

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

SALA PENAL

Radicado: 110012204000-2016-01983-00 y otros
Accionado: Procuraduría General de la Nación y otro
Accionante: **María Marcela Duarte Torres y otros**
Asunto: Acción de tutela 1ª instancia

Bogotá D.C., tres (3) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

1.- Revisadas las diligencias y con apego a lo establecido en el artículo 2.2.3.1.3.1 del Decreto 1834 de 2015¹, **ACUMÚLENSE Y AVÓQUENSE** las acciones de tutela Rads. 2016-01983-00, 2016-01997-00, 2016-01996-00, 2016-01984-00, 2016-01985-00, 2016-01986-00, 2016-01987-00, promovidas por los doctores **MARÍA MARCELA DUARTE TORRES, MARTHA ISABEL LOZANO URBINA, LIDA JANETH PINTO BARÓN, CARLOS ARTURO SERPA URIBE, RODRIGO RODRÍGUEZ BARRAGÁN, IRMA SUSANA RUEDA SUÁREZ Y CARMEN REMEDIOS FRIAS ARISMENDY**, en consecuencia, **ENTÉRENSE** a los intervinientes por los medios más expeditos, acerca de la iniciación de la acción.

2.- Para una adecuada resolución, **OFÍCIESE** a la autoridad demanda – **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN – OFICINAS DE GESTIÓN HUMANA Y SELECCIÓN DE CARRERA**, para que, dentro de **UN (1) DÍA HÁBIL SIGUIENTE AL RECIBO DE LA COMUNICACIÓN**, en ejercicio de sus derechos de defensa y contradicción, se pronuncien sobre los hechos y pretensiones de las demandas, adjuntando copias de los documentos que soporten sus argumentos. Así mismo, se advierte tener como pruebas las obrantes en la foliatura.

3.- En aras de garantizar la vinculación de terceras personas indeterminadas, ofíciense a la Procuraduría General de la Nación para que, por su conducto y el medio más expedito, informe de las acciones de tutela a todos los participantes que integran la Convocatoria N° 040 del 20 de enero de 2015. Para el efecto, se les remitirá copia de las demandas, sus anexos, y de este auto.

4.- En lo que respecta a las solicitudes de medida provisional interpuestas por los doctores **LIDA JANETH PINTO BARÓN, RODRIGO RODRÍGUEZ BARRAGÁN, CARMEN REMEDIOS FRIAS ARISMENDY Y MARÍA MARCELA DUARTE TORRES** no se hará pronunciamiento alguno, en consideración a que las mismas ya fueron resueltas².

5.- Se dispone que por la Secretaría de la Sala se realicen los trámites pertinentes para que se ordene la compensación de los presentes asuntos Rads. 2016-01983-00, 2016-01997-00, 2016-01996-00, 2016-01984-00, 2016-01985-00, 2016-01986-00, 2016-01987-00, los cuales, se remitieron por parte del Tribunal Administrativo de Santander y el Tribunal Superior de Medellín al suscrito.

CÚMPLASE


LUIS ENRIQUE BUSTOS BUSTOS
Magistrado

¹ Reparto de acciones de tutela masivas. Las acciones de tutela que persigan la protección de los mismos derechos fundamentales, presuntamente amenazados o vulnerados por una sola y misma acción u omisión de una autoridad pública o de un particular se asignarán, todas, al despacho judicial que, según las reglas de competencia, hubiese avocado en primer lugar el conocimiento de la primera de ellas.

A dicho Despacho se remitirán las tutelas de iguales características que con posterioridad se presenten, incluso después del fallo de instancia.

Para tal fin, la autoridad pública o el particular contra quienes se dirija la acción deberán indicar al juez competente, en el informe de contestación, la existencia de acciones de tutela anteriores que se hubiesen presentado en su contra por la misma acción u omisión, en los términos del presente artículo, señalando el despacho que, en primer lugar, avocó conocimiento, sin perjuicio de que el accionante o el juez previamente hayan podido indicar o tener conocimiento de esa situación.

² Folios 61 a 63, 115 a 116 y 76, y, 60 del cuaderno Rad. 2016-01986-00, 2016-01983-00 y 2016-01997-00, respectivamente.

Bucaramanga, Julio 13 de 2016

Señores

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER

TRIBUNAL SUPERIOR DE BUCARAMANGA

Ciudad

ACCIÓN DE TUTELA CON MEDIDA PROVISIONAL

Accionante: **MARIA MARCELA DUARTE TORRES**

Accionado: **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**

MARIA MARCELA DUARTE TORRES, identificada con cedula de Ciudadanía No. 63.287.150 de Bucaramanga, residente en el Municipio de Bucaramanga por medio del presente acudo a su despacho con el fin de interponer ACCIÓN DE TUTELA contra la Procuraduría General de la Nación, con el fin de que se me proteja el **DERECHO CONSTITUCIONAL DE ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA** por tener condición de PREPENSIONADA, **DERECHO A LA IGUALDAD, DERECHO DE PETICION, DERECHO AL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO DERECHO AL TRABAJO Y A LA SEGURIDAD SOCIAL**, amenazados por la Entidad Accionada por los siguientes:

HECHOS:

1. El Procurador General de la Nación, en uso de sus facultades constitucionales y legales, mediante Decreto 1243 del 5 de septiembre de 2002, me nombro en el Cargo de Procuradora 51 Judicial II Penal en la Ciudad de Bucaramanga, código 3PJ, Grado EC.
2. La Procuraduría General de la Nación mediante la **Convocatoria 2015 Procuradores Judiciales**, realizó Concurso Público de Méritos para proveer **todos** los cargos de Procuradores Judiciales I Y II en cumplimiento de una orden de la sentencia C-101 de 2013 de la Corte Constitucional y específicamente, expidió la Convocatoria No 004 de 2015, para proveer los cargos de Procuradores Judiciales Penales II, cargo que ocupo en el momento.
3. En la actualidad cuento con 55 años 6 meses de edad y con 1.300 semanas cotizadas en el Régimen Pensional cotizadas al sistema de seguridad social en PORVENIR y COLPENSIONES.

4. El 09 de febrero de 2015, elevé junto con otros Procuradores, derecho de petición a la Procuraduría General de la Nación, con el fin de que se informara si existía lista de prepensionados, se reconociera esta especial situación, y se abstuvieran de convocar los cargos de quienes ostentaran tal calidad. La Procuraduría General de la Nación dio respuesta con Oficio No.00292 del 27 de febrero de 2015 (SIAF) estableciendo en el literal b) en cuanto a la condición de prepensionados que..... *"corresponderá a la Administración una vez se expidan las listas de elegibles determinar los funcionarios que pueden tener la especial protección por su condición de prejubilado y analizar los casos concretos. Por tanto la información que se solicita en relación con este aspecto solo debe ser consolidada en dicho momento y no ahora, pues como se indico, la orden de la Corte Constitucional es ofertar todos los cargos de procuradores Judiciales.*
5. El día 8 de abril de 2016 mediante Derecho de Petición que fue recibido en la Entidad el 12 de abril del año en curso, informé al Señor JORGE MARIO SEGOVIA ARMENTA, Jefe de la Oficina de Selección de carrera de la Procuraduría General de la Nación, mi calidad de pre pensionada atendiendo a mi edad y a las semanas de cotización y anexando todos los soportes de prueba para ello, con el fin de que se garantizara mi derecho a la estabilidad laboral reforzada, hasta tanto no me fuese notificada la inclusión de mi nombre en la nómina de pensionados de COLPENSIONES.
6. La Procuraduría dio respuesta al derecho de petición precitado informándome que la solicitud junto con sus soportes serian remitidos a mi hoja de vida para que fuera considerada por el señor Procurador General de la Nación *"en el evento en que lo estime necesario y de conformidad con sus facultades constitucionales y legales"*, y al día de hoy no he recibido contestación que **RESUELVA** de fondo mi petición, y tampoco me ofrece la posibilidad de una respuesta, pues lo condiciona a que se revisaría este escrito, por el Señor Procurador, *"en el evento en que lo estime necesario y de conformidad con sus facultades constitucionales y legales"*. Este escrito reposa en la entidad, y es de idéntico contenido al que fue remitido a la Procuradora 170 Judicial Penal mediante oficio SG 001393 del 29 de Abril de 2016.
7. El día 11 de Julio de 2016 mediante Resolución 357 la Procuraduría General de la Nación publicó la lista de elegibles para **ocupar todos** los cargos de Procuradores Judiciales Penales II, (erróneamente indicando que la dependencia Corresponde a la Procuraduría Delegada para la restitución de tierras), concretándose así una amenaza cierta e inminente de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Nacional, toda vez que de acuerdo a lo previsto en la Resolución 040 del 20 de Enero de 2015 (por medio de la cual se da apertura y se reglamenta la convocatoria del proceso de selección para proveer los cargos de carrera de Procuradores Judiciales) en su artículo Vigésimo Primero señala que el nombramiento se hará dentro de los 20 días hábiles siguientes a la publicación de la lista de elegibles de conformidad con lo dispuesto en el artículo 217 del Decreto Ley 262 de 2000, a pesar que la misma Procuraduría General de la Nación tiene conocimiento que

varios procuradores Judiciales (entre los que se encuentra la suscrita) gozamos de la protección especial y constitucional de prepensionados, situación especial no fue considerada por la entidad, a pesar que en la respuesta del 27 de febrero de 2015 (oficio 00292) manifestó que una vez se expidieran las listas de elegibles, determinaría "los funcionarios que pueden tener la especial protección por su condición de prejubilado y analizar los casos concretos", observando que en la reglamentación del concurso, no aparece ningún término para llevar a cabo esta revisión y el pronunciamiento sobre esta condición, tampoco se dispuso un procedimiento o unos requisitos para llevar a cabo dicho análisis, vulnerando así mis derechos fundamentales a la igualdad, al mínimo vital y de acceder a una pensión de vejez.

8. La Procuraduría General de la Nación como protectora de derechos y garantías fundamentales tenía la obligación de conformidad con el artículo 13 y 277 de la Constitución Nacional de prever todas las medidas necesarias para conocer que funcionarios de la entidad tienen la condición especial de prepensionados, que le permitiera como lo anunció hacer el estudio concreto de cada caso, para garantizar que los funcionarios con esta condición no sean desvinculados de la entidad hasta que se consolide el reconocimiento del derecho fundamental a la pensión de vejez y no lo hizo, incurriendo como autoridad pública en una omisión que amenaza y vulnera derechos fundamentales.

MEDIDA PROVISIONAL

Como medida provisional, y con el propósito de garantizar los derechos fundamentales que se invocan como vulnerados, solicito al Sr. Magistrado, se ordene a la Procuraduría General de la Nación SUSPENDER el nombramiento de Procuradores Judiciales Penales II (Grado 3PJ-EC), hasta tanto la Procuraduría General de la Nación lleve a cabo el estudio de los casos de Procuradores Judiciales en condición de Prepensionados, establezca el procedimiento para determinar esta condición, y determine qué mecanismos ha previsto para garantizar estos derechos.

Esta medida procede en razón a que la Resolución No. 357 del 11 de julio de 2016 así como la Resolución No. 040 del 20 de enero de 2015, señalan un término de 20 días para los nombramientos en periodo de prueba a partir de la publicación de la lista de elegibles, que se dio en mi caso el día 11 de julio de 2016, y no existe como lo he mencionado ni el término, ni el procedimiento, ni los mecanismos para llevar a cabo la revisión de los casos concretos como lo anuncio la entidad, con lo cual se desconocen los derechos fundamentales de quienes gozamos de esta protección, habida consideración que de no suspenderse los nombramientos, estos se harían sin agotar previamente el estudio y la aplicación de los mecanismos de protección que ordena la Corte Constitucional.

COMPETENCIA

Es Competente Señor Magistrado para conocer de la presente Acción de Tutela en virtud de lo previsto en el Decreto 2591 de 1991.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Artículo 13 de la C. N.

Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

La PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN no adoptó las medidas necesarias en favor de las personas que nos encontramos en condición de protección especial, pues convocó a concurso todos los cargos, sin llevar a cabo ningún estudio, análisis de casos, ni de mecanismos de protección para los funcionarios próximos a pensionarse.

La Procuraduría General de la Nación OMITIÓ en la reglamentación de la convocatoria del proceso de selección de carrera de Procuradores Judiciales o en actos administrativos independientes, prever los mecanismos necesarios para garantizar que las personas próximas a pensionarse, es decir aquellas a las que les falte tres años o menos para obtener su derecho a la pensión no sean desvinculadas de la entidad hasta tanto se concrete ese derecho, bajo el argumento, que la Corte Constitucional en Sentencia C-101 de 2013 le ordenó convocar a concurso **todos** los cargos de Procurador Judicial sin distinción alguna, como lo expreso en el oficio 00292 (SIAF 070124) del 27 de febrero de 2015.

La Procuraduría, en su escrito de respuesta antes citado, refiere la forma en que la Corte Constitucional (sentencia T-186 de 2013) indica a la entidad el camino para proteger los derechos tanto de la persona que superó el concurso de méritos como el derecho de quienes están próximos a pensionarse, sin embargo no aplica los mecanismos allí indicados, y convoca la totalidad de cargos, cuando por totalidad de cargos podía entenderse todas las áreas, penal, conciliación, tierras, etc, **pero una vez excluidos** los cargos de los servidores que ostentamos el derecho a permanecer a la estabilidad reforzada.

De esta manera, como lo señala la Corte, se dejaba un margen de maniobra para la administración, y se cumplía con la orden de la Corte, pues ella de ninguna manera señaló o precisó que para efectos de cumplir su decisión, se desconocieran derechos constitucionales, como los que se invocan en protección en esta tutela,

tal como preciso la misma Corporación en Sentencia SU-446 de 2011 cuando expreso que:

“sin embargo, la Fiscalía General de la Nación, pese a la discrecionalidad de la que gozaba, si tenía la obligación de dar un trato preferencial, como una medida de acción afirmativa a: i) las madres y padres cabeza de familia; ii) las personas que estaban próximas a pensionarse, entiéndase a quienes para el 24 de noviembre de 2008 – fecha en la que se expidió el acuerdo 007 de 2008 – les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión; iii) las personas en situación de discapacidad”.

ARTICULO 23 DE LA C.N.

El derecho de petición, es un derecho fundamental consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política según el cual, toda persona puede presentar peticiones respetuosas a las autoridades y obtener de ellas pronta resolución. Por lo tanto, goza de una protección especial e inmediata en caso de ser vulnerado.

La PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION no dio respuesta de fondo a mi derecho de petición de fecha 12 de abril de 2016, por cuanto la respuesta de fecha 29 de abril de 2016 **NO RESOLVIO** de fondo mi petición, sólo informó que mi escrito se agregaría a mi hoja de vida y que el Señor Procurador daría una respuesta “*en el evento en que lo estime necesario y de conformidad con sus facultades constitucionales y legales*”, lo cual no corresponde con lo previsto en la ley, pues toda petición debe tener una respuesta efectiva a lo peticionado y no puede quedar pendiente de una decisión discrecional del jefe de la entidad, en responder o no mi petición.

ARTICULO 29 DE LA C.N.

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

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a 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....

LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN no me resolvió la petición de reconocer mi condición de prepensionada teniendo conocimiento por los soportes y certificaciones laborales que acreditan el tiempo de servicio durante el cual coticé para seguridad social, además de la edad, omitiendo el deber que tenía de dar un trato preferencial como una medida de acción afirmativa a las personas que estamos próximos a pensionarnos ya que nos faltan menos de tres años para cumplir con los requisitos de pensión de vejez, cuando publicó la convocatoria para el concurso de procuradores judiciales y a pesar de haber informado esta condición mediante derecho de petición se ha negado a dar una respuesta de fondo, omitiendo pronunciarse sobre la petición de protección que he elevado en forma reiterada a la entidad, en razón a que como lo he manifestado, no existe ni un mecanismo, ni un procedimiento o término para conocer la posición de la entidad frente a esta petición.

Artículo 48 de la C. N.

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

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

El derecho a obtener la pensión de vejez es un derecho de raigambre constitucional, e Imperativo, tal como lo expreso 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 publico.

En el presente caso, la entidad no ha considerado ni se ha pronunciado sobre mi derecho a permanecer o no en el cargo, a ser reubicada en otro de igual o superior jerarquía, como tampoco considero mi condición al convocar mi cargo y en este momento al publicar la lista de elegibles sin excluir los que corresponden a cargos ocupados por funcionarios prepensionados.

Artículo 86 de la C. N.

Toda persona podrá hacer uso de la 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 **OMITIÓ** en la reglamentación de la Convocatoria del proceso de selección de carrera de Procuradores Judiciales, Resolución No 040 de 20 de enero de 2015, prever mecanismos necesarios para garantizar mi derecho a permanecer en la entidad hasta tanto se concrete el derecho a una pensión de vejez.

En consecuencia, solicito se ordene a la entidad accionada **NO PROVEER** el cargo que actualmente ocupo como Procuradora 51 Judicial Penal, hasta tanto se concrete mi derecho pensional, para lo cual se debe ordenar a la entidad, que establezca los mecanismos necesarios para elaborar la relación de los funcionarios en condición de prepensionados, revise el número de personas que hacen parte de las listas de elegibles vs. número de cargos convocados y en forma concreta señale el mecanismo que puede ofrecermme para garantizar mi derecho, y se ordene a la Procuraduría no desvincularme del cargo de Procuradora Judicial hasta tanto se concrete mi derecho pensional, pues de no ocurrir, se amenazan mis derechos constitucionales tales como derecho al mínimo vital, a la seguridad social y a la vida digna, a la Igualdad y la Protección especial de la Estabilidad Laboral Reforzada.

FUNDAMENTOS JURISPRUDENCIALES

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

DERECHO FUNDAMENTAL DE PETICIÓN

.....Sobre este último punto, vale recordar que la Corte Constitucional se encargó de diferenciar claramente el derecho de petición y el derecho a lo pedido, cuyos conceptos aunque diversos, suelen confundirse frecuentemente. Los criterios que desde sus inicios fijó la Corporación, en sentencia T-242 de 1993, para efectos de establecer esas diferencias se transcriben a continuación:

"(...) no se debe confundir el derecho de petición -cuyo núcleo esencial radica en la posibilidad de acudir ante la autoridad y en obtener pronta resolución- con el contenido de lo que se pide, es decir con la materia de la petición. La falta de respuesta o la resolución tardía son formas de violación de aquel y son susceptibles de la actuación protectora del juez mediante el uso de la acción de tutela, pues en tales casos se conculca un derecho constitucional fundamental. En cambio, lo que se debate ante la jurisdicción cuando se acusa el acto, expreso o presunto, proferido por la administración, alude al fondo de lo pedido, de manera independiente del derecho de petición como tal. Allí se discute la legalidad de la actuación administrativa o del acto correspondiente, de acuerdo con las normas a las que estaba sometida la administración, es decir que no está en juego el derecho fundamental de que se trata sino otros derechos, para cuya defensa existen las vías judiciales contempladas en el Código Contencioso Administrativo y, por tanto, respecto de ella no cabe la acción de tutela salvo la hipótesis del perjuicio irremediable (artículo 86 C.N.)"

Con referencia a la respuesta que deben dar las entidades, la Honorable Corte Constitucional ha planteado que ésta no solamente debe ser oportuna, sino que debe ser completa y congruente con lo pedido, así las cosas en Sentencia T-043/09 del 29 de enero de 2009 manifestó:

"El derecho de petición se materializa cuando la autoridad requerida, o el particular en los eventos en que procede, emite respuesta a lo pedido, i) respetando el término previsto para tal efecto; ii) de fondo, esto es, que resuelva la cuestión, sea de manera favorable o desfavorable a los intereses del peticionario; iii) en forma congruente frente a la petición elevada; y, iv) comunicándole tal contestación al solicitante. Si emitida la respuesta por el requerido, falla alguno de los tres presupuestos finales, se entenderá que la petición no ha sido atendida, conculcándose el derecho fundamental."

El artículo 23 de la Constitución Política consagra el derecho que tiene toda persona a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución.

Esta Corporación ha reiterado que ese derecho fundamental no se satisface con una respuesta **meramente formal**, sino que es necesaria una verdadera resolución acerca de lo planteado, de modo que se defina de fondo el asunto sometido a consideración de la autoridad, desde luego sobre la base de que ella sea competente.

La Procuraduría General de la Nación debe dar respuesta oportuna y de fondo al derecho de petición incoado para pedir que se reconozca mi condición de

prepensionada, es decir debe resolver ya sea favorable o desfavorablemente y en forma congruente frente a mi petición elevada el día 08 de abril recibida el 12 de abril de 2016.

La Procuraduría incurre en una contradicción cuando en el escrito del 27 de febrero de 2015 la Jefe de la Oficina de Selección y Carrera manifiesta que corresponderá a la Administración una vez se expida la lista de elegibles determinar los funcionarios que puedan tener la especial protección por su condición de prejubilado y analizar los casos concretos, mientras que en la respuesta dada a mi petición del 8 de abril de 2016 manifiesta la entidad a través de la Secretaria General, que como no se ha dado a conocer la lista de elegibles de los cargos de Procurador Judicial II y no se ha expedido acto administrativo que afecte mis derechos reclamados en derecho de petición, mi petición sería remitida a mi hoja de vida la cual sería considerada por el Señor Procurador en el evento en que lo considere necesario de conformidad con sus facultades constitucionales y legales.

De lo anterior puedo concluir que esta garantía a obtener respuesta efectiva a mi petición no es del arbitrio de la entidad sino una obligación legal y constitucional y por tanto la Procuraduría debe manifestar sí reconoce o no la calidad de prepensionado, antes de proveer el cargo que ocupo, y expresar los mecanismos previstos para garantizar este derecho.

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 prepensionados. **PROVISIÓN 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

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-341 de 2009.

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.

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 grupos de funcionarios, como madres y padres cabeza de familia, discapacitados o prepensionados, concurre una relación de dependencia intrínseca entre la permanencia en el empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, particularmente el mínimo vital y la igualdad de oportunidades. De allí que se sostenga por la jurisprudencia que la eficacia de esos derechos depende del reconocimiento de estabilidad laboral en aquellos casos, a través de un ejercicio de ponderación entre tales derechos y los principios que informan la carrera administrativa.

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

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

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

La problemática surge cuando el servidor público próximo a pensionarse ejerce un cargo público en provisionalidad, el cual es ofertado a concurso público de méritos y asignado al aspirante que supera dicho concurso. En ese escenario entran en tensión dos derechos de raigambre constitucional. El primero, que refiere al derecho subjetivo del aspirante a acceder al empleo público por haber superado el concurso público de méritos, que es a la vez el mecanismo preferente y general para el acceso a los empleos del Estado. El segundo, que tiene que ver con la

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

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MADRE CABEZA DE FAMILIA Y PERSONAS 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 público de méritos. La problemática surge cuando el servidor público próximo a pensionarse ejerce un cargo público en provisionalidad, el cual es ofertado a concurso público de méritos y asignado al aspirante que supera dicho concurso. En ese escenario entran en tensión dos derechos de raigambre constitucional. El primero, que refiere al derecho subjetivo del aspirante a acceder al empleo público por haber superado el concurso público de méritos, que es a la vez el mecanismo preferente y general para el acceso a los empleos del Estado. El segundo, que tiene que ver con la protección de los derechos fundamentales del *prepensionado*, que se verían intervenidos por el retiro del cargo, lo que lo dejaría en estado de vulnerabilidad económica.

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

14. En cuanto a lo primero, la Corte ha insistido que la interpretación mecánica y aislada de las normas de la carrera administrativa no es acertada, en cuanto puede llegar a afectar derechos constitucionales, que a su vez tienen la misma fundamentación superior que el mérito como mecanismo para el acceso a los empleos del Estado. Esa interpretación razonable implica, necesariamente, que la autoridad debe incluir entre su análisis de la regla legal de la carrera administrativa, todas aquellas variables relacionadas con la vigencia de los

derechos fundamentales del aspirante y de quien ejerce el cargo en condición de provisionalidad. Esto con el fin de evitar que una maximización de alguno de estos derechos permita llegar a resultados manifiestamente injustos, entre ellos los que significan la grave afectación de las posiciones jurídicas que la Constitución garantiza a los sujetos de especial protección. Así, se ha considerado en la jurisprudencia, para el caso particular de los *prepensionados*, las siguientes premisas, útiles para resolver la tensión expuesta:

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

² M.P. Alejandro Martínez Caballero.

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

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

³ Corte Constitucional, sentencia T-017/12.

como el del accionante, quien por tener en trámite su solicitud de reconocimiento de la pensión de jubilación hacía parte de un grupo vulnerable, en tanto la desvinculación de su trabajo podía implicar la solución de continuidad entre sus ingresos recibidos como contraprestación al trabajo y el goce efectivo de sus mesadas pensionales.

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

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

En el mismo sentido, la decisión de desvincular a quienes no aprobaron fases decisivas del concurso de méritos, resultaba idónea para garantizar la eficacia del mandato democrático de asegurar el ingreso a la carrera solo en razón del mérito.

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

El hecho de que la entidad le haya informado al actor, días antes de declarar la insubsistencia de su nombramiento, que había sido incluido en el plan de prepensionados de la entidad, destinado a acompañarlo en los trámites para la obtención de su pensión de vejez, sí permite acreditar que

la parte accionada conocía plenamente su situación, y que era consciente de su estado de vulnerabilidad.

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

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

Conforme lo señalado, es clara la posición de la Corte Constitucional en cuanto a que es a la misma entidad a quien corresponde evaluar objetivamente los casos, por tanto no podría por amparado en una orden judicial general, desconocer tales derechos o dejarlo en manos de los jueces.

LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN debe entonces analizar en forma concreta mi caso, ofrecer los mecanismos de protección y garantizar mi permanencia en la entidad hasta que sea incluida en nómina de pensionados porque soy sujeto de protección constitucional por estar próxima a pensionarme hecho que es conocido por la entidad por tanto no debería proveer el cargo hasta tanto cuente con el mecanismo de protección al que tengo derecho.

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIA T-156/14

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

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

administrativa en cuanto a su vinculación y retiro.[26] Esto, en tanto existen marcadas diferencias entre los funcionarios inscritos en carrera administrativa y los funcionarios públicos provisionales.

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

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

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

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

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

especiales por tratarse de personas con disminución física, sensorial o psíquica, madres y padres cabeza de familia o prepensionados. Al respecto expresó:

“Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación, gozan de una estabilidad relativa, en la medida en que sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera, tal como ocurrió en el caso en estudio o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación. En consecuencia, la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos”.

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

“Sin embargo, la Fiscalía General de la Nación, pese a la discrecionalidad de la que gozaba, sí tenía la obligación de dar un trato preferencial, como una medida de acción afirmativa a: i) las madres y padres cabeza de familia; ii) las personas que estaban próximas a pensionarse, entiéndase a quienes para el 24 de noviembre de 2008 - fecha en que se expidió el Acuerdo 007 de 2008- les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión; y iii) las personas en situación de discapacidad”.

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

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

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

En esta ocasión no se trataba de un proceso de reorganización de la planta de personal de la entidad accionada originada en una reestructuración de la misma, sino que se llevó a cabo un concurso de méritos para proveer los cargos que se

encontraban ocupados por personal en provisionalidad. Sin embargo, ello no implica que el señor Riveros no tuviera derecho a la estabilidad laboral relativa, en virtud de la protección establecida en el Decreto 3905 de 2009 *"Por el cual se reglamenta la Ley 909 de 2004 y se dictan normas en materia de carrera administrativa"* y en el Acuerdo 121 de 2009 *"Por medio del cual se establece el procedimiento a seguir para implementar lo dispuesto en el Decreto 3905 de 2009"*, aquellos funcionarios provisionales que ostentan la condición de prepensionados tienen derecho a permanecer en sus empleos hasta tanto causen su derecho a la pensión.

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

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

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

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

la totalidad de los requisitos, que conforme a las normas vigentes, le permitan al servidor solicitar su reconocimiento pensional.

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

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

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

5. La acción de tutela procede de manera excepcional para controvertir los actos administrativos

5.1. Para resolver el asunto que convoca a la Sala, se realizará el análisis acerca de la procedibilidad de la acción de tutela. Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que el mecanismo judicial previsto por el ordenamiento jurídico para controvertir los actos administrativos, es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho,^[36] ejercida ante la jurisdicción contenciosa administrativa. Sin embargo, siguiendo lo expresado por esta Corporación en la sentencia T-186 de dos mil trece (2013), las acciones judiciales que se pueden ante esa jurisdicción en ocasiones no resultan idóneas para las personas próximas a pensionarse que ven amenazados sus derechos, quienes dependen económicamente del ingreso derivado del ejercicio de un cargo público. En dicha sentencia se indicó que ello se debe a:

"[...] que la duración usual de estos procesos excede ampliamente los requerimientos propios de la satisfacción del mínimo vital del afectado. Por ende, como lo ha señalado la Corte, dicha tesis de improcedencia "(...)se fundamenta en las siguientes premisas: el reconocimiento de un derecho pensional, de acuerdo con lo establecido por esta Corporación, 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 dos (2) a tres (3) meses o, en cualquier caso, en un término inferior a seis (6) meses. || No hace falta recurrir a estadísticas relacionadas con el nivel de congestión o la duración en promedio de un proceso judicial para asumir que difícilmente la respuesta al problema jurídico podría producirse en menos de seis (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”.

5.2. Bajo este contexto, esta Sala considera que en el presente caso la acción de tutela es el mecanismo eficaz para la salvaguarda de los derechos del accionante, en tanto exigirle al señor Fernando Riveros Triviño acudir a la jurisdicción contencioso administrativa no resulta eficaz, teniendo en cuenta su condición de prepensionado y que su salario es la única fuente de ingresos propia y de su familia compuesta por él y su cónyuge.

la Procuraduría General de la Nación 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 o de vinculación del aspirante de lista de elegibles, para lo cual debe suspender la provisión de los cargos de prepensionados, bajo la condición suspensiva de manera que solo se pueden proveer con la lista de elegibles cuando se obtenga el reconocimiento pensional.

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIA T-326/14

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

3.4. En relación con la estabilidad laboral relativa de que gozan los funcionarios que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, la Corte Constitucional ha precisado algunas medidas adoptadas para garantizar los derechos fundamentales

de quienes ameritan una especial protección constitucional por estar en condiciones de vulnerabilidad. Por ejemplo, en la sentencia de unificación SU-446 de 2011[53], esta Corporación hizo un pronunciamiento en torno a la relación existente entre la provisión de cargos de carrera mediante concurso de méritos y la protección especial de las personas que ocupan dichos cargos en provisionalidad y se encuentran en circunstancias especiales por tratarse de madres y padres cabeza de familia, prepensionados o personas en situación de discapacidad. Al respecto expresó:

"Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación[54], gozan de una estabilidad relativa, en la medida en que sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera, tal como ocurrió en el caso en estudio o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación[55]. En consecuencia, la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos.

"[...]

"[...] Sin embargo, la Fiscalía General de la Nación, pese a la discrecionalidad de la que gozaba, **sí** tenía la obligación de dar un trato preferencial, como una medida de acción afirmativa a: **i)** las madres y padres cabeza de familia; **ii)** las personas que estaban próximas a pensionarse, entendiéndose a quienes para el 24 de noviembre de 2008 –fecha en que se expidió el Acuerdo 007 de 2008– les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión; y **iii)** las personas en situación de discapacidad.

"En estos tres eventos la Fiscalía General de la Nación ha debido prever mecanismos para garantizar que las personas en las condiciones antedichas, fueran las últimas en ser desvinculadas, porque si bien una cualquiera de las situaciones descritas no otorga un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos. Como el ente fiscal no previó dispositivo alguno para no lesionar los derechos de ese grupo de personas, estando obligado a hacerlo, en los términos del artículo 13 de la Constitución, esta Corte le ordenará a la entidad que dichas personas, **de ser posible**, sean nuevamente vinculadas en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía de los que venían ocupando" (negrillas originales).

3.5. Entonces, pese a la potestad de desvincular a los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad en un cargo de carrera, para no vulnerar los derechos fundamentales de aquellas personas que están en condición de vulnerabilidad deben observarse unos requisitos propios de la estabilidad relativa o intermedia de que son titulares, entre ellos (i) la adopción de medidas de acción afirmativa tendientes a proteger efectivamente el especial contexto de las personas vinculadas en provisionalidad, y (ii) la motivación del acto administrativo de desvinculación. En esta ocasión debe tenerse en cuenta, de un lado, que la señora Ana Isabel Velásquez Arias fue desvinculada del cargo de carrera en el cual estaba nombrada en provisionalidad, para posesionar a quien se encontraba ocupando la segunda posición en la lista de elegibles correspondiente al cargo Auxiliar Área Salud, código 412, grado 04, No. 24027[56]; de otro lado, que la

accionante es una persona que goza de especial protección por tener la calidad de prepensionada y ser madre cabeza de familia.

Para evitar un perjuicio irremediable la procuraduría general de la nación no debe vulnerar derechos fundamentales de las personas que nos encontramos en condición de vulnerabilidad garantizando la permanencia en la entidad hasta tanto no accedamos al disfrute de la pensión de vejez.

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

6.1. Un escenario distinto de vigencia de la estabilidad laboral de las personas próximas a pensionarse concurre ante la provisión de cargos por concurso público de méritos. La problemática surge cuando el servidor público próximo a pensionarse ejerce un cargo público en provisionalidad, el cual es ofertado a concurso público de méritos y asignado al aspirante que supera dicho concurso. En ese contexto entran en tensión dos derechos de raigambre constitucional. El primero, que refiere al derecho subjetivo del aspirante a acceder al empleo público por haber superado el concurso público de méritos, que es a la vez el mecanismo preferente y general para el acceso a los empleos del Estado. El segundo, que tiene que ver con la protección de los derechos fundamentales de *prepensionado*, que se verían intervenidos por el retiro del cargo, lo que lo dejaría en estado de vulnerabilidad económica[80].

En la sentencia T-186 de 2013[81] se consideró que este asunto no puede resolverse simplemente a través de la opción a favor de alguno de los derechos en conflicto. Al contrario, se planteó la necesidad de que en el caso concreto se efectúe un ejercicio de ponderación entre esos derechos, que no afecte el núcleo esencial de cada uno de los extremos en cuestión. Para ello enfatizó en dos tipos de argumentos centrales: (i) la necesidad de que las autoridades del Estado interpreten las normas de forma razonable, proporcionada y compatible con los derechos fundamentales de los afectados, y (ii) la obligación de que estas mismas autoridades hagan una evaluación objetiva de las circunstancias del caso, diferente a una adjudicación aleatoria, en la cual se determine si es posible proteger concomitantemente los derechos del *prepensionado* y del aspirante.

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

“Al dar cumplimiento a sus deberes constitucionales, legales y reglamentarios, los servidores públicos siempre deben tener presentes los principios, valores, finalidades estatales y derechos

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

"[...]

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

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

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

6.3. La interpretación razonable de las normas sobre carrera administrativa, de conformidad con las posiciones expuestas, se funda en la evaluación de las diversas alternativas de decisión en cada caso concreto, de modo que se llegue a

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

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

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

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 accionante"[87].

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"[89].

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[90]; por la novedad de esa jurisprudencia que apenas está formándose, pues todavía es muy reciente la norma[91], 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.

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

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

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

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

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

*"Aunque la protección laboral reforzada que el legislador otorgó a aquellas personas que se encontraban en las condiciones descritas por el artículo 12 de la ley 790 de 2002, se **circunscribió en su momento, a aquellos trabajadores que eventualmente pudieran verse afectados en desarrollo del programa de renovación de la administración pública, la Corte Constitucional ha sentenciado que dicha protección, es de origen supra legal, la cual se desprende no solamente de lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución** que establece la obligación estatal de velar por la igualdad real y efectiva de los grupos tradicionalmente discriminados y de proteger a las persona en circunstancias de debilidad manifiesta, sino de los artículos 42, 43, 44 y 48 superiores; se trata en consecuencia de una aplicación concreta de las aludidas garantías constitucionales que están llamadas a producir sus efectos cuando quiera que el ejercicio de los derechos (si) fundamentales de estos sujetos de especial protección pueda llegar a verse conculcado".*

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA, SUBSECCION "B"

CONSEJERO PONENTE: DOCTOR GERARDO ARENAS MONSALVE

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

REF: EXPEDIENTE No. 050012333000201200285-01

NUMERO INTERNO 3685-2013

AUTORIDADES DEPARTAMENTALES

ACTOR: EDGAR AUGUSTO ARIAS BEDOYA

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

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

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

"4. En ese marco, el legislador profirió la ley 790 de 2002 previendo mecanismos especiales de estabilidad para los trabajadores o funcionarios que se verían particularmente afectados en los procesos de reforma institucional, como concreción de los mandatos contenidos en los incisos 3º y 4º del artículo 13 Superior, relativos a la adopción de medidas de protección a favor de grupos vulnerables y personas en condición de debilidad manifiesta, y en las cláusulas constitucionales que consagran una protección reforzada para ciertos grupos sociales, tales como las mujeres (art. 43 CP), los niños (art. 44 C.P.), las personas de la tercera edad (art. 46 C.P), y las personas con discapacidad (art. 47 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 restructuración de la Administración Pública (retén social), siendo estos casos, apenas una especie de mecanismo, dentro de los múltiples que pueden considerarse para garantizar los derechos fundamentales involucrados por la permanencia en el empleo público de los servidores próximos a pensionarse. (Criterio sostenido en la sentencia T-089 de 2009)

Es por lo anterior que la estabilidad laboral de los prepensionados se convierte en un imperativo constitucional en cada uno de los escenarios en que se materialice alguna de las causales que lleven al retiro del servicio, evento en el cual, será necesario efectuar un ejercicio de ponderación entre los derechos al mínimo vital e igualdad de los 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)...*

El Consejo de Estado al igual que la Corte Constitucional consideran que el reconocimiento y protección del derecho de estabilidad reforzada a quienes estamos próximos a pensionarnos es un imperativo constitucional y en tal sentido la Procuraduría General de la Nación debe garantizarlo tomando todas las medidas necesarias para garantizar su protección en la entidad máxime cuando es la abanderada de la protección de derechos y garantías fundamentales no solo de la comunidad sino de las personas que laboran en ella y al representan.

PRETENSIONES

1. Se tutelen mis derechos fundamentales **de petición, del debido proceso administrativo, al trabajo, al mínimo vital, a la salud, a la seguridad social y a la vida digna, a la Igualdad y la Protección especial de la Estabilidad Laboral Reforzada por tener mi condición de Pre Pensionada**, que están siendo amenazados por la Procuraduría General de la Nación.

2. Ordenar a la Procuraduría General de la Nación **ABSTENERSE** de nombrar de la lista de elegibles el cargo de Procurador Judicial II Código y grado 3 PJ-EC Penal 51 de Bucaramanga, hasta tanto se tomen todas las medidas necesarias para garantizar mi **DERECHO DE ESTABILIDAD REFORZADA** tales como: la elaboración del listado de Procuradores Judiciales Penales Grado II en condición de pre pensionados, la suspensión condicionada del nombramiento para este cargo hasta tanto se reconozca mi pensión de vejez, o cualquier otra que garantice mi derecho hasta que obtenga la pensión de vejez y este incluida en la nómina de pensionados: que se ordene igualmente emitir y comunicar una respuesta efectiva sobre mi condición de prepensionada y sobre las garantías que me ofrece la

entidad para permanecer en el cargo o en otro de igual o superior categoría, como respuesta a la petición de fecha 8 de abril recibida el 12 de abril de 2016.

PRUEBAS

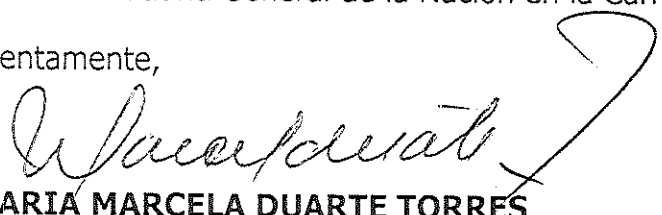
1. Copia de la Resolución No. 1243 del 5 de septiembre de 2002, por medio de se me nombró Procuradora 51 Judicial II Penal de Bucaramanga, código 3PJ, Grado-EC.
2. Copia de la Resolución 357 del 11 de julio de 2016 por medio del cual se publica la lista de elegibles de la Convocatoria 004 de 2015 Procuradores Judiciales Penales II, la cual erróneamente hace referencia a dependencia de Procuraduría Delegada para la Restitución de tierras y no Procuraduría Delegada para Asuntos Penales como corresponde.
3. Copia del oficio No. 000292 SIAF 070124 del 27 de febrero de 2015
4. Copia del derecho de petición del 8 de abril de 2016 dirigido a la Procuraduría General de la Nación, recibido por ésta el 12 de abril del año en curso.
5. Copia de la Respuesta que remitió la Procuraduría el 29 de Abril de 2016, suscrita por la Doctora ANA MARIA SILVA ESCOBAR, Secretaria General de la Procuraduría General de la Nación, a una petición elevada por la Procuradora Judicial 170, en iguales o similares términos a la que eleve a esa entidad respecto a la solicitud de reconocimiento de mi condición de prepensionada.
6. Copia de certificados laborales que dan cuenta del tiempo laborado hasta la fecha que permiten establecer el tiempo durante el cual he realizado aportes a seguridad social para pensión durante más de 26 años de servicio. Anexo para demostrarlo: Certificaciones del Departamento de Santander Secr3etaeria de Gobierno 3 años 6 meses 4 días; Contraloría Municipal de Bucaramanga 2 años 7 meses 3 días; Fiscalía General de la Nación 5 años 28 días; Auditoria General de la Republica 2 años 2 meses 29 días; Procuraduría General de la Nación 13 años 9 meses. Anexo igualmente formatos establecidos por el Ministerio de Hacienda para certificar periodos de vinculación laboral, periodos de aportes a AFP y certificación de salarios mes a mes de las siguientes entidades: Departamento de Santander; Contraloría Municipal de Bucaramanga; Fiscalía General de la Nación.
7. Copia de la Cedula de Ciudadanía de la Suscrita.

NOTIFICACIONES

La suscrita las recibiré en la Carrera 39 No. 48-39 apto 1402 de Bucaramanga (Santander), o en la oficina 462 del palacio de Justicia de Bucaramanga.

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

Atentamente,


MARIA MARCELA DUARTE TORRES
C. C. 63.287.150 de Bucaramanga