los servidores públicos en cada decisión y cada actuación que adopten, para efectos de procurar, constantemente, el evitar resultados manifiestamente injustos, violar lo dispuesto en la letra o el espíritu de la Constitución Política, o desconocer la prevalencia imperativa de los derechos fundamentales.

Lo anterior implica, en lo que resulta relevante para el caso bajo examen, que cuando una autoridad administrativa tiene a su disposición diversas alternativas para dar cumplimiento a sus deberes y obligaciones, debe optar por aquella que mejor materialice los derechos, valores y principios constitucionales, y que en menor grado afecte los derechos fundamentales, especialmente si afecta a sujetos de especial protección constitucional. Más concretamente, al tomar decisiones relativas a la provisión de cargos de carrera administrativa, las autoridades nominadoras deben obrar en cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales en forma razonable, ponderada, y habiendo procurado no desconocer los derechos fundamentales de quienes se habrán de ver afectados por sus actos, para así no desencadenar resultados injustos que pueden ser evitados.”³

15. La interpretación razonable de las normas sobre carrera administrativa, de acuerdo con el precedente expuesto, se funda en la evaluación de las diversas alternativas de decisión en cada caso concreto, de modo que se llegue a aquella opción que mejor desarrolle los derechos, principios y valores

³ Corte Constitucional, sentencia T-017/12.

constitucionales, entre ellos los relacionados con la estabilidad laboral reforzada de los sujetos de especial protección y los que se predicen del aspirante que supera satisfactoriamente el concurso público de méritos.

En esta premisa se funda el segundo argumento que ha permitido a la Corte adelantar la ponderación entre derechos antes explicada. De tal modo, se ha considerado que la definición acerca del acceso del ganador del concurso de méritos al empleo público, que en todo caso es un derecho constitucionalmente prevalente, debe definirse de forma que consulte condiciones objetivas y no de manera aleatoria. Esto significa, en concreto, que en aquellas circunstancias en que sea posible garantizar correlativamente los derechos de carrera y la estabilidad laboral reforzada, particularmente porque se está ante la pluralidad de cargos, sin que todos ellos se hayan proveído por el concurso, la autoridad administrativa estará obligada a preferir una solución razonable, basada en la protección simultánea de los derechos constitucionales del aspirante y del *prepensionado*.

16. Estas fueron las consideraciones plasmadas por la Corte en la sentencia T-729/10, reiterada en la decisión T-017/12. En aquella oportunidad, se estudió el caso de un ciudadano que se desempeñaba en provisionalidad en el cargo de Delegado Departamental en la Registraduría Nacional del Estado Civil y quien había sido desvinculado del mismo porque el empleo que ocupaba se proveyó en propiedad mediante concurso. Esto a pesar de que, con acompañamiento de la propia entidad, había radicado la solicitud de pensión de jubilación ante Cajanal. La Corte constató que se conformó una lista de elegibles de 43 personas para la provisión de 64 cargos de Delegados Departamentales que habían sido ofertados a través del concurso de méritos, por lo que al no haberse proveído en propiedad todos los empleos, la Administración no podía decidir al azar qué personas iban a ser removidas, ni tampoco desvincular a todas las personas que se encontraran en provisionalidad, pues debía considerar las circunstancias particulares de cada caso, como el del accionante, quien por tener en trámite su solicitud de reconocimiento de la pensión de jubilación hacía parte de un grupo vulnerable, en tanto la desvinculación de su trabajo podía implicar la solución de continuidad entre sus ingresos recibidos como contraprestación al trabajo y el goce efectivo de sus mesadas pensionales.

Para sustentar esta conclusión, la Sala de Revisión planteó las siguientes premisas, que al mostrarse dirimentes para resolver el asunto planteado, son transcritas *in extenso*.

"[E]stima la Sala que la efectiva celebración de los concursos públicos de méritos es una causa que cumpliría con las condiciones necesarias para imponer una afectación a la estabilidad laboral del afectado. Primero, porque el concurso solo se realiza si el cargo se encuentra en vacancia, lo que excluye de plano que pueda afectar a funcionarios nombrados en propiedad. En consecuencia, (ii) los funcionarios que se ven afectados por la celebración del concurso de la Registraduría Nacional del Estado Civil son aquellos que se encuentran nombrados en provisionalidad, así que son conscientes del carácter precario de su estabilidad; y, (iii) porque en la sentencia C-588 de 2009, la Sala Plena de este Tribunal consideró que la inscripción extraordinaria en carrera (medida destinada a proteger a todos quienes se hallaban en provisionalidad al momento de iniciarse los concursos de méritos) afecta el núcleo del sistema democrático, tal como fue concebido por el constituyente de 1991.

En el mismo sentido, la decisión de desvincular a quienes no aprobaron fases decisivas del concurso de méritos, resultaba idónea para

garantizar la eficacia del mandato democrático de asegurar el ingreso a la carrera solo en razón del mérito.

Sin embargo, la medida no es necesaria, debido a que la convocatoria 003 de 2008 se abrió para la provisión de 64 cargos de delegado departamental, y el resultado del concurso de méritos produjo la elaboración de una lista de elegibles conformada por 43 nombres. Esto significa que 21 de los cargos no se encuentran actualmente provistos mediante concurso de méritos, y que la entidad, en virtud de los principios de ausencia de arbitrariedad del estado de derecho; de razonabilidad y proporcionalidad que limitan las limitaciones a los derechos fundamentales en el estado constitucionalidad, y en atención al carácter de derecho fundamental y principio esencial del estado social que ostenta el derecho al trabajo, no podía decidir por azar cuáles funcionarios debían mantenerse en sus cargos y cuáles debían ser retirados; pero tampoco podía decidir desvincularlos a todos sin tomar en cuenta su situación particular, pues ello constituye un desconocimiento del artículo 13 constitucional (particularmente en sus incisos 3º y 4º).

El hecho de que la entidad le haya informado al actor, días antes de declarar la insubsistencia de su nombramiento, que había sido incluido en el plan de prepensionados de la entidad, destinado a acompañarlo en los trámites para la obtención de su pensión de vejez, sí permite acreditar que la parte accionada conocía plenamente su situación, y que era consciente de su estado de vulnerabilidad.

Por lo tanto, no podía aplicar lo que podría denominarse la "regla absoluta de exclusión", para evitar la "exclusión al azar", como se infiere de la contestación a la demanda sino que, en aplicación de los principios de buena fe y solidaridad social, debía tomar en cuenta la situación del actor quien, además de encontrarse en trámite de reconocimiento pensional, prestó sus servicios profesionales a la entidad por más de 28 años" (subrayas no originales).

17. A partir de los precedentes expuestos, se tiene que la Corte ha concluido que (i) la decisión de la Administración de excluir del empleo público a quien lo ejerce en provisionalidad, debido a la necesidad de permitir el ingreso de quien ha superado el concurso de méritos, es una medida constitucionalmente adecuada, pues se sustenta en el carácter preminente de esa modalidad de provisión de cargos; (ii) sin embargo, la medida no resulta necesaria cuando quien ejerce el empleo en provisionalidad es un sujeto de especial protección constitucional, como sucede con las personas próximas a pensionarse y, a su vez, concurre un margen de maniobra para la Administración en cuanto a la provisión del empleo, en razón de la diferencia entre las plazas ofertadas y aquellas proveídas mediante la lista de elegibles correspondiente; y (iii) una decisión de ese carácter se muestra compatible con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, a la vez que se resulta respetuosa de los derechos fundamentales de dichos sujetos de especial protección.

LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN debe garantizar mi permanencia en la entidad hasta que sea incluida en nómina de pensionados por cuanto soy sujeto de protección constitucional por estar próxima a pensionarme hecho que era conocido por la entidad, por tanto debe tomar todas las medidas pertinentes, como ORDENAR traslado a un cargo de igual o superior categoría dentro de la entidad o cualquier otra medida con la que la entidad garantice mi derecho constitucional.

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIA T-156/14

3. La estabilidad laboral de los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad

3.2. La carrera administrativa es el mecanismo preferente para el acceso y la gestión de los empleos públicos, quien supere satisfactoriamente las etapas del concurso de méritos adquiere un derecho subjetivo de ingreso al empleo público, el cual es exigible tanto a la Administración como a los funcionarios públicos que están desempeñando el cargo ofertado en provisionalidad. Sobre esto, la Corte ha sostenido que los cargos en provisionalidad no pueden equipararse a los de carrera administrativa en cuanto a su vinculación y retiro.[26] Esto, en tanto existen marcadas diferencias entre los funcionarios inscritos en carrera administrativa y los funcionarios públicos provisionales.

En relación con los primeros, se trata de funcionarios que acceden a estos cargos mediante el concurso de méritos, por lo que su permanencia en el cargo implica mayor estabilidad al haber superado las etapas propias del concurso, lo que impide el retiro del cargo a partir de criterios meramente discrecionales. De ahí, que el acto administrativo por medio del cual se desvincula a un funcionario de carrera administrativa deba además de otros requisitos que debe cumplir, ser motivado para que la decisión sea ajustada a la Constitución.[27]

Por su parte, los funcionarios públicos que desempeñan en provisionalidad cargos de carrera gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que implica que el acto administrativo por medio del cual se efectúe su desvinculación debe estar motivado, es decir, debe contener las razones de la decisión, lo cual constituye una garantía mínima derivada, entre otros, del derecho fundamental al debido proceso y del principio de publicidad.[28]

3.3. Esta Corporación ha reconocido que cuando un funcionario ocupa en provisionalidad un cargo de carrera, y es además sujeto de especial protección constitucional, como por ejemplo, madres o padres cabeza de familia, funcionarios que están próximos a pensionarse o funcionarios que padecen discapacidad física, mental, visual o auditiva, *"concorre una relación de dependencia intrínseca entre la permanencia en el empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, particularmente el mínimo vital y la igualdad de oportunidades. De allí que se sostenga por la jurisprudencia que la eficacia de esos derechos depende del reconocimiento de estabilidad laboral en aquellos casos, a través de un ejercicio de ponderación entre tales derechos y los principios que informan la carrera administrativa"*. [29]

Si bien estas personas no tienen un derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, pues este debe proveerse por medio de concurso de méritos, si debe otorgárseles un trato preferencial como acción afirmativa,[30] antes de efectuar el nombramiento de quienes ocuparon los primeros puestos en la lista de elegibles del respectivo concurso de méritos, con el fin de garantizar el goce efectivo de sus derechos fundamentales. Ello, en virtud de los mandatos contenidos en los incisos 2º y 3º del artículo 13 Superior, relativos a la adopción de medidas de protección a favor de grupos vulnerables y personas en condición de debilidad manifiesta, y en las cláusulas constitucionales que consagran una protección reforzada para ciertos grupos sociales, tales como las mujeres (art. 43 CP), los niños (art. 44 C.P.), las personas de la tercera edad (art. 46 C.P) y las personas con discapacidad (art. 47 C.P.). [31]

7

3.4. En relación con el tema, la Corte Constitucional ha precisado algunas medidas adoptadas para garantizar los derechos fundamentales de quienes ameritan una especial protección constitucional por estar en condiciones de vulnerabilidad. Por ejemplo, en la sentencia de unificación SU-446 de 2011,[32] esta Corporación hizo un pronunciamiento en torno a la relación existente entre la provisión de cargos de carrera mediante concurso de méritos y la protección especial de las personas que ocupan dichos cargos en provisionalidad y se encuentran en circunstancias especiales por tratarse de personas con disminución física, sensorial o psíquica, madres y padres cabeza de familia o prepensionados. Al respecto expresó:

“Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación, 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 desvinculación. 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”.

3.5. Pese a la potestad de desvincular a los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad en un cargo de carrera con observancia de los requisitos propios de la estabilidad relativa o intermedia de que son titulares, la sentencia en cita señaló que deben respetarse los derechos fundamentales de aquellos funcionarios que están en condición de vulnerabilidad. Se sostuvo al respecto:

“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, entiéndase 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 esta ocasión debe tenerse en cuenta que el actor es un funcionario público que fue nombrado como provisional en un empleo de carrera, pero además tiene la condición de prepensionado, de conformidad con el artículo 1º del Decreto 3905 de dos mil nueve (2009).

4. Cargos de carrera, ocupados en provisionalidad por personas que tienen la condición de prepensionados

4.1. Debe la Sala precisar en relación las afirmaciones realizadas en el proceso de tutela, por parte de la Secretaría de la Función Pública del Departamento de Cundinamarca y luego consignadas en el fallo por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el cual se sostuvo que el señor Riveros no es beneficiario de la figura del retén social, en cuanto éste sólo

aplica a los empleados de aquellas entidades estatales que están en procesos de renovación o de reestructuración.

En esta ocasión no se trataba de un proceso de reorganización de la planta de personal de la entidad accionada originada en una reestructuración de la misma, sino que se llevó a cabo un concurso de méritos para proveer los cargos que se encontraban ocupados por personal en provisionalidad. Sin embargo, ello no implica que el señor Riveros no tuviera derecho a la estabilidad laboral relativa, en virtud de la protección establecida en el Decreto 3905 de 2009 *"Por el cual se reglamenta la Ley 909 de 2004 y se dictan normas en materia de carrera administrativa"* y en el Acuerdo 121 de 2009 *"Por medio del cual se establece el procedimiento a seguir para implementar lo dispuesto en el Decreto 3905 de 2009"*, aquellos funcionarios provisionales que ostentan la condición de prepensionados tienen derecho a permanecer en sus empleos hasta tanto causen su derecho a la pensión.

Mecanismos de protección de los funcionarios públicos prepensionados que ocupan cargos de carrera en provisionalidad en el marco de un concurso de méritos

4.2. La figura del retén social no puede confundirse con la estabilidad laboral de quienes ocupan cargos públicos en provisionalidad, ya que mientras que el retén social se predica de aquellos funcionarios públicos que, en el marco del programa de reestructuración de las entidades del Estado, ostentan la condición de padres o madres cabeza de familia, personas con limitación física, mental, visual o auditiva y funcionarios próximos a pensionarse;^[33] la figura de la estabilidad relativa de los empleados que ocupan cargos en provisionalidad y que se acogieron al beneficio establecido en el Decreto 3905 de dos mil nueve (2009), hace referencia a aquellos funcionarios: (i) que fueron nombrados en tales cargos antes del veinticuatro (24) de septiembre de dos mil cuatro (2004), (ii) a cuyos titulares a la fecha de expedición del Decreto 3905 de 2009 les falte tres (3) años o menos para causar el derecho a la pensión de jubilación, razón por la cual (iii) sus puestos serán ofertados por la Comisión Nacional del Servicio Civil una vez el servidor cause su respectivo derecho pensional.

4.3. El Presidente de la República expidió el Decreto 3905 de 2009 *"Por el cual se reglamenta la Ley 909 de 2004 y se dictan normas en materia de carrera administrativa"*, con el fin de otorgar una protección especial frente a la permanencia en el empleo, en el marco de la realización del concurso de méritos, a los funcionarios públicos que se encuentran próximos a pensionarse y se desempeñan en cargos de carrera en provisionalidad. Esto, en aras de evitar la desvinculación del servicio de manera inmediata y sin consideración alguna de su condición de prepensionados.^[34]

Mediante el Acuerdo 121 de dos mil nueve (2009) *"Por medio del cual se establece el procedimiento a seguir para implementar lo dispuesto en el Decreto 3905 de 2009"* se dijo en el artículo 1º que en cumplimiento de lo dispuesto en el Decreto 3905 de dos mil nueve (2009), los jefes de los organismos o entidades deberán reportar a la CNSC, dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha de publicación del referido Decreto, los empleos que se encuentren ocupados en las siguientes condiciones: (i) Que se trate de un empleo vacante en forma definitiva que pertenezca al sistema de carrera general, a los sistemas específicos y al sistema especial del Sector Defensa; (ii) Que esté siendo desempeñado con personal vinculado mediante nombramiento provisional efectuado antes del veinticuatro (24) de septiembre de dos mil cuatro (2004); (iii) Que quien esté desempeñado dicho empleo en las anteriores condiciones, a la fecha de expedición del Decreto 3905 de 2009, estos es, ocho (8) de octubre, le falten tres (3) años o menos para causar su

derecho a la pensión de jubilación; (iv) Finalmente, resaltó que se entiende que se ha causado el derecho a la pensión cuando se cumpla con la totalidad de los requisitos, que conforme a las normas vigentes, le permitan al servidor solicitar su reconocimiento pensional.

El artículo 12 del Acuerdo en cita, consagra la condición suspensiva en que queda sometida la posibilidad de ofrecer un cargo ocupado en provisionalidad por un prepensionado en el concurso de méritos: "Los empleos reportados ante la CNSC desempeñados por servidores provisionales en condición de prepensionados que cumplan con los requisitos establecidos en el Decreto 3905 de dos mil nueve (2009), estarán sometidos a una condición suspensiva, en la medida en que sólo serán ofertados por la CNSC una vez el servidor cause su respectivo derecho pensional".

4.4. Como se observa, el Decreto 3905 de dos mil nueve (2009) y el Acuerdo 121 de dos mil nueve (2009), tienen entre sus finalidades que aquellos empleos que se encuentren ocupados por funcionarios provisionales prepensionados nombrados antes del veinticuatro (24) de septiembre de dos mil cuatro (2004),^[35] puedan ser identificados y excluidos del concurso por estar sometidos a una condición suspensiva, en la medida en que sólo serán ofertados por la CNSC una vez el servidor cause su respectivo derecho pensional.

4.5. Lo expuesto, pone de presente la relevancia constitucional de garantizar una protección especial frente a la estabilidad en el empleo a las personas próximas a pensionarse, que se encuentren bien sea en el marco de un proceso de reestructuración del Estado, de liquidación de una entidad, o de cualquier otra situación en la cuál entren en tensión los derechos al mínimo vital y al trabajo, frente a la aplicación de disposiciones que impliquen el retiro del cargo; en aras de garantizar el disfrute de la pensión de vejez como manifestación del derecho a la seguridad social. (Resaltado fuera del texto).

La Procuraduría General de la Nación sí tiene la obligación de dar un trato preferencial como una medida de acción afirmativa a las personas próximas a pensionarse y es su deber ofrecer los mecanismos para garantizar dicha condición antes de proferir el acto de desvinculación como consecuencia del nombramiento a la persona que gana el concurso.

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIA T-326/14

Si bien, estas personas no tienen un derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, pues este debe proveerse por medio de un concurso de méritos, sí debe otorgárseles un trato preferencial como acción afirmativa^[51], antes de efectuar el nombramiento de quienes ocuparon los primeros puestos en la lista de elegibles del respectivo concurso de méritos, con el fin de garantizar el goce efectivo de sus derechos fundamentales. Ello, en virtud de los mandatos contenidos en los incisos 2º y 3º del artículo 13 Superior, relativos a la adopción de medidas de protección a favor de grupos vulnerables y personas en condición de debilidad manifiesta, y en las cláusulas constitucionales que consagran una protección reforzada para ciertos grupos sociales, tales como las mujeres (art. 43 CP), los niños (art. 44 CP), las personas de la tercera edad (art. 46 CP) y las personas con discapacidad (art. 47 CP)^[52].

3.4. En relación con la estabilidad laboral relativa de que gozan los funcionarios que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, la Corte Constitucional ha precisado algunas medidas adoptadas para garantizar los derechos fundamentales de quienes ameritan una especial protección constitucional por estar en condiciones de vulnerabilidad. Por ejemplo, en la sentencia de unificación SU-446 de 2011[53], esta Corporación hizo un pronunciamiento en torno a la relación existente entre la provisión de cargos de carrera mediante concurso de méritos y la protección especial de las personas que ocupan dichos cargos en provisionalidad y se encuentran en circunstancias especiales por tratarse de madres y padres cabeza de familia, prepensionados o personas en situación de discapacidad. Al respecto expresó:

“Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación[54], 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 desvinculación[55]. 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” (negrillas originales).

3.5. Entonces, pese a la potestad de desvincular a los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad en un cargo de carrera, para no vulnerar los derechos fundamentales de aquellas personas que están en condición de vulnerabilidad 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. En esta ocasión debe tenerse en cuenta, de un lado, que la señora Ana Isabel Velásquez Arias fue desvinculada

9

del cargo de carrera en el cual estaba nombrada en provisionalidad, para posesionar a quien se encontraba ocupando la segunda posición en la lista de elegibles correspondiente al cargo Auxiliar Área Salud, código 412, grado 04, No. 24027[56]; de otro lado, que la accionante es una persona que goza de especial protección por tener la calidad de prepensionada y ser madre cabeza de familia.

PARA EVITAR UN PERJUICIO IRREMEDIABLE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN NO DEBE VULNERAR DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS QUE NOS ENCONTRAMOS EN CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD GARANTIZANDO LA PERMANENCIA EN LA ENTIDAD HASTA TANTO NO ACCEDAMOS AL DISFRUTE DE LA PENSIÓN DE VEJEZ.

6. La estabilidad laboral relativa en el marco de un concurso público de méritos: aplicación de los criterios de razonabilidad y proporcionalidad

6.1. Un escenario distinto de vigencia de la estabilidad laboral de las personas próximas a pensionarse concurre ante la provisión de cargos por concurso público de méritos. La problemática surge cuando el servidor público próximo a pensionarse ejerce un cargo público en provisionalidad, el cual es ofertado a concurso público de méritos y asignado al aspirante que supera dicho concurso. En ese contexto entran en tensión dos derechos de raigambre constitucional. El primero, que refiere al derecho subjetivo del aspirante a acceder al empleo público por haber superado el concurso público de méritos, que es a la vez el mecanismo preferente y general para el acceso a los empleos del Estado. El segundo, que tiene que ver con la protección de los derechos fundamentales de *lprepensionado*, que se verían intervenidos por el retiro del cargo, lo que lo dejaría en estado de vulnerabilidad económica[80]. En la sentencia T-186 de 2013[81] se consideró que este asunto no puede resolverse simplemente a través de la opción a favor de alguno de los derechos en conflicto. Al contrario, se planteó la necesidad de que en el caso concreto se efectúe un ejercicio de ponderación entre esos derechos, que no afecte el núcleo esencial de cada uno de los extremos en cuestión. Para ello enfatizó en dos tipos de argumentos centrales: (i) la necesidad de que las autoridades del Estado interpreten las normas de forma razonable, proporcionada y compatible con los derechos fundamentales de los afectados, y (ii) la obligación de que estas mismas autoridades hagan una evaluación objetiva de las circunstancias del caso, diferente a una adjudicación aleatoria, en la cual se determine si es posible proteger concomitantemente los derechos del *prepensionado* y del aspirante.

6.2. En cuanto a lo primero, la Corte ha insistido en que la interpretación mecánica y aislada de las normas de carrera administrativa no es acertada, porque puede llegar a afectar derechos constitucionales que a su vez tienen la misma fundamentación superior que el mérito como mecanismo para el acceso a los empleos del Estado. Esta interpretación razonable implica, necesariamente, que la autoridad debe incluir entre su análisis de la regla legal de la carrera administrativa, todas aquellas variables relacionadas con la vigencia de los derechos fundamentales del aspirante y de quien ejerce el cargo en condición de provisionalidad. Esto con el fin de evitar que una maximización de alguno de estos derechos permita llegar a resultados manifiestamente injustos, entre ellos los que significan la grave afectación de las posiciones jurídicas que la Constitución garantiza a los sujetos de especial protección. Al respecto, la sala Primera de Revisión consideró en la sentencia T-017 de 2012[82], para el caso particular de los *prepensionados*, las siguientes premisas útiles para resolver la tensión expuesta:

“Al dar cumplimiento a sus deberes constitucionales, legales y reglamentarios, los servidores públicos siempre deben tener presentes los principios, valores, finalidades estatales y derechos humanos consagrados en la Carta Política, procurando adoptar decisiones y cumplir sus funciones de manera tal que se maximice en cada situación concreta el imperio y la vigencia de la Constitución, y se minimicen los impactos negativos sobre los derechos fundamentales. En este preciso sentido, en la sentencia T-715/99[83] la Corte explicó que en el cumplimiento de sus funciones, los servidores públicos deben siempre tener presentes las finalidades constitucionales de promover la vigencia de un orden justo, la primacía de los derechos fundamentales de la persona y el servicio a la comunidad, sin obrar en forma mecánica sino de manera razonable, ponderada, creativa y proactiva...

“[...]

“A este respecto cobra particular relevancia el principio de igualdad que rige el ejercicio de la función administrativa de conformidad con el artículo 209 de la Constitución. En cumplimiento de este principio, los servidores públicos llamados a ejercer funciones administrativas –por ejemplo, proveer los cargos de carrera en sus respectivas instituciones– deben prestar cuidadosa atención a las características específicas y particulares de cada caso individual, en forma tal que cuando se hayan de adoptar decisiones susceptibles de afectar los derechos fundamentales se evite incurrir en discriminación, y se garantice la provisión de un trato diferenciado a quien por sus circunstancias particulares y sus derechos individuales así lo amerita legítimamente.

“También son de relevancia directa, en aplicación de esta pauta de comportamiento de los servidores públicos, las disposiciones constitucionales consagradas en los artículos 2 –asegurar la vigencia de un orden justo como uno de los fines esenciales del Estado–, 4 –prevalencia absoluta de la Constitución Política en tanto norma de normas– y 5 –primacía de los derechos inalienables de la persona– de la Constitución; son estos mandatos del constituyente los que deben guiar el cumplimiento de las funciones de los servidores públicos en cada decisión y cada actuación que adopten, para efectos de procurar, constantemente, el evitar resultados manifiestamente injustos, violar lo dispuesto en la letra o el espíritu de la Constitución Política, o desconocer la prevalencia imperativa de los derechos fundamentales.

“Lo anterior implica, en lo que resulta relevante para el caso bajo examen, que **cuando una autoridad administrativa tiene a su disposición diversas alternativas para dar cumplimiento a sus deberes y obligaciones, debe optar por aquella que mejor materialice los derechos, valores y principios constitucionales, y que en menor grado afecte los derechos fundamentales, especialmente si afecta a sujetos de especial protección constitucional.** Más concretamente, al tomar decisiones relativas a la provisión de cargos de carrera administrativa, las autoridades nominadoras deben obrar en cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales en forma razonable, ponderada, y habiendo procurado no desconocer los derechos fundamentales de quienes se habrán de ver afectados por sus actos, para así no desencadenar resultados injustos que pueden ser evitados” (negritas fuera de texto).

6.3. La interpretación razonable de las normas sobre carrera administrativa, de conformidad con las posiciones expuestas, se funda en la evaluación de las diversas alternativas de decisión en cada caso concreto, de modo que se llegue a aquella opción que mejor desarrolle los derechos, principios y valores constitucionales, entre ellos los relacionados con la estabilidad laboral reforzada de los sujetos de especial protección y los que se predicen del aspirante que supera satisfactoriamente el concurso público de méritos.

En esta premisa se funda el segundo argumento que ha permitido a la Corte adelantar la ponderación entre derechos antes explicada. De tal modo, se ha considerado que la definición acerca del acceso del ganador del concurso de méritos al empleo público, que en todo caso es un derecho constitucionalmente prevalente, debe definirse de forma que consulte condiciones objetivas y no de manera aleatoria. Esto significa, en concreto, que en aquellas circunstancias en que sea posible garantizar correlativamente los derechos de carrera y la estabilidad laboral reforzada, particularmente porque se está ante la pluralidad de cargos, sin que todos ellos hayan sido provistos por el concurso, la autoridad administrativa estará obligada a preferir una solución razonable, basada en la protección simultánea de los derechos constitucionales del aspirante y del *prepensionado*[84].

6.4. A partir de las posiciones fijadas por diferentes salas de revisión de tutelas, se puede concluir que (i) la decisión de la Administración de excluir del empleo público a quien lo ejerce en provisionalidad, debido a la necesidad de permitir el ingreso de quien ha superado el concurso de méritos, es una medida constitucionalmente adecuada, pues se sustenta en el carácter preeminente de esa modalidad de provisión de cargos; (ii) sin embargo, la medida no resulta necesaria cuando quien ejerce el empleo en provisionalidad es un sujeto de especial protección constitucional, como sucede con las personas próximas a pensionarse y, a su vez, concurre un margen de maniobra para la Administración en cuanto a la provisión del empleo, en razón de la diferencia entre las plazas ofertadas y aquellas provistas mediante la lista de elegibles correspondiente[85], y (iii) una decisión en este sentido se muestra compatible con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, a la vez que resulta respetuosa de los derechos fundamentales de dichos sujetos de especial protección.

JUZGADO 10 CIVIL DEL CIRCUITO DE BUCARAMANGA
RADICADO: 2016-009

b) De la protección constitucional a los prepensionados, en virtud del artículo 13 de la Constitución Nacional

De conformidad con el artículo 13 de la Constitución, el Estado en la obligación de adoptar medidas tendientes a la protección de personas en condición de debilidad manifiesta ya sea por sus situaciones especiales.

En tal virtud, la H. Corte Constitucional considera pertinente pronunciarse sobre el derecho a la estabilidad reforzada en personas próximas a pensionarse, teniendo en cuenta que se trataba de sujetos con condiciones especiales. Así, sin realizar distinción sobre si los prepensionados laboraban en una entidad **"en proceso de reestructuración o liquidación"**, vio la necesidad de crear un mecanismo de protección que cobijara a la totalidad de los trabajadores.

Teniendo en cuenta lo anterior, en la sentencia T 176 de 2013 indicó:

*"Aunque la protección laboral reforzada que el legislador otorgó a aquellas personas que se encontraban en las condiciones descritas por el artículo 12 de la ley 790 de 2002, se **circunscribió en su momento, a aquellos***

trabajadores que eventualmente pudieran verse afectados en desarrollo del programa de renovación de la administración pública, la Corte Constitucional ha sentenciado que dicha protección, es de origen supra legal, la cual se desprende no solamente de lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución que establece la obligación estatal de velar por la igualdad real y efectiva de los grupos tradicionalmente discriminados y de proteger a las persona en circunstancias de debilidad manifiesta, sino de los artículos 42, 43, 44 y 48 superiores; se trata en consecuencia de una aplicación concreta de las aludidas garantías constitucionales que están llamadas a producir sus efectos cuando quiera que el ejercicio de los derechos (si) fundamentales de estos sujetos de especial protección pueda llegar a verse conculcado".

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA, SUBSECCION "B"

CONSEJERO PONENTE: DOCTOR GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil dieciséis (2016).

REF: EXPEDIENTE No. 050012333000201200285-01

NUMERO INTERNO 3685-2013

AUTORIDADES DEPARTAMENTALES

ACTOR: EDGAR AUGUSTO ARIAS BEDOYA

4.1.2.1. De la protección especial de los servidores públicos que se encuentran próximos a pensionarse.

En cuanto al argumento relacionado con la protección especial de la cual gozan las personas en situaciones particulares de vulnerabilidad, entre quienes se encuentran los servidores públicos próximos a pensionarse, denominados por la jurisprudencia "prepensionados", la Corte Constitucional ha sostenido que son sujetos de especial protección, estableciendo a su favor, condiciones para la garantía de la estabilidad laboral reforzada; tal es el caso de los empleados que ejercen en provisionalidad (Sentencia T-504 de 2008) en empleos públicos de carrera, y de los empleados de carrera que se enfrentan a la supresión del cargo como desarrollo de procesos de reestructuración administrativa (Ley 790 de 2002), con el propósito de evitar la solución de continuidad entre el pago de salarios y el pago de pensiones.

Así pues, en tratándose de las personas próximas a pensionarse, la protección especial se ha venido concretando por la Corte Constitucional en las siguientes reglas jurisprudenciales con el fin de asegurar la estabilidad laboral reforzada en los procesos de reestructuración administrativa:

"4. En ese marco, el legislador profirió la ley 790 de 2002 previendo mecanismos especiales de estabilidad para los trabajadores o funcionarios que se verían particularmente afectados en los procesos de reforma institucional, como concreción de los mandatos contenidos en los incisos 3º y 4º del artículo 13 Superior, relativos a la adopción de medidas de protección a favor de grupos vulnerables y personas en condición de debilidad manifiesta, y en las cláusulas constitucionales que consagran una protección reforzada para ciertos grupos sociales, tales como las mujeres (art. 43 CP), los niños (art. 44 C.P.), las personas de la tercera edad (art. 46 C.P), y las personas con discapacidad (art. 47

11

C.P.). Las medidas contenidas en la ley 790 de 2011 se conocen como retén social.

En la citada Ley, el Congreso de la República estableció, como ámbito de aplicación del retén social "los programas de renovación o reestructuración de la administración pública del orden nacional"; determinó que su finalidad es la de "garantizar la estabilidad laboral y el respeto a la dignidad humana para las personas que de hecho se encuentren en la situación de cabezas de Sentencia T-729 de 2010, posteriormente complementada y modificada por la ley 812 de 2003, y los decretos 190 y 396 de 2003, conjunto normativo que suele agruparse bajo el nombre de retén social: Mujeres cabeza de familia, los discapacitados y los servidores públicos próximos a pensionarse, (C-795 de 2009), prohibiendo su retiro del servicio; y fijó, como límite temporal de la protección, el vencimiento de las facultades extraordinarias conferidas al presidente mediante la citada ley.
(...)

En torno a la condición de sujeto prepensionado, la Corte delimitó el concepto para efectos de la protección reforzada reconocida por el legislador, en la sentencia C-795 de 2009:

"(i) [Definición de prepensionado:] (...) tiene la condición de prepensionado para efectos de la protección reforzada reconocida por el legislador a sujetos de especial vulnerabilidad, en el contexto de procesos de renovación de la administración pública, el servidor público próximo a pensionarse al cual le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez".

"(ii) El momento a partir del cual se [debe contabilizar] el parámetro temporal establecido para definir la condición de prepensionado (...) En relación con el (...) momento histórico a partir del cual se contabilizarían esos tres (3) años [previos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez], este debe adecuarse al nuevo contexto normativo generado por la expedición de la Ley 812 de 2003 y el pronunciamiento de la Corte efectuado en la sentencia C-991 de 2004 sobre esta norma. En ese nuevo marco, la jurisprudencia ha estimado que el término de tres (3) años o menos, 12 En la sentencia C-964 de 2003, la Corte declaró la exequibilidad condicionada de algunas disposiciones de la Ley 82 de 1993, "Por la cual se expiden normas para apoyar de manera especial la mujer cabeza de familia", en el entendido, que los beneficios establecidos en dichos artículos a favor de las personas dependientes de la mujer cabeza de familia se harán extensivos a los hijos menores y a los hijos impedidos dependientes del hombre que, de hecho, se encuentre en la misma situación que una mujer cabeza de familia, en los términos y bajo el requerimiento del artículo 2 de la misma Ley.

Bajo tal entendimiento, la Corte Constitucional ha precisado que el fundamento del reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada de los "prepensionados" no es un asunto que dependa de un mandato legislativo particular y concreto, sino que tiene raigambre constitucional, es decir, "opera para la satisfacción de los derechos fundamentales de estos grupos poblacionales, que se verían gravemente interferidos por el retiro del empleo público"; así las cosas, sostuvo que la mencionada estabilidad no solo es aplicable en los casos que el retiro del cargo se sustenta en su supresión ante la liquidación de la entidad, o en el marco

de los procesos de restructuración de la Administración Pública (retén social), siendo estos casos, apenas una especie de mecanismo, dentro de los múltiples que pueden considerarse para garantizar los derechos fundamentales involucrados por la permanencia en el empleo público de los servidores próximos a pensionarse. (Criterio sostenido en la sentencia T-089 de 2009) .

Es por lo anterior que la estabilidad laboral de los prepensionados se convierte en un imperativo constitucional en cada uno de los escenarios en que se materialice alguna de las causales que lleven al retiro del servicio, evento en el cual, será necesario efectuar un ejercicio de ponderación entre los derechos al mínimo vital e igualdad de los prepensionados y la satisfacción del interés general del buen servicio público, con el fin de no afectar el núcleo esencial de cada uno de los extremos en cuestión.

Al respecto, la Subsección A de la Sección Segunda de la Corporación, ha sostenido que el simple hecho de estar próximo a consolidar el status pensional, con el cumplimiento de los requisitos legales, no produce un fuero de estabilidad relativa en el empleo de libre nombramiento y remoción; lo anterior, implica que en cada caso particular y concreto, será necesario que el nominador analice la situación en la que se encuentra el empleado, en aras de realizar una ponderación razonable, adecuada y proporcionada al momento de ejercer la facultad discrecional, con el fin de materializar el interés general del buen servicio público pero sin afectar la protección especial del personal próximo a ser pensionado.

Conclusiones.

De las consideraciones esbozadas, la Sala concluye lo siguiente:

- a) La protección especial de estabilidad laboral conferida a quienes están próximos a consolidar el status pensional, es aplicable tanto a empleados en provisionalidad, como a empleados de libre nombramiento y remoción y de carrera, **respecto de cualquier escenario que materialice una causal objetiva de retiro del servicio.** (resaltado fuera del texto)...

EL CONSEJO DE ESTADO AL IGUAL QUE LA CORTE CONSTITUCIONAL CONSIDERAN QUE EL RECONOCIMIENTO Y PROTECCIÓN DEL DERECHO DE ESTABILIDAD REFORZADA A QUIENES ESTAMOS PRÓXIMOS A PENSIONARNOS ES UN IMPERATIVO CONSTITUCIONAL Y EN TAL SENTIDO LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN DEBE RESPETARLO TOMANDO TODAS LAS MEDIDAS NECESARIAS PARA GARANTIZAR SU PROTECCIÓN MÁXIME CUANDO LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN ES LA ABANDERADA DE LA PROTECCIÓN DE DERECHOS Y GARANTÍAS FUNDAMENTALES NO SOLO DE LA COMUNIDAD SINO DE LAS PERSONAS QUE LABORAN EN ELLA Y LA REPRESENTAN.

PRETENSIONES

1. Se tutelen mis derechos fundamentales al debido proceso administrativo, al trabajo, al mínimo vital, a la seguridad social y a la vida digna, a la Igualdad y la Protección especial de la Estabilidad Laboral Reforzada por tener mi condición de Pre

12

Pensionada, que están siendo amenazados por la Procuraduría General de la Nación.

2. Ordenar a la Procuraduría General de la Nación ABSTENERSE de nombrar de la lista de elegibles el cargo de Procuradora II Judicial 58 Delegada en asuntos penales hasta tanto se tomen todas las medidas necesarias para garantizar mi DERECHO DE ESTABILIDAD REFORZADA tales como: traslado a un cargo igual o superior categoría o cualquier otra que garanticen mis derechos hasta que se consolide mi derecho pensional mediante la verificación efectiva de encontrarme incluida en nómina de pensionados por parte de COLPENSIONES para así garantizar mi derecho a una pensión de jubilación y evitar la solución de continuidad entre el pago de salarios y el pago de las mesadas pensionales.

PRUEBAS

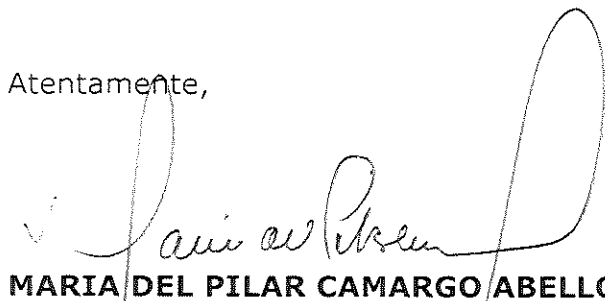
1. Certificado de tiempo de servicios y cargo desempeñado actualmente expedido por la Jefe de la División de Gestión Humana de la Procuraduría General de la Nación.
2. Copia de la Resolución 357 de 11 de julio de 2016 por medio de la cual se publica la lista de elegibles de la Convocatoria 004 de 2015 Procuradores Judiciales Penales II. Copia de la Resolución No. 358 del 12 de julio de 2016 a través de la cual se corrige la Resolución 357 de 11 de julio de 2016.
3. Copia del derecho de petición radicado el pasado 5 de agosto de 2016 ante la entidad accionada, mediante el cual se informa al Señor JORGE MARIO SEGOVIA ARMENTA, Jefe de la Oficina de Selección de Carrera de la Procuraduría mi condición de pre pensionada y se solicita abstenerse de desvincularme del cargo que ocupo.
4. Copia de las Resoluciones No. GNR 26758 del 25 de julio de 2014, GNR 343938 del 1 de octubre de 2014 y VPB 14016 del 17 de febrero de 2015.
5. Copia de la Cedula de Ciudadanía de la Suscrita.

NOTIFICACIONES

Las recibiré en la Carrera 41 # 40-45 Apto 201, Edificio Panorama Bucaramanga (Santander). Correo electrónico mpcamargo@procuraduria.gov.co

A la Procuraduría General de la Nación en la Carrera 5 Nro. 15 - 80 Bogotá D.C.

Atentamente,



MARIA DEL PILAR CAMARGO ABELLO
C. C. 28.148.154 de Girón