

50 folios
- Insoluto

Bucaramanga, Agosto 22 de 2016

Honorables Magistrados
TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA
Bogotá

ACCION DE TUTELA CON MEDIDA PROVISIONAL

Accionante: YOLANDA SANABRIA ROA
Accionado : PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION

YOLANDA SANABRIA ROA, identificada con la cédula de ciudadanía N. 63.24.473 de Bucaramanga, residente en el municipio de Bucaramanga, por medio del presente escrito, interpongo ACCION DE TUTELA contra LA PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION, representada legalmente por el señor Procurador General de la Nación, doctor ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO, o por quien al momento de la notificación haga sus veces; con el fin de que se me protejan los DERECHOS CONSTITUCIONALES DE **ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA**, en mi condición de sujeto de especial protección como PREPENSIONADA; **DERECHO A LA IGUALDAD, DERECHO AL DEBIDO PROCESO, DERECHO AL TRABAJO Y A LA SEGURIDAD SOCIAL, DERECHO AL MINIMO VITAL , A LA SALUD DERECHO A UNA VIDA DIGNA**, los cuales se encuentran amenazados por la entidad accionada por los siguientes

HECHOS:

1.Me encuentro vinculada en la Procuraduría General de la Nación, desde el día 2 de junio de 2015, en el cargo de Procurador Judicial II, código 3PJ-EC, dependencia Procuraduría 31 Judicial II para Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social de Bucaramanga. Cargo que he venido desempeñando de manera ininterrumpida hasta la fecha.

2.Nací el 22 de octubre de 1961 en la ciudad de Bucaramanga y en la actualidad cuento con 54 años y 10 meses de edad.

3.He servido durante mas de 20 años como funcionaria pública en diferentes entidades del orden Municipal, Departamental y Nacional, habiendo cotizado en el régimen pensional, durante todo el tiempo laborado. He desempeñado cargos en las siguientes entidades:

- Alcaldía Municipal de Bucaramanga
Cargos: Inspectora Municipal de Policía
Periodo: del 10 de enero de 1986 al 25 de febrero de 1987
Tiempo laborado: 1 año, 15 días



- Concejo Municipal de Bucaramanga
Cargo: Pagador del Concejo Municipal
Periodo: de Febrero de 1988 a marzo de 1989
Tiempo laborado: 1 año aproximadamente.

- Contraloría General de Santander:
Cargo: Abogada Auxiliar
Periodo: del 08 de junio de 1989 al 1 de septiembre de 1991
Tiempo laborado: 2 años, 1 mes, 22 días

- Contraloría Municipal de Bucaramanga:
Cargo: Profesional Universitario II Abogado Grado 17
Periodo: del 23 de julio de 1992, al 22 de enero de 1998
Tiempo laborado: 5 años, 6 meses

- Gobernación de Santander:
Cargo: Directora Nivel Ejecutivo
Periodo: del 23 de enero de 1998 al 15 de enero de 2001
Tiempo laborado: 2 años, 11 meses, 22 días

- Electrificadora de Santander S.A ESP:
Cargos: Profesional Jurídico - Abogada
Periodo: del 01 de septiembre de 2004, al 28 de febrero de 2010
Tiempo laborado: 5 años, 6 meses

- Procuraduría General de la Nación:
Cargo: Procuradora 215 Judicial I Administrativa de San Gil
Periodo: del 01 de marzo de 2010 al 31 de diciembre de 2011
Tiempo laborado: 1 año, 9 meses, 29 días

- Gobernación de Santander:
Cargo: Asesor Nivel Asesor código 105, grado 03
Periodo: del 01 de enero de 2012 al 31 de mayo de 2015
Tiempo laborado: 3 años, 4 meses

- Procuraduría General de la Nación:
Cargo: Procuradora 31 Judicial II pasa asuntos del Trabajo y S.S
Periodo: del 02 de junio de 2015 a la fecha
Tiempo laborado a la fecha: 1 año, 2 meses 21 días

4 .El Procurador General de la Nación, mediante la Resolución N. 040 del 20 de enero de 2015, dió apertura al concurso abierto de méritos, para proveer los cargos de carrera de Procuradores Judiciales I (3PJ-EG) y II (3PJ-EC), expidiendo las convocatorias 001-2015 a 014-2015. Lo anterior en cumplimiento de lo ordenado por la Corte constitucional en sentencia C-101 de 2013.



5. Atendiendo a mi edad y a las cotizaciones efectuadas durante toda mi vida laboral al servicio del estado, ostento la calidad de prepensionada, por lo que se debe garantizar mi derecho a la estabilidad laboral reforzada, hasta tanto no me sea notificada la inclusión en nómina de pensionados.

6. Mediante oficio del 27 de junio de 2016, dirigido a la Oficina de Selección y Carrera de la Procuraduría General de la Nación, informé sobre mi calidad de prepensionada y por lo tanto soy sujeto de especial protección. Señalé en el escrito: *"por lo anteriormente expuesto, y habiendose ofertado mediante concurso de méritos para procuradores el cargo de Procurador 31 Judicial II para asuntos del trabajo y la seguridad social de Bucaramanga, cargo que en la actualidad ocupo; solicito de manera respetuosa, que al momento de proveer los cargos, se tenga en cuenta mi condición a fin de que se me brinde la protección especial y se me garantice la estabilidad laboral en el empleo. De lo contrario, se me pondría en un estado de vulnerabilidad económica al quedar desprotegida no solo yo, sino también mi núcleo familiar."*

La petición se basó en la constitución política, la ley 790 de 2002 artículos 12 y 13, Decretos 190 de 2003 y 3905 de 2009 artículo 1 y demás normas vigentes sobre la materia. Las sentencias proferidas por la Corte constitucional, entre otras la T-729 de 2010, T-017 de 2012, T 186 de 2013 Magistrado Ponente doctor Luis Ernesto Vargas Silva. Copia del oficio fue también enviado al Jefe de División de Gestión Humana y a la Secretaría General de la Procuraduría General de la Nación.

7. Mediante oficio SG Nro 002601 del 18 de julio de 2016, suscrito por la Doctora ANA MARIA SILVA ESCOBAR Secretaria General de la Procuraduría General de la nación, se da respuesta a mi petición, señalando las sentencias C-101 de 2013, SU 446 de 2011, sentencia del Consejo de Estado del 16 de febrero de 2016, para concluir diciendo: *"en consecuencia, su petición será remitida para que repose en el expediente de su hoja de vida y sea considerado su caso en particular, en el evento en que así se estime necesario, de conformidad con las facultades constitucionales y legales. Es decir la contestación no resolvió de fondo mi petición."*

8. El 8 de julio de 2016, la Procuraduría General de la Nación, expidió la Resolución N.346 en la que estableció la lista de elegibles para la convocatoria N. 005-2015, con 11 candidatos, para 14 empleos de Procurador Judicial II código y grado 3PJ-EC, Dependencia: Procuraduría Delegada para Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social. Dentro de los cuales se ofertó el empleo o cargo en el que estoy nombrada en provisionalidad. Quedaron 3 cargos vacantes.

9. De acuerdo a lo señalado en el artículo 2 de la Resolución N. 346 del 8 de julio de 2016, dentro de los veinte días siguientes a la publicación de la lista de elegibles, deben producirse los nombramientos, en periodo de prueba. Observándose una amenaza cierta e inminente de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Nacional; y no obstante la Procuraduría General de la Nación tener conocimiento que varios Procuradores judiciales gozamos de la protección especial y constitucional de prepensionados, no consideró esta situación especial, vulnerando derechos fundamentales a la igualdad, al mínimo vital, a la vida digna, a la seguridad social y de acceder a una pensión de vejez. En armonía con el derecho al trabajo.

Con el desconocimiento de la calidad de prepensionada, al disponer de mi cargo, desconociendo la calidad que ostento, se causa igualmente un perjuicio a todo mi



nucleo familiar, toda vez que tengo dos hijos estudiando en universidad, y dependen de mi económicamente; por lo tanto al no poder yo acceder al trabajo, se nos desmejoran las condiciones de vida. De todos es conocido las pocas oportunidades laborales en que se encuentra una persona próxima a pensionarse.

10. Mediante correo electrónico enviado a cada uno de los procuradores Judiciales; el Coordinador administrativo de Santander doctor MIGUEL ANGEL VARGAS MURCIA, remite la Circular N. 001 del 16 de agosto de 2016, en la que señala: *"Con ocasión de las novedades de personal que se avecinan y/o se vienen presentando, respetuosamente solicito a ustedes hacer la debida entrega del inventario a su cargo conforme lo establece la circular 009 de 2010 y el artículo 3 de la resolución 006 de 2013, suscritas por el Procurador General de la Nación..... Para tal efecto, se le esta adjuntando la circular N. 009 y el formato anexo de notificación de retiro del servicio REG-GH-SA-006, que debe diligenciarse conforme a la citada circular y entregarse a esta Coordinación Administrativa"*. Así las cosas, la desvinculación es inminente y ocurrirá en los próximos días.

11. 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 política de prever todas las medidas necesarias para garantizar que las personas en condición de prepensionadas 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 los derechos fundamentales.

MEDIDA PROVISIONAL

Con el propósito de garantizar los derechos fundamentales que se invocan como vulnerados, y ante la inminencia de la desvinculación del cargo que vengo ocupando, solicito de manera respetuosa al Honorable Magistrado, se sirva decretar MEDIDA PROVISIONAL de amparo, consistente en ordenar a la Procuraduría General de la Nación, no proveer el nombramiento al cargo de Procurador Judicial II, Código 3PJ Grado EC de la Procuraduría 31 Judicial II Trabajo y Seguridad Social de Bucaramanga, hasta tanto no se adopte una decisión definitiva en sede de instancia. En caso de haberse realizado el nombramiento, proceder a su revocatoria. Lo anterior, de conformidad con el artículo 7 del Decreto 2591 de 1991.

Esta medida procede, ante la inminente desvinculación del cargo que ocupo, toda vez que ya se inició por parte de la Procuraduría el proceso de nombramiento de las personas que hacen parte de la lista de elegibles y no hay tiempo, ni se ha adelantado la revisión o el estudio de cada caso en particular para determinar o proteger los derechos de los prepensionados. De ser desvinculada del cargo, se estaría materializando la amenaza de vulneración de los derechos anteriormente mencionados.

PRETENSIONES

1. Se tutelen mis derechos fundamentales de ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA, en mi condición de sujeto de especial protección como PREPENSIONADA; DERECHO A LA IGUALDAD, DERECHO AL DEBIDO PROCESO, DERECHO AL TRABAJO Y A LA SEGURIDAD SOCIAL, DERECHO AL MINIMO VITAL, A LA SALUD DERECHO A UNA VIDA DIGNA, los cuales se encuentran amenazados por la entidad accionada 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 Procurador Judicial II, Código 3PJ Grado EC de la Procuraduría 31 Judicial II Trabajo y Seguridad Social de Bucaramanga, y por ende ORDENAR a la accionada mantener mi vinculación en el cargo que he venido ocupando y hasta que se verifique mi inclusión en la nómina de pensionados .

Lo anterior en razón a que de 14 empleos para Procurador Judicial II código y grado 3 PJ-EC Dependencia Procuraduría Delegada para Asuntos del Trabajo y Seguridad Social, solo fueron cubiertos en la lista de elegibles 11 cargos, quedando en consecuencia 3 vacantes. (Resolución 346 del 8 de julio de 2016). Además de estos, en otras convocatorias, quedaron cargos vacantes

SUBSIDIARIA:

3. Que en caso de ser necesaria o impostergable la provisión del empleo o cargo de Procurador Judicial II, Código 3PJ Grado EC de la Procuraduría 31 Judicial II Trabajo y Seguridad Social de Bucaramanga, sea reubicada en otro cargo de Procurador Judicial II, o en uno de iguales o mejores condiciones al que vengo ocupando, y hasta que se verifique mi inclusión en la nómina de pensionados del fondo de pensiones en el que me encuentre afiliada.

PROCEDENCIA DE LA ACCION DE TUTELA

Traigo a colación la sentencia SU 897 de 2012 que establece: *"la Corte Constitucional, en ocasiones anteriores, se ha pronunciado, respecto de la procedibilidad de la acción de tutela, para resolver asuntos laborales relativos a la protección especial reforzada, conocida como reten social, concluyendo que debido a los especiales factores que se ven involucrados en estas situaciones, la acción de tutela puede ser un mecanismo procedente para reclamar la protección derivada del mismo "* Ante la inminencia del daño o la vulneración a los derechos fundamentales tantas veces mencionados es procedente la acción de tutela.

De acuerdo a la sentencia de tutela T-326 de 2014, quienes estan próximos a pensionarse, tienen el carácter de prepensionados y por tanto, estan en una condición de vulnerabilidad, que demanda una protección reforzada frente a un escenario de desvinculación laboral.

COMPETENCIA

Es competente, el Honorable Magistrado, para conocer de la presente acción de tutela en virtud de lo previsto en el Decreto 2591 de 1991.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ARTICULO 13 C.N

Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, reciban 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 adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental,



se encuentren en circunstancias 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 a favor de las personas que nos encontramos en condición de protección especial, por haber convocado a concurso, todos los cargos, sin haber hecho un estudio de cada caso, y sin establecer los mecanismos de protección para los funcionarios próximos a pensionarse. No es posible cumplir una decisión de la Corte Constitucional, desconociendo derechos constitucionales, como los que se invocan en protección a través de esta tutela.

ARTICULO 29 C.N

El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante Juez o Tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio...

ARTICULO 48 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.

El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la seguridad social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la ley.

La Seguridad social podrá ser prestada por Entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley.

No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las Instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.

La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones, mantenga su poder adquisitivo constante.

El derecho a obtener la pensión de vejez, es un derecho constitucional e imperativo, tal como lo expresó la H. Corte Constitucional en sentencia T-186 de 2013, toda vez que opera como instrumento, para satisfacer derechos fundamentales de las personas próximas a pensionarse que se verían gravemente afectadas por el retiro del empleo público.

Para el caso objeto de tutela, la entidad no ha considerado, ni se ha pronunciado sobre mi derecho a permanecer o no en el cargo, a ser reubicada dentro de otro de igual o superior jerarquía.

ARTICULO 86 C.N

Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando



quiera que éstos resulten vulnerados o **amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.**

El objeto de la acción de tutela es la protección efectiva, inmediata, concreta y subsidiaria de los derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la **OMISIÓN** de cualquier autoridad pública o de los particulares.

LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN no previó mecanismos necesarios para garantizar que las personas próximas a pensionarse, es decir que les faltare tres años o menos para obtener su derecho a la pensión, no sean desvinculadas de la entidad hasta tanto no se concrete el derecho a una pensión de vejez. 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.

FUNDAMENTOS JURISPRUDENCIALES

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIA T-663 /2011

*La jurisprudencia constitucional ha señalado que el anterior criterio "proviene de la necesidad de un mecanismo célere y expedito para dirimir esta clase de conflictos cuando el afectado es un sujeto que amerite la estabilidad laboral reforzada, (...). Ante tales eventos, la acción constitucional aventaja al mecanismo ordinario de defensa judicial, por resultar eficaz en medida y oportunidad, frente a las circunstancias particulares del actor para cada caso concreto"*¹.

CORTE CONSTITUCIONAL- SENTENCIA T-186/13

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CARÁCTER PARTICULAR Y CONCRETO-Procedencia excepcional para solicitar el reintegro de servidores públicos por ser pre pensionados . PROVISION DE CARGOS DE LA LISTA DE ELEGIBLES PREVIO CONCURSO DE MERITOS Y LA PROTECCION ESPECIAL DE LAS PERSONAS EN SITUACION DE DISCAPACIDAD, MADRES Y PADRES CABEZA DE FAMILIA Y PREPENSIONADOS-Reiteración de jurisprudencia

La jurisprudencia constitucional ha asumido el estudio de asuntos en los cuales entran en tensión, de un lado, la estabilidad laboral reforzada de servidores públicos que ejercen empleos de carrera en provisionalidad y, del otro, los derechos de acceso a esos mismos cargos de quienes superan el concurso público de méritos. El primer tópico que estudia ese precedente refiere a la procedencia excepcional de la acción de tutela en esos eventos. Es claro que la remoción del cargo de los servidores que los ejercen en empleos públicos en provisionalidad, se efectúa a través de la expedición de actos administrativos que declaran la insubsistencia, merced de la obligación constitucional y legal de ingresar al cargo a quien ha superado el concurso público de méritos.

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-341 de 2009.

CARRERA ADMINISTRATIVA-Mérito como criterio fundamental para el ingreso, ascenso y retiro. *La importancia del mérito, ha sido resaltada por la Jurisprudencia constitucional en tanto mecanismo que garantiza la objetividad, eficiencia y equidad al interior de la administración pública. Incluso, a partir de la identificación del carácter transversal del mérito en la constitución y su vínculo inescindible con la intención del constituyente de superar mecanismos para el ingreso al servicio público que resultaban contrarios a los derechos constitucionales e idóneos para el ejercicio de la función pública en condiciones de transparencia y calidad, la corte concluyó que el acceso por mérito era un elemento estructural de la constitución. Por ende configuraba un límite al ejercicio del poder de reforma del congreso, quien tiene vedado incorporar reglas en la carta que desconozcan la obligatoriedad de ese criterio para el acceso, permanencia y retiro de los cargos del estado.*

PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DEL MERITO- Propósitos. *Existe un mandato constitucional expreso, de acuerdo con el cual el ingreso permanencia y retiro del empleo público debe basarse en la evaluación acerca del mérito del aspirante o servidor del Estado. Por ende la carrera administrativa es el mecanismo preferente para el acceso y gestión de los empleos públicos. A su vez, la superación satisfactoria del concurso de méritos confiere al aspirante seleccionado un derecho subjetivo de ingreso al empleo público, exigible respecto de la administración y de los servidores que ejercen el cargo ofertado en condición de provisionalidad.*

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MADRE CABEZA DE FAMILIA Y PERSONAS PROXIMAS 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 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 reten 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 PROXIMAS 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 de méritos. La problemática surge cuando el servidor público próximo a pensionarse, ejerce un cargo público en provisionalidad, la 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 el 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 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) las 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 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 si no desencadenar resultados injustos que pueden ser evitados.³

³Corte Constitucional Sentencia T-017/12



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 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 mesadas pensionales.

"Estima 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, v en atención al carácter de derecho fundamental v 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 podría 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 mas de 28 años" subrayas no originales.

17. A partir de los precedentes expuestos, se tiene que la Corte ha concluido que 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 premitente de esa modalidad de provisión de cargos; sin embargo la medida no resulta necesaria cuando quien ejerce el cargo en provisionalidad, es un sujeto de especial protección y a su vez concurre un margen de maniobra para la administración en cuanto a la provisión de empleo, en razón de la diferencia entre las plazas ofertadas y aquellas proveídas mediante la lista de elegibles, correspondiente y (i!!) 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 PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION, debe garantizar mi permanencia en la entidad, hasta tanto sea incluida en nómina de pensionados, por ser sujeto de especial protección constitucional por estar próxima a pensionarme, hecho conocido por la Entidad, por lo tanto es su obligación tomar las medidas pertinentes para garantizar ese derecho, tales como asegurar mi permanencia en el cargo que ocupo, habida cuenta de las vacantes de empleo que no fueron cubiertas por la lista de elegibles; o en su defecto hacer uso de traslado a un cargo de igual o superior categoría o cualquier otra con que la entidad garantice mi derecho constitucional.

CORTE CONSTITUCIONAL - SENTENCIA T-156/14

La Corte ha sostenido que los cargos en provisionalidad, no pueden equipararse a los de carrera administrativa en cuanto a su vinculación.

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". 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, 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 2 y 3 del artículo 13 superior, relativos a la adopción de medidas de protección a favor de grupos vulnerables y personas en condición de discapacidad manifiesta, y en las cláusulas constitucionales que consagran una protección reforzada para ciertos grupos sociales, tales como las mujeres (art 43 C.P), 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) .

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.

4. CARGOS DE CARRERA OCUPADOS EN PROVISIONALIDAD QUE TIENEN LA CONDICION 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 este solo aplica a los empedados de aquellas entidades estatales que están en procesos de renovación de reestructuración.

5. 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 tiene derecho a permanecer en sus empleos hasta tanto causen su derecho a la pensión.

LA PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION ,si 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 ganó el concurso



CORTE CONSTITUCIONAL - SENTENCIA T-326/14

6. LA ESTABILIDAD LABORAL RELATIVA EN EL MARCO DE UN CONCURSO PUBLICO DE MERITOS: APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS D RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD

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.

7. Procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos que desvinculan a funcionarios públicos que ocupan cargos de carrera en provisionalidad

7.1. Teniendo en cuenta que en el presente caso las respuestas de la E.S.E. Hospital San Rafael de Facatativá y la Comisión Nacional del Servicio Civil, se sustentaron, parcialmente, en que la accionante disponía de otro medio de defensa judicial, como la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa, para debatir la legalidad de la resolución mediante la cual fue declarada insubsistente en el cargo de carrera que ocupaba en provisionalidad, es necesario abordar la procedencia de la acción de tutela antes de dar respuesta al problema jurídico.

7.2. De acuerdo con los artículos 86 de la Constitución Política y 6 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es un mecanismo preferente y sumario de protección de los derechos fundamentales de las personas cuando estos se vean amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o excepcionalmente de un particular. Esta acción se caracteriza por ser subsidiaria y residual, lo cual implica que será procedente cuando (i) no exista un mecanismo de defensa judicial o de existir no resulta eficaz, o (ii) se promueva como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable[86].

Así, entonces, la jurisprudencia constitucional ha entendido que por regla general la acción de tutela es improcedente cuando se solicita el reintegro de empleados públicos a sus cargos, pues para controvertir los actos administrativos por medio de los cuales la administración decide separarlos de los mismos, existe la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa, la cual desplaza a la acción de tutela.

7.3. No obstante lo anterior, la Corte Constitucional ha admitido la procedencia excepcional de la tutela para solicitar el reintegro de servidores públicos a los cargos de los que han sido desvinculados, cuando en el caso concreto se advierte la vulneración de un derecho fundamental y se evidencia la ocurrencia de un perjuicio irremediable, toda vez que en estos eventos la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no proporciona una protección eficaz y adecuada a los derechos amenazados o vulnerados. Sobre este punto ha dicho la Corte: "[...] como regla general, la acción de tutela es improcedente para solicitar el reintegro de los empleados públicos, pues en el ordenamiento jurídico está prevista la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, luego existe un medio de defensa judicial propio, específico y eficaz que excluye la prevista en el artículo 86 Constitucional. No obstante la Corte ha manifestado que, excepcionalmente ante un perjuicio irremediable, puede resultar procedente el amparo cuando la acción de nulidad y restablecimiento del derecho resulta inadecuada para la efectividad de los derechos fundamentales violados, dada la situación que afronta el

15

accionante".En consecuencia, estima esta Sala que el presente caso debe examinarse en perspectiva del amparo definitivo de los derechos, pues se pretende evitar la solución de continuidad entre el retiro del servicio de la accionante y su inclusión en la nómina de pensionados, lo que materialmente no podría lograrse en un proceso contencioso administrativo, teniendo en cuenta la duración del mismo. Sobre este aspecto señaló la Sala Novena de Revisión:

"Esa tesis se fundamenta en las siguientes premisas: el reconocimiento de un derecho pensional, de acuerdo con lo establecido por esta Corporación[88], debe darse en el término de 4 meses, y la inclusión en nómina de pensionados del interesado, en un término de 2 meses adicionales; de otra parte, según jurisprudencia constante de este Tribunal, la suspensión extendida en el pago de salarios, por más de dos meses, permite presumir la afectación al mínimo vital (SU-955 de 2000). En ese marco, para que el mecanismo judicial sea efectivo, debería asegurar una respuesta en el término de 2 a 3 meses o, en cualquier caso, en un término inferior a 6 meses.

"No hace falta recurrir a estadísticas relacionadas con el nivel de congestionamiento o la duración en promedio de un proceso judicial para asumir que difícilmente la respuesta al problema jurídico podría producirse en menos de 6 meses, pues esa situación puede considerarse un hecho notorio. Por lo tanto, en este escenario constitucional y, específicamente, si el propósito de la acción es evitar la solución de continuidad entre el pago de salarios y el pago de pensiones, los mecanismos judiciales alternativos (plausiblemente la acción de nulidad y restablecimiento del derecho) carecen de efectividad suficiente para la protección de los derechos fundamentales amenazados"

7.4. Si bien el artículo 229 y siguientes de la Ley 1437 de 2011, *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*, consagra la posibilidad de que en todos los procesos declarativos que se adelanten ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, desde la misma demanda se solicite con la debida motivación, el decreto y práctica de medidas cautelares antes de la notificación del auto admisorio de la demanda, con el fin de proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia; por la novedad de esa jurisprudencia que apenas está formándose, pues todavía es muy reciente la norma, en la actualidad es difícil establecer con certeza el impacto y el grado de eficacia e idoneidad de dichos instrumentos judiciales para la protección de los derechos fundamentales de la accionante.

Por lo anterior, la tutela resulta procedente pues los derechos fundamentales de la señora Ana Isabel Velásquez Arias requieren de una protección inmediata que no puede ser proporcionada a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, toda vez que es un hecho notorio la prolongada duración de este tipo de procesos. En consecuencia, la señora Ana Isabel no cuenta con un mecanismo de defensa judicial idóneo para la protección de sus derechos fundamentales, que provea una protección eficaz, diferente a la acción de tutela

LA PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION, para evitar un perjuicio irremediable, no puede ni debe vulnerar derechos fundamentales de las personas que nos encontramos en condición de prepensionados y en consecuencia, deberá garantizar la permanencia en la entidad, hasta tanto no accedamos al disfrute de la pensión de vejez.

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



b) DE LA PROTECCION CONSTITUCIONAL DE LOS PREPENSIONADOS EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 13 D3E LA CONSTITUCION 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. 050012333000201200285-01NUMERO INTERNO 3685-2013 . AUTORIDADES DEPARTAMENTALES, ACTOR: EDGAR AUGUSTO ARIAS BEDOYA

4.1.2.1. DE LA PROTECCION ESPECIAL DE LOS SERVIDORES PUBLICOS QUE SE ENCUENTRAN PROXIMOS 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



17

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.). Las medidas contenidas en la ley 790 de 200211 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 reestructuración 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 pre pensionados 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)...

PRUEBAS

Aporto las siguientes pruebas documentales:

-Fotocopia de la cédula de ciudadanía, para acreditar mi edad.

-Fotocopia de Registro Civil de Nacimiento, para acreditar la edad.

-Copia del oficio de fecha junio 27 de 2016, dirigida a la oficina de Selección y Carrera de la Procuraduría General de la Nación, por la que se les informa sobre mi calidad de prepensionada y se solicita brindar la protección especial y garantizar la estabilidad laboral en el empleo.

-Copia del oficio de fecha 27 de junio de 2016, dirigido al Jefe División de Gestión Humana de la Procuraduría General de la Nación, por la cual se remite la carta de la misma fecha y que fue enviada a la oficina de Selección y Carrera de la Procuraduría General de la Nación

-Copia del oficio de fecha 27 de junio de 2016, dirigido al Secretario General de la Procuraduría General de la Nación, por la cual se remite la carta de la misma fecha y que fue enviada a la oficina de Selección y carrera de la Procuraduría General de la Nación.

-Copia del oficio SG Nro 002601 del 18 de julio de 2016, suscrito por la doctora ANA MARIA SILVA ESCOBAR, Secretaria General de la Procuraduría General de la Nación, por medio de la cual da respuesta al derecho de petición.

-Certificación de prestación de servicios, expedida por el Coordinador Administrativo de Santander, doctor MIGUEL ANGEL VARGAS MURCIA, con la que se acredita la vinculación a la Procuraduría General de la Nación, desde el día 2 de junio de 2015, en el cargo de Procurador Judicial II, código 3PJ-EC, de la dependencia Procuraduría 31 Judicial II para asuntos del Trabajo y la Seguridad Social. Cargo que actualmente vengo ocupando.



-Copia de la Resolución N. 346 del 8 de julio de 2016, por medio del cual se establece una lista de elegibles, dentro de la convocatoria N. 005 de 2015, para los cargos de Procurador Judicial II Código y Grado 3PJ-EC. Número de empleos 14. Dependencia Procuraduría Delegada para Asuntos de Trabajo y la Seguridad Social. Elegibles 11. Por lo tanto quedan 3 vacantes.

-Copia de la Circular N. 001 del 16 de Agosto de 2016, suscrita por el Coordinador Administrativo de Santander MIGUEL ANGEL VARGAS MURCIA, junto con los anexos enviados vía correo electrónico a los procuradores Judiciales I y II del Departamento, en la que solicita hacer la debida entrega del inventario a cargo, conforme lo establece la circular N. 009 de 2010 y el artículo Tercero de la Resolución 006 de 2013.

-Copia Registro Civil de nacimiento de mi hijo ALBERTO FELIPE RODRIGUEZ SANABRIA, estudiante universitario, quien dependen económicamente de mí.

-Certificación de estudios universitarios de ALBERTO FELIPE RODRIGUEZ SANABRIA (hijo), de fecha 3 de agosto de 2016, expedida por la Universidad Santo Tomás de Bucaramanga.

-Copia Registro Civil de nacimiento de mi hija GABRIELA RODRIGUEZ SANABRIA, estudiante universitaria, quien dependen económicamente de mí.

-Certificación de estudios universitarios de GABRIELA RODRIGUEZ SANABRIA (hija), de fecha 8 de agosto de 2016, expedida por la Universidad Santo Tomás de Bucaramanga.

-Para acreditar tiempo laborado, en Entidades del orden Nacional, Departamental y Municipal, y por ende tiempo cotizado para pensión, anexo los siguientes documentos:

- ✓ Copia diligencia de posesión N. 025 del 10 de enero de 1986, Alcaldía de Bucaramanga.
- ✓ Copia Decreto 052 del 25 de febrero de 1987 expedido por la Alcaldía de Bucaramanga, por la cual se declara insubsistente un nombramiento y se hace otro en propiedad.
- ✓ Copia Resolución N. 059 de febrero 24 de 1.989 expedida por el Concejo Municipal de Bucaramanga.
- ✓ Copia Certificación expedida por el Secretario General de la Contraloría General de Santander de fecha 19 de febrero de 2015.
- ✓ Copia Certificación expedida por el Secretario General de la Contraloría Municipal de Bucaramanga de fecha 04 de marzo de 2003.
- ✓ Copia Certificación expedida por el Grupo de Administración de Personal de la Gobernación de Santander de fecha 05 de junio de 2001.
- ✓ Copia Certificación expedida por la Jefe de Area de Gestión Humana y Organizacional de la Electrificadora de Santander S.A E.S.P de fecha 23 de diciembre de 2011.
- ✓ Copia Certificación expedida por el Jefe de la División de Gestión Humana de la Procuraduría General de la Nación de fecha 11 de marzo de 2011.
- ✓ Copia del Decreto 3745 del 07 de diciembre de 2011 expedido por la Procuraduría General de la Nación.



- ✓ Copia Certificación expedida por la Directora Administrativa de Talento Humano de la Gobernación de Santander de fecha 16 de febrero de 2015.

ANEXOS

Además de los indicados en el acápite de las pruebas, copia de la presente acción para el traslado a la accionada, copia para archivo.

JURAMENTO

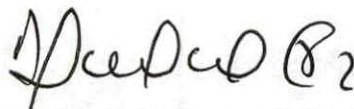
Bajo la gravedad del juramento, que se entiende prestado con la presentación de este escrito, manifiesto que no he presentado ninguna otra acción de tutela, respecto de los hechos y derechos expuestos en la presente, ante otra autoridad judicial.

NOTIFICACIONES

A la Procuraduría General de la Nación en la carrera 5 N. 15-80 Bogotá .

La suscrita ,las recibiré en la carrera 55 N. 71-98 casa 3 Conjunto Alcázar del Cacique Barrio Lagos del Cacique de Bucaramanga (Santander) o en la calle 35 N.17-56 edificio DAVIVIENDA piso 14 Bucaramanga. Correo electrónico yosanabria@gmail.com.

Atentamente,



YOLANDA SANABRIA ROA

C.C. N. 63.294.473 de Bucaramanga.

