



456

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA

Consejera Ponente: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

Bogotá, D. C., diecinueve (19) de julio de dos mil diecisiete (2017)¹

Radicación número: **08001-23-33-000-2016-01041-01**

Demandante: **JAVIER ENRIQUE MÚNERA OVIEDO**

Demandado: **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**

ACCIÓN DE TUTELA

FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sección Cuarta del Consejo de Estado procede a decidir la impugnación presentada por la entidad demandada dentro de la acción de tutela de la referencia, contra la sentencia dictada el 1º de febrero de 2017 por el Tribunal Administrativo del Atlántico, en la que decidió:

"1- CONCEDER el amparo a los derechos constitucionales al trabajo, a la estabilidad laboral, a la seguridad social y al mínimo vital del señor Javier Múnera Oviedo, infringidos por la Procuraduría General de la Nación, como consecuencia de la decisión de terminar su vinculación en provisionalidad como Procurador Judicial II Administrativo, pese a su condición de prepensionable, conforme a lo expuesto en las consideraciones de este fallo de tutela.

2.- ORDENAR a la Procuraduría General de la Nación que, dentro del término de cinco (5) días, vincule en provisionalidad, sin solución de continuidad, al señor Javier Enrique Múnera Oviedo, si no lo hubiere hecho ya, en un cargo de Procurador Judicial II no provisto mediante lista de elegibles o en un cargo de similares características, hasta tanto cumpla los requisitos para obtener la pensión de vejez, conforme el sistema por el que ha optado el actor (el

¹ Esta sentencia fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

previsto en el Artículo 64 de la Ley 100 de 1993), y sea efectivamente incluido en nómina de pensionados.

De igual forma, la Procuraduría General de la Nación, dará al actor la oportunidad, si no lo hubiere hecho ya, de que entre los cargos posibles, conforme lo expuesto en la parte considerativa de este proveído, sea restablecido en un cargo ubicado cerca de su lugar de residencia, esto es, la ciudad de Barranquilla."

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

Afirma el actor que nació el 4 de marzo de 1957, por lo que a la fecha de presentación de la presente solicitud, contaba con 59 años y 6 meses de edad, por lo que se encuentra "ad-portas de consolidar el estatus de pensionado al satisfacer los requisitos establecidos en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993, para las personas que como el suscrito accionante se encuentren afiliadas al Régimen de Ahorro Individual".

Indica que dicho estatus lo tiene desde el 31 de diciembre de 2014, toda vez que en virtud de lo previsto en el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, y en ejercicio de su autonomía de la voluntad, optó por gozar de la pensión de vejez al cumplir la edad de 60 años, 9 meses y 27 días, esto es, a partir del 31 de diciembre del año 2017, fecha para la que "tenga superado como ahorro individual una suma de dinero que me permita obtener una pensión mayor al 110% del SMMLV de esa época futura".

Asevera que la Procuraduría General de la Nación convocó a concurso para todos los cargos de procuradores judiciales sin reserva alguna respecto de los que gozan de especial protección constitucional, de manera que tales cargos no fueran ofertados ni adjudicados hasta tanto no se hubiere realizado el derecho pensional del trabajador que lo ocupa.

Refiere que desde el 6 de abril de 2010, ejercía el cargo de Procurador 117 Judicial II Administrativo Delegado ante el Tribunal Administrativo del Atlántico, el cual ejerció hasta el 1 de septiembre de 2016, fecha de posesión de Javier

Lizcano, beneficiario del concurso de méritos para proveer ese cargo, lo que supuso la "*insubsistencia tácita*" del nombramiento que le fue conferido, por lo que fue separado del cargo en un momento "en que ya cuento con la edad de 59 años y 6 meses, cuando mi capacidad laboral y productiva está disminuida en razón de dicha edad y ostento el carácter de pre pensionable."

Aduce que el 21 de octubre de 2015, presentó petición ante la Procuraduría General de la Nación con el fin de que se reconociera su condición de prepensionable "aduciendo que me encontraba a menos de 3 años de satisfacer los requisitos legales del artículo 64 de la Ley 100 de 1993, por ser persona afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) y, en tal sentido, el goce efectivo de m (sic) pensión ocurriría el 31 de diciembre del año 2017".

Indica que pese a conocer su estatus de prepensionable, la entidad accionada mediante oficio SG No 4182 de 2015, comunicado el 30 de agosto de 2016, le informó la terminación del vínculo en provisionalidad, sin ofrecer ninguna posibilidad de reubicación.

Agrega que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho no resulta idóneo y eficaz para amparar sus derechos, pues no tendría efectos frente al retiro del cargo.

Por último, alegó que se encuentra impedido para ejercer su profesión de abogado por un término de 2 años conforme a lo previsto en el Estatuto Anticorrupción y el Estatuto del Abogado.

2. Fundamentos de la acción

El actor considera que la desvinculación del cargo de Procurador 117 Judicial II Administrativo Delegado ante el Tribunal Administrativo del Atlántico, decretada por la entidad demandada sin tener en cuenta su calidad de prepensionable, vulnera sus derechos fundamentales al debido proceso, mínimo vital, igualdad, trabajo, libre escogencia de profesión u oficio, dignidad humana y a la seguridad social.

3. Pretensiones

En el escrito de tutela se formulan las siguientes:

"1. Se amparen los derechos constitucionales fundamentales al DEBIDO PROCESO, SALUD, MINIMO VITAL, IGUALDAD, TRABAJO, LIBRE ESCOGENCIA DE PROFESION U OFICIO, DIGNIDAD HUMANA Y A LA SEGURIDAD SOCIAL.

2. En consecuencia, se ordene a la Procuraduría General de la Nación, que reubique al suscrito, sin solución de continuidad en un cargo de igual categoría y remuneración al que venía desempeñando como Procurador 117 Judicial II Administrativo, o en uno en el que me encuentre habilitado de conformidad con mis calidades profesionales."

4. Oposición

Respuesta de la Procuraduría General de la Nación

La Procuraduría General de la Nación rindió informe en el que solicitó negar las pretensiones de la tutela, en tanto, adujo, a partir de la eficacia de la sentencia C-101 de 2013 de la Corte Constitucional, el empleo que ocupaba el actor es de carrera administrativa, y su vinculación había sido en provisionalidad. Agregó que en cumplimiento de la mencionada sentencia, la Procuraduría General de la Nación convocó a concurso público para la provisión en carrera administrativa de todos los empleos de procurador judicial I y II, sin exclusión, concurso que contó con listas de elegibles, por lo que procedió al nombramiento del cargo de Procurador 117 Judicial II Administrativo de Barranquilla a Javier Lizcano Rivas.

Sostiene que en el caso particular no se cumple con el requisito de la inmediatez, pues el actor ingresó a la Procuraduría en el año 2010. Sin embargo, tres años después de la decisión de la Corte Constitucional, pretende, por vía de tutela, dejar de lado la decisión de constitucionalidad.

Aduce que el actor es un profesional del derecho con especializaciones, que se ha desempeñado en diferentes entidades durante más de 30 años, por lo que no se puede anticipar que su desvinculación lo deje sin ninguna alternativa económica o en circunstancias de debilidad manifiesta, a lo que agrega que, según las

declaraciones de bienes y renta allegadas por el accionante a su historia laboral, este posee distintos bienes de capital, circunstancia que, en su concepto, demuestra que no necesita de forma urgente el amparo pretendido.

Asevera que no es cierto que el actor se encuentre impedido para laborar como abogado por un lapso de 2 años en razón de las disposiciones del Estatuto Anticorrupción, puesto que la única restricción que tendría para ejercer su profesión sería entablar litigios en contra de la entidad actuando como apoderado judicial, en áreas directamente relacionadas con las funciones que hasta ahora ha venido desempeñando, lo que, en su sentir, desmiente que se trate de una persona en una situación de vulnerabilidad, que constituya un perjuicio irremediable que amerite el amparo constitucional.

Aduce que el actor no tiene la calidad de prepensionable, pues, en su concepto, no reúne los requisitos básicos de edad y tiempo de servicio o semanas cotizadas, por las siguientes razones:

- *Que desde el ingreso del accionante a la Procuraduría General de la Nación, y hasta la actualidad, se encuentra cotizando a un Fondo Privado de Pensiones, por lo que le resulta aplicable el régimen de ahorro individual (Arts 59 y ss de la Ley 100 de 1993), que prevé el reconocimiento de la pensión de vejez conforme el capital acumulado en la cuenta individual.*
- *Que si bien a la fecha el actor tiene 59 años, no acredita los recursos suficientes ahorrados en ese fondo para acceder por lo menos a una pensión mínima, que permita la consolidación de un posible estatus de pensión en un lapso de 3 o menos años.*
- *Que al desconocerse el monto del capital ahorrado en el fondo individual, ni tampoco el que pueda necesitar para garantizar una pensión mínima, es posible que el tiempo que tome para ello, pueda exceder el término de vigencia de las listas de elegibles (2 años), en detrimento de las personas que tienen derechos legítimos conforme al concurso de méritos.*

Que en este sentido, lo que el actor busca no es la protección de su mínimo vital, sino que se le permita permanecer en el cargo hasta tanto el quantum de su pensión ascienda al 110% del SMMLV, aspecto que, según indica, no puede ser objeto de amparo.

De otra parte, alega que en el caso particular no resulta posible desplazar a quien ganó legítimamente un concurso para ocupar un cargo de carrera administrativa, por quien lo ocupa en provisionalidad, así este posea la calidad de prepensionado. Esto, en tanto la lista de elegibles quedó integrada por 239 concursantes, frente a 94 empleos ofertados, por lo que declara que no queda cargo alguno en que la entidad pueda *maniobrar* para proteger los derechos invocados por el demandante.

Advierte que "si bien en algunas otras convocatorias las respectivas listas de elegibles quedaron integradas con menos personas que los cargos ofertados, también es claro que la administración no puede desvincular a las personas que actualmente los ocupan, en condición de provisionalidad, a la vez, que no puede movilizar los cargos de una sede a otra, con el perjuicio para el servicio, para reasignar o reubicar al tutelante. Si ello fuere del caso, resultaría menester que, con todo respeto, el juez de tutela expresamente ordenase de qué modo se habría de seleccionar al provisional que la administración tendría que desvincular, para la eventual reubicación de la (sic) pretendiente. "

Así mismo, adujo que "en consideración a que la orden de la Corte es concreta en el sentido de proveer en carrera todos los cargos de Procurador Judicial, el nominador deberá, además, en aplicación del inciso del artículo 216 del Decreto 262 de 2000, utilizar las listas en donde queden concursantes pendientes de nombramiento, en aquellos empleos, todo lo cual ha sido avalado por la Corte Constitucional en las sentencias C-942 de 2003, C-1148 de 2003 y SU-446 de 2011. Es decir, las listas de elegibles de las convocatorias 03-2015, 04-2015, 06-2015 y 07-2015, habrán de ser utilizadas en algún momento para la provisión de los empleos que no alcanzan a quedar provistos en las Convocatorias 001-2015, 002-2015 y 005-2015."

6. Sentencia de tutela impugnada

El **Tribunal Administrativo del Atlántico**, en sentencia del 1º de febrero de 2017, accedió a las pretensiones de la acción al considerar que la autoridad demandada había vulnerado los derechos fundamentales cuya protección invocó el actor.

Indicó que, teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en la sentencia T-326 de 2014 de la Corte Constitucional, en el caso se evidenciaba que, si bien la Procuraduría General de la Nación debía proveer los cargos de procuradores judiciales con la lista de elegibles de las personas que superaron el concurso de méritos, también lo es que la entidad conocía la calidad de sujeto de especial protección del accionante, por ser prepensionable, por lo que debió adoptar medidas afirmativas tendientes a amparar sus derechos como persona próxima a pensionarse.

Determinó que la vulneración de los derechos al trabajo, a la estabilidad laboral, a la seguridad social y al mínimo vital del accionante se hacía más que evidente en el caso, en tanto se probó que 8 cargos de Procuradores Judiciales II no fueron provistos mediante lista de elegibles, de lo que dedujo que la Procuraduría General de la Nación tenía un margen de maniobra entre las plazas ofertadas y las plazas provistas, que le permitía mantener la vinculación laboral del actor sujeto especial de protección constitucional, en uno de los cargos de Procurador Judicial II no provistos mediante listas de elegibles, más aún, si se tiene en cuenta que los requisitos de las 7 convocatorias de Procuradores Judiciales II son los mismos.

De otra parte, señaló que no resultaba de recibo el argumento esgrimido por la Procuraduría General de la Nación, en el sentido de que, conforme a la declaración de bienes y renta que presentó el actor ante la entidad, se debía entender que aquel no necesitaba de forma urgente el amparo pretendido. Esto, por considerar que tal afirmación carecía de sustento probatorio y pretendía apartar al juez constitucional del estudio de los derechos invocados para que, en su lugar, se analicen las alternativas económicas del accionante.

Por las razones anotadas, concedió el amparo solicitado y ordenó a la Procuraduría General de la Nación que dentro del término de cinco días, vinculara en provisionalidad, sin solución de continuidad, al señor Javier Enrique Múnera Oviedo, en un cargo de Procurador Judicial II no provisto mediante lista de elegibles o en un cargo de similares características, hasta tanto cumpla los requisitos para obtener la pensión de vejez, conforme el sistema por el que ha optado el actor (el previsto en el Artículo 64 de la Ley 100 de 1993), y sea efectivamente incluido en nómina de pensionados.

7. Escrito de impugnación

Dentro del término del artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, mediante escrito allegado el 7 de febrero de 2017, la entidad demandada impugnó la sentencia de primera instancia.

Reiteró cada uno de los argumentos esgrimidos en la contestación de la demanda, entre estos, que la tutela como mecanismo transitorio es improcedente dado que en el caso no existe perjuicio irremediable, que el accionante no es una persona sin capacidades físicas o profesionales que dependa solamente de un empleo en la Procuraduría General de la Nación, que el tutelante no tiene la condición de “prepensionado” por pertenecer al régimen de ahorro individual, que proceder en la forma requerida por el accionante “implica desconocer y desobedecer una orden expresa del máximo tribunal de lo constitucional”, y que según la doctrina vigente de la Corte Constitucional, no es posible desplazar el derecho del concursante en una lista de elegibles, por el de un servidor en provisionalidad, aun cuando esté cobijado por una condición de *prepensión*.

Respecto de los ocho cargos señalados por el *a-quo*, precisó que, “contrario a lo manifestado por el Tribunal Administrativo del Atlántico, en la actualidad no existen vacantes en las que pueda reubicarse al señor Javier Enrique Múnera Oviedo, pues los ocho cargos a los que hace alusión se encuentran provistos con otras personas en periodo de prueba, propiedad y provisionalidad o incluso con otras personas que interpusieron tutela con antelación al actor.”

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

De conformidad con lo previsto en los artículos 86 de la Constitución Política, 32 del Decreto 2591 de 1991 y el 13 del reglamento interno, la Sección Cuarta del Consejo de Estado es competente para decidir el asunto objeto de impugnación.

2. Planteamiento del problema jurídico

Le corresponde a la Sala establecer si las razones expuestas por la entidad demandada en el escrito de impugnación, para revocar la protección constitucional especial del accionante en su calidad de prepensionado, son válidas, o si, por el contrario, sus derechos al debido proceso, mínimo vital, igualdad, trabajo, libre escogencia de profesión u oficio, dignidad humana y a la seguridad social, están siendo vulnerados, con la decisión de la Procuraduría General de la Nación de desvincularlo del cargo de Procurador 117 Judicial II Administrativo que venía desempeñando en provisionalidad, a pesar de que aquel se encontraba a menos de tres años de consolidar el derecho a la pensión de vejez.

3. Del retén social y la figura de "prepensionado"

El artículo 12 de la Ley 790 de 2002, *"Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades Extraordinarias al Presidente de la República"*, relativo a la figura comúnmente denominada como retén social, dispone:

"Artículo 12. Reglamentado por el art. 12, Decreto Nacional 190 de 2003 Protección especial. De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley. *Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-044 de 2004, en el entendido de que la protección debe extenderse a los padres que se encuentren en la misma situación, en aras de proteger la prevalencia de los derechos de los niños y el grupo familiar al que pertenecen.*"

En cuanto al concepto de pre pensionado, para efectos de la aplicación del retén social, la Corte Constitucional, en la sentencia de unificación SU-897 de 2012, señaló:

3. El concepto de prepensionado

Para la adecuada comprensión de este concepto, es necesario que en la presente consideración se haga referencia al 3.1.) fundamento constitucional y desarrollo legislativo del concepto de prepensionado; que se 3.2.) señalen las distintas opciones interpretativas que surgen de la regulación existente; que se 3.3.) expongan las razones para descartar una u otra interpretación; y, finalmente, que se expliquen 3.4.) los criterios interpretativos constitucionalmente adecuados para arribar a una conclusión válida en este tema.

3.1. Fundamento constitucional y desarrollo legislativo del concepto de "prepensionado"

(...)

En virtud del principio de conservación de las disposiciones legales, pero sobre todo, en razón a que declarar inconstitucional sin más dicha interpretación implicaría la imposibilidad de aplicar la protección derivada del retén social a las personas próximas a pensionarse, en las decisiones del juez constitucional –como se especificará a continuación– se ha interpretado de la forma más garantista y acorde a la Constitución las disposiciones legales tantas veces mencionadas.

Por esta razón en la jurisprudencia constitucional se ha entendido que las personas beneficiarias de la protección especial, es decir los prepensionados, serán aquellos servidores que cumplan con los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez dentro de los tres años siguientes o, en otras palabras, aquellos a los que les falte tres años o menos para cumplir los requisitos que les permitirían acceder a la pensión de jubilación o vejez.

3.2. Distintas opciones interpretativas del término "prepensionado"

En respuesta al vacío normativo antes señalado, distintas Salas de Revisión de esta Corte, así como la Sala Plena de esta corporación, han optado por la aplicación de soluciones que no en todos los casos han sido coincidentes. Es así como pueden identificarse cuatro planteamientos en este sentido:

- i. Aquel que no tiene en cuenta un momento a partir del cual contar los tres años, sino que establece que una persona está próxima a pensionarse si, mediante un cálculo 'razonable', puede concluirse que cumplirá los requisitos para obtener la pensión de jubilación durante el tiempo previsto para que la entidad esté en liquidación .
- ii. Aquel que cuenta el término de tres años a partir del momento en que se presente la "reestructuración efectiva" de la entidad .
- iii. Aquel que cuenta el término de tres años a partir del momento en que se profiera el decreto que ordene la liquidación .
- iv. Aquel que cuenta el término de tres años a partir del momento en que se suprima el cargo del servidor y éste sea efectivamente desvinculado, el cual, sin duda alguna, será un momento posterior a aquel en que se profiere el decreto de inicio del proceso de liquidación de la entidad .

Con base en lo antes señalado, La Sala Plena de la Corte Constitucional concluye que:

- i. Los prepensionados, o personas beneficiarias de la protección establecida por el sistema jurídico plurimencionado, serán aquellos trabajadores de entidades

liquidadas, entre otras, en desarrollo del PRAP, a los cuales les falte menos de tres años al momento en que es suprimido el cargo que ocupan.

ii. La protección que para ellos se deriva de las normas del llamado "retén social" obliga a la entidad a que, una vez suprimido el cargo, continúe con el pago de los aportes correspondientes al sistema general de seguridad social en pensiones, hasta tanto se cumpla el tiempo mínimo de cotización requerida para que dicha persona acceda a la pensión de jubilación o de vejez.

Esta es la conclusión a que llega la Sala Plena de la Corte y, por consiguiente, son estos los criterios que empleará en la solución de los casos que en esta ocasión son sometidos a su consideración.

(...)

"Estas sub reglas, en virtud de todo lo expuesto, son igualmente extensivas a la situación de los padres cabeza de familia que hayan sido desvinculados de sus cargos desconociendo que son beneficiarios del retén social previsto en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, siempre y cuando se advierta que su situación se adecua efectivamente al supuesto de hecho de la citada disposición legal y a los criterios enunciados en este fallo." (Sentencia SU-389 de 2005 M.P. Jaime Araujo Rentería)"

4. Estudio y solución del caso concreto

4.1. Procedencia de la acción de tutela

La Sala encuentra que la solicitud de amparo cumple con el requisito de subsidiariedad, toda vez que la vía ordinaria, esto es, el proceso de nulidad y restablecimiento contra los actos administrativos (i) por medio del cual fue desvinculado del cargo que desempeñaba y (ii) por medio del cual se nombró a otro servidor en propiedad, no resulta idóneo para la protección de derechos deprecada, puesto que por su duración no alcanzaría a tener efectos sobre la situación actual del accionante, cuya permanencia en el cargo que desempeñaba o uno similar, se encuentra íntimamente ligada con la causación del derecho cuya protección persigue, de acuerdo al plan de retiro descrito en los hechos.

Igualmente, se observa que se cumple con el requisito de inmediatez, en tanto la terminación del vínculo en provisionalidad fue comunicada al actor el 30 de agosto de 2016, y la solicitud de tutela fue interpuesta el 13 de septiembre de ese mismo año.

Ahora bien, respecto de la existencia o no del perjuicio irremediable que haga procedente la presente solicitud, la Sala aclara que según la Corte Constitucional, en sentencia T-357 de 2016², la falta de salarios y de las mesadas pensionales, cuando el afectado asegura que depende de ellos para subsistir, permite presumir el perjuicio irremediable en materia de mínimo vital. Allí se estableció que si quien recibe una suma de dinero mensual depende de ella para subsistir, exigirle que pruebe la existencia de un perjuicio irremediable implica someterlo a una prueba excesiva, por lo que resulta legítimo presumir la inminencia del perjuicio irremediable del individuo que pierde su única fuente de subsistencia. En efecto anotó la Corte:

“Ya en el marco de los derechos pensionales, este Tribunal se ha pronunciado sobre la prueba del riesgo de sufrir un perjuicio irremediable para efectos de la procedencia de la acción de tutela, en los siguientes términos:

“En otros casos, la Corte Constitucional ha sostenido que la falta de pago de los salarios y de las mesadas pensionales, cuando el afectado asegura que depende de ellos para subsistir, permite presumir el perjuicio irremediable en materia de mínimo vital. De acuerdo con la argumentación de la Corte, si quien recibe una suma de dinero mensual depende de ella para subsistir, exigirle que pruebe la existencia de un perjuicio irremediable implica someterlo a una prueba excesiva. Así, la Corte ha dicho que es legítimo presumir la inminencia del perjuicio irremediable del individuo que pierde súbitamente su única fuente de subsistencia”. (Negritas fuera del texto).

En este orden de ideas, y de acuerdo a la jurisprudencia citada, se tiene que no hace falta que el peticionario aporte prueba de la precariedad de su capacidad económica para probar una afirmación en tal sentido y en consecuencia le corresponde a la entidad accionada el desvirtuar tal aseveración.” Resaltado original.

De allí que el argumento presentado por la demandada en la impugnación respecto de la inexistencia del perjuicio irremediable deba ser rechazado, habida cuenta de que la Procuraduría General de la Nación no aportó prueba alguna que

² M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

permitiera desvirtuar la incapacidad económica que se presume de la falta de pago de los salarios que el accionante venía recibiendo por su labor en dicha entidad.

4.2. El amparo constitucional deprecado se debe confirmar

En el caso bajo estudio, el accionante solicita la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, mínimo vital, igualdad, trabajo, libre escogencia de profesión u oficio, dignidad humana y a la seguridad social, que considera vulnerados con la desvinculación del cargo de Procurador 117 Judicial II Administrativo que venía desempeñando en provisionalidad, decretada por la Procuraduría General de la Nación, a pesar de que, por contar con 59 años y 6 meses de edad al momento de la misma, era sujeto de especial protección constitucional, por estar *ad portas* de consolidar el estatus de pensionado de acuerdo a los requisitos establecidos en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993.

El Tribunal Administrativo del Atlántico, en sentencia del 1º de febrero de 2016, accedió a las pretensiones de la acción y ordenó el reintegro del actor al cargo que desempeñaba o uno equivalente en provisionalidad, sin solución de continuidad, hasta tanto cumpliera los requisitos para obtener la pensión de vejez, conforme el sistema pensional por el que ha optado, luego de considerar que, si bien la Procuraduría General de la Nación debía proveer los cargos de procuradores judiciales con la lista de elegibles de las personas que superaron el concurso de méritos en el que se ofertó el cargo que venía desempeñando en provisionalidad el actor, también lo es que la entidad conocía la calidad de sujeto de especial protección del accionante, quien tiene estatus de prepensionado, por lo que debió adoptar medidas afirmativas tendientes a amparar sus derechos.

En la misma decisión, determinó que la vulneración de los derechos al trabajo, a la estabilidad laboral, a la seguridad social y al mínimo vital del accionante era evidente en el caso, en tanto se probó que 8 cargos de Procuradores Judiciales II no fueron provistos mediante lista de elegibles, de lo que dedujo que la Procuraduría General de la Nación tenía un margen de maniobra entre las plazas ofertadas y las plazas provistas, que le permitía mantener la vinculación laboral del actor sujeto especial de protección constitucional.

La entidad demandada impugnó la sentencia de primera instancia y solicitó que se revocara, por cuanto, en su concepto: (i) la tutela como mecanismo transitorio es improcedente dado que en el caso no existe perjuicio irremediable, (ii) el accionante no es una persona sin capacidades físicas o profesionales que dependa solamente de un empleo en la Procuraduría General de la Nación, (iii) el tutelante no tiene la condición de "prepensionado" por pertenecer al régimen de ahorro individual, (iv) proceder en la forma requerida por el accionante "implica desconocer y desobedecer una orden expresa del máximo tribunal de lo constitucional", y (v) según la doctrina vigente de la Corte Constitucional no es posible desplazar el derecho del concursante en una lista de elegibles, por el de un servidor en provisionalidad, aun cuando esté cobijado por una condición de *prepensión*.

Respecto de los ocho cargos que el *a-quo* encontró había proveído con personas que no estaban en las listas de elegibles producto del concurso, precisó que, "contrario a lo manifestado por el Tribunal Administrativo del Atlántico, en la actualidad no existen vacantes en las que pueda reubicarse al señor Javier Enrique Múnera Oviedo, pues los ocho cargos a los que hace alusión se encuentran provistos con otras personas en periodo de prueba, propiedad y provisionalidad o incluso con otras personas que interpusieron tutela con antelación al actor."

Ahora bien, en el proceso se acreditó que para el 8 de agosto de 2016, fecha en la que la entidad finalizó el vínculo con el accionante, este contaba con 59 años 4 meses y 4 días de edad. Además, se allegó el oficio BQ-R-I-L-127-08-16 de 24 de agosto de 2016, suscrito por la Oficina Prado de la Administradora de Pensiones COLFONDOS, dirigido al actor, que contiene "*la proyección de pensión a los 60 años 9 meses y 27 día en la modalidad de Retiro Programado, teniendo en cuenta el saldo de su cuenta de ahorro de pensión obligatoria en el momento*", en el que se indica que el cálculo se efectuó sobre la protección de que continuaría cotizando sobre un salario aproximado al que venía recibiendo.

Las anteriores circunstancias permiten inferir que el señor Múnera Oviedo ostenta la condición de prepensionado, en tanto, al momento de ser desvinculado, 8 de agosto de 2016, le faltaban, en principio, algo más de un año y cuatro meses para consolidar su estatus de pensionado, conforme a los artículos 61 y 64 de la Ley

100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, condición que puso en conocimiento del Procurador General de la Nación el día 21 de octubre de 2015, cuando le solicitó aplicar a su caso medidas que garantizarán su estabilidad laboral reforzada.

Para la Sala, de acuerdo con el fundamento constitucional y jurisprudencial analizado y con los hechos probados en el expediente, en casos como el que nos ocupa, en los que se implementa el régimen de carrera en una entidad pública, es necesario que los nominadores de manera previa a la modificación de la planta de personal, verifiquen si entre quienes ocupan en provisionalidad los cargos a proveer existen sujetos de especial protección, con el objetivo de tomar las medidas necesarias para que el desarrollo de las convocatorias para proveer empleos públicos no entre en colisión con derechos de desarrollo constitucional como la protección especial a quienes se encuentran *ad portas* de adquirir su estatus de pensionados.

Por esta razón, la Sala no considera válido el argumento esgrimido por la demandada, en el sentido de que acceder a las súplicas del accionante "implica desconocer y desobedecer una orden expresa del máximo tribunal de lo constitucional", en tanto se trata de una situación evitable, a través de una mínima planeación a nivel institucional.

En este mismo sentido se pronunció la Sección Segunda de esta Corporación, quien, en fallo de tutela de 3 de noviembre de 2016³, en un caso análogo, ordenó proteger tanto los derechos del accionante como de las personas que aprobaron el concurso y conforman la lista de elegibles, luego de considerar que estos no pueden sufrir las consecuencias de las omisiones de la entidad nominadora.

En dicho fallo, se estableció el criterio que debía observarse por parte de la entidad en estos casos:

"De acuerdo al escenario descrito, es indudable que no era consecuente con el estatus de prepensionado del accionante que se produjera su retiro del servicio sin que antes se tomaran las medidas que ameritaban la protección especial, pues no podía ser desvinculado hasta cuando fuere

³ M.P. Gabriel Valbuena Hernández.

incluido en nómina de pensionados, pues se repite, es un sujeto de especial protección constitucional beneficiario de la estabilidad laboral reforzada, lo que lo que impone al juez constitucional emitir una orden que permita la satisfacción material de los derechos fundamentales en juego.”

Por lo anterior, la Sala confirmará el fallo impugnado, que amparó los derechos al trabajo, estabilidad laboral reforzada, seguridad social y mínimo vital del señor Javier Enrique Múnera Oviedo.

Ahora bien, la Sala reitera que esta decisión no debe afectar al señor Javier Lizcano Rivas, quien legítimamente superó todas las etapas del proceso de selección y se encuentra posesionado en el cargo de Procurador Judicial II Administrativo, de lo que se concluye que la vinculación del accionante debe hacerse a uno de los ocho cargos de Procurador Judicial II provistos en provisionalidad con personas que no integraban las listas de elegibles, en tanto la protección constitucional del actor le otorga a este un mejor derecho del que actualmente poseen aquellos.

5. Razón de la decisión

La Sala confirmará el fallo de primera instancia que accedió al amparo deprecado, en tanto vislumbra que la calidad de prepensionable del accionante lo convierte en sujeto de especial protección constitucional, por lo que la Procuraduría General de la Nación violó sus derechos fundamentales al no adoptar medidas afirmativas tendientes a amparar sus derechos como persona próxima a pensionarse.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sección Cuarta del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

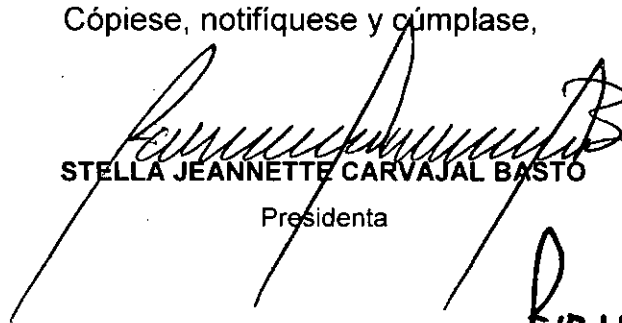
Primero.- CONFÍRMASE el fallo de tutela impugnado proferido el 1º de febrero de 2017, por el Tribunal Administrativo del Atlántico.

474

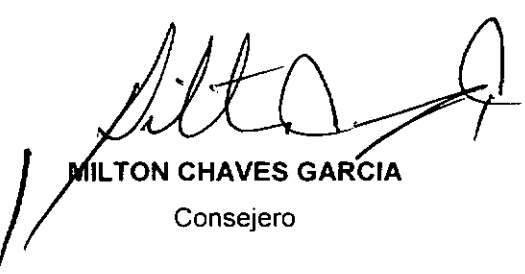
Segundo.- NOTIFÍQUESE esta decisión por el medio más eficaz y expedito posible, como lo dispone el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Tercero.- REMÍTASE el expediente de tutela a la Corte Constitucional para que surta el trámite de eventual revisión previsto en el artículo 86 de la Constitución Política.

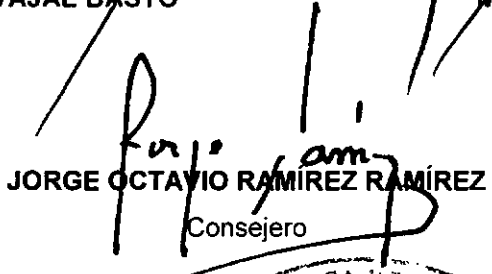
Cópiese, notifíquese y cúmplase,


STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

Presidenta


MILTON CHAVES GARCIA

Consejero


JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

Consejero

