



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI  
SALA LABORAL  
SECRETARIA

Santiago de Cali, 14 de julio de 2016  
OFICIO Nro. 1850-000-2016-00329-00

Doctor  
**ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO**  
Procurador General de la Nación o quien haga sus veces  
Correo: [oficinajuridica@procuraduria.gov.co](mailto:oficinajuridica@procuraduria.gov.co)  
Carrera 5ª No. 15 – 60, PBX: 5878750 Ext. 12502  
Bogotá D.C.

**ASUNTO: ACCION DE TUTELA**  
**ACCTE. : AURORA MARTINEZ ARANGO**  
**ACCCDO.: PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION**

De manera comedida y para los fines pertinentes me permito notificarle el **Auto interlocutorio No. 064 del 13 de julio de 2016**, proferido dentro de la acción de la referencia por la Sala de Decisión que preside el Magistrado, Dr. **CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA**, mediante el cual dispuso:

*"La señora **AURORA MARTINEZ ARANGO** actuando en nombre propio, interpone acción constitucional en contra de la **PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION**, en aras de obtener la protección de sus derechos fundamentales a la **ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA, IGUALDAD, MINIMO VITAL Y SEGURIDAD SOCIAL**. En ella solicita como **MEDIDA PROVISIONAL** se ordene la suspensión de la ejecución de los efectos del Acto Administrativo No 45 del 8 de julio de 2016 que fijó la lista de elegibles para el cargo de procurador judicial II grado 3PJ-EC (folio 24).*

Para resolver, se CONSIDERA

Establece el **Artículo 7º del Decreto 2591 de 1991** que el Juez ya sea de oficio o a petición de parte puede establecer *"medida de conservación o seguridad orientada a proteger el derecho o a evitar que se produzca daño alguno como resultado de los hechos realizados, todo de conformidad con las circunstancias del caso"*.

De la examinación fáctica y jurídica del asunto puesto a consideración, encuentra el ponente de la solicitud de medida provisional de la accionante no exponerse razones que justifiquen forma inmediata su definición, al punto de ser igual a la pretensión final de la presente acción de tutela, sin que se comunique o de atisbos de ser presente o al menos actual voluntad alguna.

No obstante lo anterior, al estar presentada el escrito de tutela en debida forma, se **RESUELVE**

- 1. NO ACCEDER** a la solicitud de medida provisional presentada por la señora **AURORA MARTINEZ ARANGO**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.
- 2. AVOCAR** el conocimiento de la presente Tutela interpuesta por la señora **AURORA MARTINEZ ARANGO** en contra de la **PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION**.
- 3. NOTIFIQUESE** a la accionada, para que dentro de las **CUARENTA Y OCHO (48) HORAS SIGUIENTES** a la notificación de éste proveído, proceda a pronunciarse respecto de la misma.

**NOTIFIQUESE** de la forma más expedita a las partes y **CÚMPLASE"**

Cordialmente,

**JESUS ANTONIO BALANTA GIL**  
Secretario Sala Laboral

Adjunto copia del escrito de tutela

Mpin



SEÑOR (A)  
JUEZ CONSTITUCIONAL (REPARTO)  
L. C.

ACCIÓN : TUTELA  
ACCIONANTE : AURORA MARTÍNEZ ARANGO  
ACCIONADA : PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

**ANGÉLICA RADA PRADO**, mayor de edad, vecina de esta ciudad, identificada con cédula de ciudadanía No. 1'144'124.072 de Cali -- Valle, Abogada con Tarjeta Profesional No. 208.504 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando como apoderada de la Doctora **AURORA MARTÍNEZ ARANGO**, identificada con cédula de ciudadanía No. 66'650.265 de El Cerrito - Valle, presento Acción de Tutela contra la Procuraduría General de la Nación, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto Reglamentario 2591 de 1.991, con el fin de que judicialmente se conceda la protección de sus derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, a la igualdad, al mínimo vital y a la seguridad social con ocasión de la fijación de la lista de elegibles dentro de la Convocatoria No. 006-2015 para el empleo de Procurador Judicial II, Código y Grado 3PJ-EC establecida en la Resolución No. 345 del ocho (08) de julio de dos mil dieciséis (2016) proferida por el Procurador General de la Nación.

El fundamento de las pretensiones radica en los siguientes:

#### I. HECHOS

- 1.- En la actualidad, la Doctora **AURORA MARTÍNEZ ARANGO** se desempeña como Procuradora 19 Judicial II Administrativa ante el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, cargo en el cual fue nombrada por medio del Decreto No. 2372 del veintidós (22) de septiembre de 2010 (Anexo No. 01) y posesionada mediante Acta No. 0881 del día cinco (05) de octubre de dos mil diez (2010). (Anexo No. 02).
- 2.- El Decreto Ley 262 de 2000, enuncia la clasificación de los empleos al interior de la Procuraduría General de la Nación y en el numeral 2 de su artículo 182 se establece como empleo de libre nombramiento y remoción de la Procuraduría General de la Nación, donde se encuentran incluidos los cargos de Procuradores Judiciales I y II.
- 3.- La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-101 de 2013, declaró inexecutable la expresión que consagraba los cargos de Procuradores Judiciales I y



Il como empleos de libre nombramiento y remoción, en consecuencia, pasaron a ser cargos de Carrera Administrativa.

- 4.- Como resultado de lo anterior, a través de Resolución No. 040 del 20 de enero de 2015, el Procurador General de la Nación dio apertura y reglamentó la convocatoria del proceso de selección para proveer los cargos de carrera de los Procuradores Judiciales I y II de la entidad, en cuya parte motiva sostuvo que el concurso se encuentra regulado en el artículo 194 y siguientes del Decreto Ley 262 de 2000 y comprende seis etapas: a) Convocatoria; b) Reclutamiento, inscripción y lista de admitidos y no admitidos; c) Aplicación de pruebas o instrumentos de selección; d) Conformación de la lista de elegibles; e) Período de prueba y f) Calificación del periodo de prueba.
- 5.- En el artículo 1ro. de la Resolución No. 040 de 2015, se observa que los cargos objeto de concurso fueron 744, de los cuales 317 son Procuradores Judiciales I (3PJ-EG) y 427 Procuradores Judiciales II (3PJ-EC), siendo este último el cargo que actualmente ocupa la Doctora MARTÍNEZ ARANGO de manera provisional.
- 6.- En atención a la Convocatoria Pública No. 006 de 2015 para el cargo de Procurador Judicial II, la accionante se inscribió como aspirante al concurso de méritos, pasando la etapa de admisión, siendo citada para presentar las pruebas de conocimientos y competencias comportamentales. Sin embargo, no logró acreditar el puntaje requerido de conformidad con lo señalado en el Decreto 262 del 2000.
- 7.- El día seis (06) de febrero de dos mil quince (2015) mi defendida elevó derecho de petición dirigido al Doctor Alejandro Ordoñez Maldonado, Procurador General de la Nación, con el fin de poner en su conocimiento la condición que ostenta como pre-pensionada con estabilidad laboral reforzada respaldada por las siguientes citas jurisprudenciales: i) Sentencia de la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional del tres (03) de junio de 2014, con ponencia de la Magistrada María Victoria Calle Correa; ii) Sentencia C-991 del doce (12) de octubre de 2004; iii) Sentencia T-186 de 2013; iv) Sentencia C-795 de 2009; v) SU 446 de 2011 y vi) Sentencia T-754 de 2012 y los documentos anexos que acreditan su tiempo de servicio. (Ver anexo No. 03)
- 8.- El cuatro (04) de marzo de dos mil quince (2015) por medio de Oficio SG No. 000923, recibió respuesta de la entidad accionada en el entendido de que su caso concreto será estudiado por la provisión de su cargo por lista de elegibles o ante cualquier otra circunstancia de retiro legal. (Anexo No. 04)

- 9.- Posteriormente, a través de nuevo derecho de petición del dos (02) de febrero de dos mil dieciséis (2016), la demandante persistió en solicitar a la Procuraduría General de la Nación el reconocimiento de su calidad de pre-pensionada con estabilidad laboral reforzada teniendo en cuenta la documentación concerniente a su edad y tiempo de servicio como servidora pública en atención a la respuesta recibida anteriormente. Petición que fue radicada con los anexos que sustentan dicha calidad. (Anexo No. 05)
- 10.- A su vez, la Secretaría General de la Procuraduría General de la Nación, por medio de Oficio SG. No. 000355 del diez (10) de febrero de dos mil dieciséis (2016), dio respuesta a aquella segunda petición informándole que dando alcance al oficio del cuatro (04) de marzo de dos mil quince (2015) y debido a que en la actualidad se tramitaba el concurso para proveer los cargos de Procuradores Judiciales se tendría en cuenta su solicitud para ser remitida a su hoja de vida y ser puesta en consideración del Procurador General de la Nación en el evento que lo estimara necesario. (Anexo No. 06)
- 11.- Luego, envió al Procurador General de la Nación escrito del dieciséis (16) de junio de dos mil dieciséis (2016), ratificando lo expresado en los derechos de petición del 06 de febrero de 2015 y 02 de febrero de 2016, a cerca de la solicitud de reconocimiento expreso de su condición de pre-pensionada con estabilidad laboral reforzada de conformidad con la jurisprudencia y la ley reiterada en la materia. Valga mencionar que esta solicitud al igual que las demás fue presentada con la correspondiente documentación que reposa desde el momento de su nombramiento hasta la actualidad en su hoja de vida. (Anexo No. 07)
- 12.- Finalmente, con el propósito de dar respuesta a la tercer petición presentada, la accionada señaló el alcance de la Sentencia SU-446 de 2011 de la Corte Constitucional, en relación con el agotamiento de lista de elegibles frente a los servidores provisionales que alegan condición especial de vulnerabilidad, así como también citó la sentencia del Consejo de Estado del 16 de febrero de 2016, la cual sostuvo que si bien algunos funcionarios nombrados en provisionalidad cuentan con una condición especial de protección, estos no ostentan un derecho de permanecer en el empleo y tornó precedente ordenar a la entidad demandada darles un trato preferencial en los términos del artículo 13 de la Constitución y, de ser posible, se procediera a vincularlos de manera provisional en cargos vacantes. (Anexo No. 08)
- 13.- El proceso de selección para proveer cargos de Procuradores Judiciales I y II, avanzó hasta la configuración de la lista de elegibles presentada mediante Resolución No. 345 del ocho (08) de julio de dos mil dieciséis, en la cual se aprovisionó el cargo que ostenta la Doctora MARTÍNEZ ARANGO. (Anexo No. 09)



- 14.- No obstante, se debe resaltar que, pese a la provisión de empleos desplegada por el Procurador General de la Nación mediante el referido concurso, a la fecha cuenta la accionante con cincuenta y cinco (55) años de edad, por cuanto nació el veintisiete (27) de enero de mil novecientos sesenta y uno (1961), según se desprende de su cédula de ciudadanía, documento que se anexa al presente amparo. (Anexo No. 10)
- 15.- Aunado a lo anterior, su experiencia laboral hoy por hoy suma más de veinte (20) años de servicios, como se puede constatar de la historia laboral, donde se relaciona el tiempo laborado en el Hospital San Juan de Dios de Cali, en el Departamento del Valle del Cauca y en el cargo que ocupa actualmente en la Procuraduría General de la Nación, para un total de semanas cotizadas de 1.268,61, según lo informado por COLPENSIONES el 31 de mayo de 2016 para el período de informe de enero de 1967 a mayo de 2016. (Anexo No. 11)

Es decir, tampoco cuenta con el número de semanas exigidos por la Ley 100 de 1993 para ser acreedora del derecho a la pensión, por lo que de ser desvinculada de la entidad causaría un detrimento grave a sus derechos fundamentales.

16. Se acredita de esta manera la calidad de sujeto de especial protección constitucional como pre-pensionada de la Doctora AURORA MARTÍNEZ ARANGO, por cumplir con los supuestos fácticos y jurídicos establecidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional que indican que para obtener el calificativo mencionado debe encontrarse la persona dentro de los últimos tres (03) años de configuración del requisito de edad establecido por el Sistema de Seguridad Social en Pensiones, en el caso particular de mi prohijada, el cumplimiento de cincuenta y siete (57) años de edad.

17.- Contra el concurso de Procuradores Judiciales I y II a nivel nacional, se encuentran en curso ante el Consejo de Estado diferentes demandas de Nulidad Simple y Nulidad y Restablecimiento del Derecho, así como también una Acción Popular que está en conocimiento del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca.

## **II. DERECHOS FUNDAMENTALES VULNERADOS**

La accionada de llegar a desvincular a la demandante sin tener en cuenta su condición de pre-pensionada vulnera sus derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, a la igualdad, al mínimo vital y a la seguridad social, máxime cuando ella oportunamente comunicó a la Procuraduría General de la Nación su calidad de pre pensionada.

### III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

#### A. DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA POR LA CONDICIÓN DE PRE-PENSIONADA:

Para empezar a dilucidar la problemática a la que se ha visto avocada mi defendida, es preciso traer a colación las consideraciones normativas y jurisprudenciales elaboradas por la Constitución Política de Colombia y la Honorable Corte Constitucional, respectivamente.

En primer lugar, se debe mencionar que la Constitución Política de Colombia, consagró en su artículo 125, la Carrera Administrativa como el mecanismo idóneo para el ingreso y desempeño de cargos públicos en los diferentes órganos y entidades del Estado, cuyo propósito radica en crear un mecanismo objetivo para el acceso a los cargos públicos donde las condiciones de ingreso, ascenso, permanencia y retiro responden a criterios taxativos y no a la mera discrecionalidad del nominador. Así entonces, la carrera administrativa es un mecanismo que propende por el acceso y gestión de los empleos públicos donde prevalece el derecho del interesado que supere satisfactoriamente las etapas del concurso de méritos, adquiriendo un derecho subjetivo que se torna exigible ante la administración, así como también ante los funcionarios públicos que desempeñan el cargo ofertado en provisionalidad.

Ahora bien, los funcionarios públicos en provisionalidad que desempeñan cargos de carrera, gozan de estabilidad laboral relativa o intermedia, lo cual conlleva a que el acto administrativo por medio del cual sean desvinculados deba contar con una motivación, esto es, la sustentación de las razones de fondo de la decisión. Todo lo cual constituye una garantía mínima derivada del derecho fundamental al debido proceso.

Sin embargo, se ha reconocido que cuando un funcionario ocupa un cargo de carrera provisionalmente y, adicional a ello, es catalogado dentro de una selección de sujetos de especial protección constitucional, entre otros, los que están inmersos en la circunstancia de encontrarse próximos a pensionarse (como ocurre en el presente caso) “...*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*”, lo cual fue dispuesto en la Sentencia T-186 de 2013.

Así, se le otorga un trato preferencial a este grupo de personas antes de efectuar el nombramiento de quienes ocuparon los primeros puestos de la lista de elegibles del concurso de méritos pensando en garantizar los derechos fundamentales en virtud de la adopción de medidas de protección a favor de grupos vulnerables que salvaguarden la igualdad material para ciertos grupos sociales, tales como, las personas de la tercera edad, mujeres y padres cabeza de familia, discapacitados y pre-pensionados.

Sobre este menester, es imperioso remitimos a la sentencia SU-446 de 2011, en la cual se desarrolla la prevalencia que tienen los aspirantes que tuvieron resultados satisfactorios en el concurso de méritos frente a los funcionarios que ostentan un cargo en provisionalidad, en lo referido a que si bien la entidad nominadora tiene un amplio margen de discrecionalidad para proveer los cargos, estos deben guardar un margen de acción afirmativa en favor de los sujetos de especial protección mencionados en líneas anteriores, de la siguiente forma:

*“...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.*”

*Es claro que los órganos del Estado en sus actuaciones deben cumplir los fines del Estado, uno de ellos, garantizar la efectividad de los*

*derechos consagrados en la Constitución, entre los cuales la igualdad juega un papel trascendental, en la medida que obliga a las autoridades en un Estado Social de Derecho, a prodigar una protección especial a las personas que, por su condición física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, artículo 13, inciso 3 de la Constitución. Este mandato fue ignorado por la Fiscalía General cuando hizo la provisión de los empleos de carrera y dejó de atender las especiales circunstancias descritas para los tres grupos antes reseñados.*

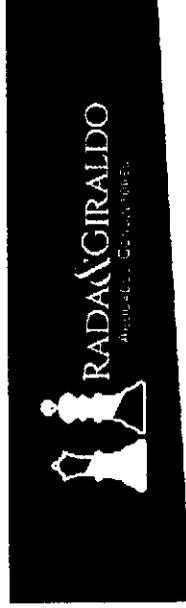
*En relación con el llamado retén social es necesario precisar que si bien la Fiscalía General de la Nación no hace parte de la rama ejecutiva del poder público y como tal no está obligada por el programa de renovación de la administración pública contenido en la Ley 790 de 2002, razones de igualdad material propias del Estado Social de Derecho que nos rige, imponen a la Sala ordenar al ente fiscal tener especial cuidado con las personas en las situaciones antedichas.*

*En consecuencia, la entidad deberá prever las especiales situaciones descritas en este apartado, al momento en que deba ocupar los cargos con el o los concursos que tiene que efectuar en cumplimiento de esta providencia.”*

De lo anterior, se puede concluir que la Procuraduría General de la Nación, en caso de desconocer los derechos de la Dra. MARTÍNEZ ARANGO sin tomar siquiera en cuenta las solicitudes radicadas por ella misma ante esa entidad, con el fin de que fuera reconocida su condición de pre-pensionada, no estaría ejerciendo la acción afirmativa demandada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional que ordena emplear acciones tendientes a evitar la lesión de derechos fundamentales cuando tenía la obligación de prever no vulnerarlos, ya sea evitando ofertar todos los cargos para los Procuradores Judiciales I y II o, en caso de llevar a cabo tal tarea, prever y declarar su condición de pre-pensionada garantizando un lugar en un cargo vacante de igual o mejor jerarquía al que ocupa a la fecha.

Más aún cuando no es atribuible al accionante que no se haya realizado el análisis pormenorizado de los casos concretos de las personas que van a verse amenazadas con la pérdida de su cargo para impedir violaciones de derechos esenciales como ocurre con la poderdante.

No está de más reiterar e insistir que a las personas que están en condición de vulnerabilidad, se les debe dar observancia primaria en: i) la adopción de medidas



de acción afirmativa tendientes a proteger efectivamente a las personas vinculadas en provisionalidad y ii) la motivación del acto administrativo de desvinculación.

### **RETÉN SOCIAL**

El legislador, en el caso de quienes están próximos a pensionarse, creó en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, un régimen de transición que pretendía evitar la desvinculación de estas personas debido a la proximidad en la adquisición del derecho pensional, bajo el entendido que tan solo les restaban menos de tres (03) años para ser acreedoras de la prestación social, configurándose así su derecho legítimo a obtenerla; esto vendría siendo lo que se conoce como la denominada figura del “*retén social*”.

El retén social surge a raíz de la fusión, reestructuración o liquidación de las entidades públicas que fueron objeto de la reforma institucional de la administración pública en el Estado Colombiano.

Acto seguido, la Ley 812 de 2003, la cual aprueba el Plan Nacional de Desarrollo, modificó el término señalado anteriormente por cuánto dispuso que los beneficios de dicha ley se aplicarían hasta el 31 de enero de 2004, exceptuando a las personas próximas a pensionarse. No obstante, mediante la Sentencia C-991 del 12 de octubre de 2004, se declaró inexecutable el límite temporal mencionado en la Ley 812 de 2003, por constituirse en un retroceso frente a la Ley 790 de 2002 y resultar violatorio del principio de igualdad. Así entonces, dispuso la Corte Constitucional que el retén social no tenía límite temporal alguno y la protección de las personas amparadas por dicha figura y la estabilidad laboral reforzada sólo podía estar extendida hasta tanto se encontrara vigente el proceso liquidatorio de la entidad.

La protección especial a los pre-pensionados no se circunscribe solamente al retén social, sino que comprende también los casos en el que el servidor público se haya desempeñado en provisionalidad en un cargo de carrera, toda vez que el artículo 12 del Acuerdo 121 de 2009, consagró la condición suspensiva en que queda sometida la posibilidad de ofrecer en un concurso de méritos un cargo ocupado en provisionalidad por un pre-pensionado en la medida en que solo serán ofertados una vez que el servidor cause su respectivo derecho pensional.

Igualmente, el Decreto 3905 de 2009, trae dentro de sus propósitos que los empleos que estén siendo desempeñados por funcionarios provisionales nombrados antes del 24 de septiembre de 2004 y que tengan la condición de pre-pensionados, pueden ser identificados y excluidos del concurso de méritos por



estar sometidos a una condición suspensiva, en el entendido que sólo serán ofertados una vez que el servidor cause su respectivo derecho pensional.

Toda la explicación precedente, a cerca del retén social adquiere toda pertinencia para efectos de poder aclarar o diferenciar tal concepto con el de la estabilidad laboral de los pre-pensionados, toda vez, que en el primer caso se trata de una protección dada a quienes ostentan una calidad especial de protección en el ámbito de la fusión, reestructuración y liquidación de entidades de la administración pública y el segundo, hace alusión a mandatos especiales de protección de carácter supra legal contenidos en la Constitución Política y el principio de igualdad material que ordena dar un trato especial a grupos vulnerables.

Así lo concluyó la Sentencia T-326 de 2014, de la siguiente forma:

*“Como bien se indica en la sentencia T-186 de 2013<sup>1</sup>, el retén social es apenas una especie de mecanismo, dentro de los múltiples que pueden considerarse para garantizar los derechos fundamentales implicados en la permanencia en el empleo público de los servidores próximos a pensionarse<sup>2</sup>. “En otras palabras, el fundamento de la estabilidad laboral de*

<sup>1</sup> MP Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>2</sup> La Corte Constitucional en la sentencia de unificación SU-897 de 2012 (MP Alexei Julio Estrada) abordó de manera detallada la protección de los pensionados como sujetos de especial protección constitucional, sosteniendo que el derecho a la pensión de vejez garantiza el goce efectivo del derecho a la seguridad social de aquellas personas que no pueden proveerse por sí mismos los medios de subsistencia. En palabras de la Corte: “la protección que se deriva del contenido del derecho fundamental a la seguridad social en pensiones y de la regulación legal existente no puede ser otra que lograr el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o vejez por parte de los servidores próximos a pensionarse. En este sentido las órdenes que proferirá la Sala consistirán en que, cuando se compruebe la pertenencia a la categoría de prepensionados se garantice el pago de aportes a los sistemas pensionales hasta que se alcance el tiempo de cotización requerido para acceder a la pensión de jubilación. El sustento para esta decisión se encuentra en el contenido del derecho fundamental a la seguridad social, cuyo fundamento es el artículo 48 de la Constitución y, adicionalmente, se complementa y fortalece por lo dispuesto en el ámbito internacional pues son varios los instrumentos internacionales que reconocen el derecho de las personas a la seguridad social. De la lectura de las normas mencionadas se deduce que el derecho a la seguridad social protege a las personas que están en imposibilidad física o mental para obtener los medios de subsistencia que le permitan llevar una vida digna a causa de la vejez, del desempleo, de una enfermedad o incapacidad laboral o, en general, de cualquier otra causa que tenga el mismo efecto. En este sentido, el derecho a la pensión de jubilación o vejez, como manifestación del derecho fundamental a la seguridad social, busca garantizar que se reciba un auxilio económico en aquella etapa de la vida en que la edad de las personas les dificulta acceder a un sustento derivado de una relación laboral. Así, cuando el legislador crea una protección para aquellas personas que están próximas a pensionarse, el sentido que tributa en mejor forma el contenido del derecho fundamental a la seguridad social en pensiones es que dicha garantía logre efectivizar el acceso a la pensión a todas las personas que sean beneficiarias de dicha protección”.

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 a la igualdad, frente a la aplicación de herramientas jurídicas que lleven al retiro del cargo, entre ellas el concurso público de méritos<sup>3</sup>, como se explica más adelante.

De igual manera, la sentencia C-186 de 2013, desarrolló el concepto de la estabilidad laboral relativa en el marco de un concurso público de méritos, aplicando los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, así:

*“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 del prepensionado, que se venían intervenidos por el retiro del cargo, lo que lo dejaría en estado de vulnerabilidad económica<sup>4</sup>.*

*En la sentencia T-186 de 2013<sup>5</sup> 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*

<sup>3</sup> Sentencia T-186 de 2013 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

<sup>4</sup> Ver sentencia T-186 de 2013 (MP Luis Ernesto Vargas Silva). En esta ocasión correspondió a la Sala Novena de Revisión resolver dos problemas jurídicos diferenciados: i) determinar si las medidas de estabilidad laboral reforzada para los servidores públicos que son sujetos de especial protección constitucional, como sucede con aquellas personas próximas a pensionarse o las madres cabeza de familia, operan cuando la remoción de dichos servidores responde a los resultados del concurso público de méritos para el acceso al empleo que desempeñaban en provisionalidad, y, en caso afirmativo, ii) establecer si se vulneran los derechos constitucionales al mínimo vital, a la igualdad material y a la estabilidad laboral reforzada, cuando la Administración decide remover de su cargo al servidor público que ejerce el empleo en provisionalidad y que tiene la condición de sujeto de especial protección constitucional, en razón de los derechos de carrera administrativa de quien accede al empleo por concurso de méritos. Concluyó que “el Incoeder actuó al margen de su deber constitucional de garantía de los derechos de la actora, en su condición de sujeto de especial protección constitucional, para privilegiar una interpretación literalista, y por ende desproporcionada, de las normas de carrera. Ello debido cuando, a pesar de tener la posibilidad fáctica y jurídica de garantizar el acceso al empleo público de todos los aspirantes que integran la lista de elegibles y, simultáneamente conservar la estabilidad laboral de la ciudadana Orozco Lozano, decidió retirarla del cargo”. En consecuencia, confirmó la decisión de segunda instancia, que protegió los derechos fundamentales de la accionante.

<sup>5</sup> MP Luis Ernesto Vargas Silva.

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<sup>6</sup>, 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*

<sup>6</sup> MP María Victoria Calle Correa. En esta ocasión correspondió a la Sala de Revisión resolver si la Coordinadora del Centro de Servicios Judiciales del Sistema Penal Acusatorio de Bogotá y la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, vulneraron los derechos fundamentales de una persona a la estabilidad laboral, al debido proceso y al mínimo vital, al haberla desvinculado del servicio en el cargo que venía desempeñando en provisionalidad, a pesar de que (i) al momento de su desvinculación existían noventa y seis (96) cargos de la misma naturaleza del que ocupaba en provisionalidad, no provistos en propiedad, como resultado del concurso de méritos, (ii) esta en trámite el reconocimiento de su pensión de jubilación, (iii) su salario constituye la única fuente de ingresos, y (iii) la actora tiene a su cargo a su madre anciana y a su hijo. Concluyó que “en virtud de principios como los de razonabilidad y proporcionalidad de los que no puede prescindirse en un Estado de Derecho, y en atención al carácter de fundamental del derecho al trabajo, no debió la entidad decidir cuáles empleados retirar del servicio, sin haber analizado la situación particular de cada uno, procurando proteger a personas en condiciones que teniendo en trámite su pensión, podían aspirar a que mientras se proveyeran todos los cargos, se reconociera la misma, para asegurarse una vida en condiciones mínimas de dignidad”, resolviendo tutelar los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, el debido proceso, y el mínimo vital de la señora Ana Julia Garzón Guerrero.



vigencia de la Constitución, y se minimicen los impactos negativos sobre los derechos fundamentales. En este preciso sentido, en la sentencia T-715/997 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

---

<sup>7</sup> MP Alejandro Martínez Caballero.

**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 pre pensionado<sup>8</sup>.*

<sup>8</sup> Estas fueron las consideraciones plasmadas en la sentencia T-729 de 2010 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), reiteradas en las sentencias T-017 de 2012 (MP María Victoria Calle Correa), T-289 de 2011 (Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y T-462 de 2011 (MP Juan Carlos Henao Pérez). En el primer fallo, 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 fue provisto en propiedad mediante concurso público de méritos, a pesar de que con acompañamiento de la propia entidad, el funcionario había radicado la solicitud de pensión de jubilación ante Cajanal. La Corte constató que se conformó una lista de elegibles de cuarenta y tres (43) personas para la provisión de sesenta y cuatro (64) cargos de Delegados Departamentales que habían sido ofertados a través del concurso de méritos, por lo que al no haberse proveído en propiedad todos los empleos, la Administración no podía decidir al azar qué personas iban a ser removidas, ni tampoco desvincular a todas las personas que se encontraran en provisionalidad, pues debía considerar las circunstancias particulares de cada caso, como el del accionante, quien por tener en trámite su

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<sup>9</sup>, 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.”

(...)

“El carácter de prepensionada de la actora no surge del Decreto 3905 de 2009<sup>10</sup>, toda vez que si bien (i) el cargo que ocupaba en provisionalidad

---

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 los ingresos recibidos como contraprestación al trabajo y el goce efectivo de sus mesadas pensionales. En las sentencias recién citadas, T-729 de 2010, T-017 de 2012 y T-289 de 2011, las salas de decisión concedieron la protección de los derechos fundamentales de personas próximas a pensionarse que ejercían cargos en provisionalidad y que, en virtud de la provisión del empleo por concurso público de méritos, fueron retirados de sus cargos. En cada uno de estos eventos, se concluyó que si bien el acceso al empleo mediante concurso está ordenado por la Constitución y guarda perfecta consonancia con los fundamentos del Estado social y democrático de Derecho, las normas de carrera debían interpretarse de forma razonable y proporcionada, de cara a la protección de los derechos fundamentales de los prepensionados, máxime cuando se evidenciaba que la Administración tenía un margen de maniobra en la asignación de cargos, debido a su pluralidad, en donde la exclusión de los accionantes de sus empleos, si bien era una medida constitucionalmente justificada, no era necesaria.

<sup>9</sup> Esta alternativa no le es ajena al legislador, ya que en el parágrafo 2° del artículo 1 del Decreto 1894 de 2012, señaló: “Cuando la lista de elegibles elaborada como resultado de un proceso de selección esté conformada por un número menor de aspirantes al de empleos ofertados a proveer, la administración, antes de efectuar los respectivos nombramientos en período de prueba y retirar del servicio a los provisionales, deberá tener en cuenta el siguiente orden de protección generado por. || 1. Enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad. || 2. Acreditar la condición de padre o madre cabeza de familia en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia. || 3. Ostentar la condición de prepensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia. || 4. Tener la condición de empleado amparado con fuero sindical”.

<sup>10</sup> “Por el cual se reglamenta la Ley 909 de 2004 y se dictan normas en materia de carrera administrativa”. Este Decreto exige como condiciones: (i) que se trate de un empleo vacante en forma

*correspondía a un empleo vacante en forma definitiva perteneciente al sistema de carrera general y (ii) era desempeñado por la señora Ana Isabel desde el primero (1°) de agosto de mil novecientos noventa y ocho (1998), (iii) a la fecha de la expedición de la norma le faltaban más tres (3) años para causar su derecho a la pensión de jubilación. No, por ello, puede negarse su condición de prepensionada, pues como bien se explicó en el fundamento 4 de esta sentencia, 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 a la igualdad, frente a la puesta en marcha de herramientas jurídicas que lleven al retiro del empleo del funcionario que ocupa en provisionalidad un cargo de carrera, entre ellas el concurso público de méritos (ver acápite 6) en donde deben aplicarse criterios de razonabilidad y proporcionalidad.”*

En conclusión, queda claro que existe una pugna entre derechos subjetivos de dos partes: los aspirantes que superaron el concurso de méritos y los sujetos de especial protección constitucional por la calidad de pre-pensionados, situación misma que exige realizar un ejercicio ponderado de adjudicación de derechos para una y otra parte, sin llegar a afectar el núcleo esencial de cada extremo.

En este punto cobra importancia la necesidad de que las autoridades realicen una interpretación razonada y acompañada a los derechos fundamentales de los afectados, buscando efectuar un estudio objetivo de los casos concretos en aras de proteger los intereses de carácter primario de ambas partes de manera simultánea, conforme a los principios, valores y fines fundantes de la Constitución, para así no desencadenar resultados injustos o desproporcionados.

Aterrizando a los supuestos fácticos objeto del presente amparo, se tiene que la accionante ha ocupado un cargo de carrera en provisionalidad, por un período superior a 5 años, estando a punto de reunir los requisitos provistos por la Ley para ser acreedora a la pensión de vejez, pues le resta año y medio (menos de tres años) para alcanzar la edad exigida, circunstancia que la convierte sin lugar a dudas en sujeto de especial protección constitucional por ser parte del grupo vulnerable de los pre-pensionados que gozan de estabilidad laboral.

---

definitiva que pertenezca al sistema de carrera general; (ii) que esté siendo desempeñado con personal vinculado mediante nombramiento provisional efectuado antes del veinticuatro (24) de septiembre de dos mil cuatro (2004), y (iii) que quien esté desempeñado dicho empleo en las anteriores condiciones, a la fecha de expedición del Decreto 3905 de 2009, esto es, ocho (8) de octubre, le falten tres (3) años o menos para causar su derecho a la pensión de jubilación.



Considero necesario dejar claridad a cerca de la intención de mi poderdante de no desconocer o pasar por alto el derecho de los aspirantes que superaron el concurso de méritos para ocupar las vacantes de Procuradores Judiciales II, no obstante, en su calidad de afectada directa con la eventual provisión de cargos como persona pre-pensionada, se solicita se ponderen de manera razonada los intereses contrapuestos sin desconocer su condición especial.

## **B. DERECHO A LA IGUALDAD:**

Para empezar a abordar este derecho, se dirá que aquel ha sido desarrollado jurisprudencialmente por la Corte Constitucional al señalar que:

*“Una de las bases del Estado Social de Derecho es la consagración del principio de igualdad material, es decir, de igualdad real y efectiva, como expresión del designio del poder público de eliminar o reducir las condiciones de inequidad y marginación de las personas o los grupos sociales y lograr unas condiciones de vida acordes con la dignidad del ser humano (Art. 1º de la Constitución) y un orden político, económico y social justo (preámbulo ibídem).*”

*Dicho principio está previsto en forma general en el mismo Art. 13, inciso 2º, superior, en virtud del cual “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”.<sup>11</sup>*

Se desprende del precedente en cita que es obligación del Estado velar por la protección efectiva de los grupos marginados, que les permita alcanzar condiciones de vida dignas sancionando los abusos o injusticias que contra estas personas se cometan.

Respecto al derecho a la igualdad de los pre-pensionados, la Corte Constitucional en su Sentencia T-802 de 2012, abordó el tema de la aplicación del artículo 13 de la C.P., considerando lo siguiente:

---

<sup>11</sup> Sentencia C-044 de 2004 – Corte Constitucional – M.P. Jaime Araujo Rentería.

“...ha abordado la situación de las personas próximas a acceder a la pensión de vejez o jubilación, en virtud del texto del artículo 13 Superior. De tal forma, ha considerado que las condiciones de aquellas no son equiparables a las de un trabajador que hasta ahora comienza su vida laboral, lo cual justifica un tratamiento diferencial a su favor. Así, este Tribunal ha señalado que esas expectativas pueden llegar a ser protegidas incluso por el legislador, con el objetivo de evitar que las variaciones legales, propicien situaciones de desigualdad u ocasionen beneficios sociales para sectores específicos de la población”

(...)

“Este Tribunal ha reiterado que no existe fundamento alguno que sustente la distinción de los destinatarios del “retén social”, según ocupen cargos de vocación permanente o transitoria, entendiéndose cargos de libre nombramiento y remoción o nombrados en provisionalidad[20]. Al contrario, se ha considerado que tal diferencia se toma discriminatoria y conculca directamente derechos fundamentales como la igualdad, la seguridad social en pensiones, entre otros.

Así las cosas, como quiera que las supresiones de cargos o terminaciones de relaciones laborales producto de un proceso de renovación de la administración pública, no se adelantan en ejecución de la facultad discrecional del nominador, indiscutiblemente deben valorarse los conceptos emitidos como consecuencia del estudio técnico de que trata la Ley 790 de 2002, así como las condiciones específicas del trabajador y los principios del Estado Social de Derecho.

En esa medida, los empleados públicos de libre nombramiento y remoción aunque gozan de una estabilidad laboral precaria, deben tener un tratamiento igualitario a los demás tipos de servidores cuando reúnan los requerimientos para acceder a la protección especial consagrada en el “retén social” durante los procesos de renovación de la administración pública.

Es evidente que la finalidad del legislador fue amparar a las personas que lo requirieran dado el estado de vulnerabilidad al que estuvieran sujetas, máxime cuando esta medida tiene alcance nacional y departamental; entonces, por la naturaleza del cargo no se pueden descartar las circunstancias que los hacen acreedores de la protección constitucional especial que fijó la ley.”



Se infiere de lo transcrito, que la Corte Constitucional avala la aplicación del derecho a la igualdad en el caso de los servidores públicos que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción y están próximos a pensionarse, en lo que se refiere a la distinción respecto a los empleados de vocación permanente a los cuales les resulta aplicable el retén social por encontrarse en proceso de supresión o renovación de la administración pública. Esta medida pretende amparar a las personas que por su estado de vulnerabilidad lo requieran, sin importar la naturaleza del cargo que ocupan.

Por parte de la Procuraduría General de la Nación, se le vulnera a la demandante su derecho a la igualdad por cuanto en su calidad de funcionaria pública próxima a pensionarse, con tan solo un año y medio restante para el reconocimiento del derecho prestacional, se omite darle la calificación de pre-pensionada, pese a los insistentes derechos de petición allegados que no han sido objeto de un pronunciamiento claro o certero sobre aquella consideración, lo cual de llevarse a cabo afirmativamente conllevaría a la protección inmediata de su estabilidad laboral en el cargo que ocupa actualmente como Procuradora Judicial II para asuntos Administrativos.

Por otro lado, siguiendo los lineamientos conceptuales del derecho a la igualdad, es prudente hacer extensiva producción doctrinaria del Doctor Carlos Bernal Pulido en su libro "El derecho de los derechos", sobre el principio de ponderación, principio el cual se erige como criterio aplicable para obtener una igualdad material, equiparando las cargas entre las personas que gozan de estabilidad laboral reforzada y los demás ciudadanos de manera simultánea.

Conceptualiza entonces la ponderación como:

*"La ponderación es la forma en que se aplica los principios jurídicos, es decir, las normas que tienen la estructura de mandatos de optimización. Estas normas no determinan exactamente lo que debe hacerse, sino que ordenan "que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes". Las posibilidades jurídicas están determinadas por los principios y reglas opuestas, y las posibilidades reales se derivan de enunciados fácticos.*

*Para establecer esa "mayor medida posible" en que debe realizarse un principio es necesario confrontarlo con los principios opuestos o con los principios que respaldan a las reglas opuestas. Esto se lleva a cabo en una colisión entre principios. Existe una colisión entre principios cuando en un caso concreto son relevantes dos o más disposiciones jurídicas, que*

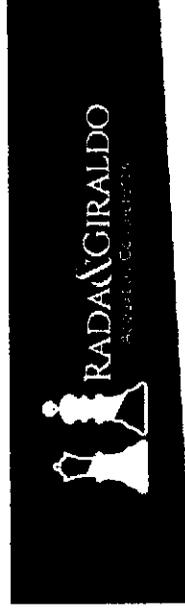
*fundamentan prima facie dos normas incompatibles entre sí, y que pueden ser propuestas como soluciones para el caso.*

*(...)*

*“...para tal fin, la ponderación no garantiza una articulación sistemática material de todos los principios jurídicos que, habida cuenta de su jerarquía, resuelva de antemano todas las posibles colisiones entre ellos. Por el contrario, al igual que el silogismo, la ponderación es solo una estructura, que está compuesta por tres elementos mediante los cuales se puede fundamentar una relación de precedencia condicionada entre los principios en colisión, para así establecer cuál de ellos debe determinar la solución del caso concreto.”*

El autor define la estructura de la ponderación con tres elementos a saber: a) Ley de la ponderación; b) La fórmula del peso y c) Las cargas de argumentación y concluye señalando “...la ponderación representa un procedimiento claro, incluso respecto de sus propios límites. Si bien no puede reducir la subjetividad del intérprete, en ella sí puede fijarse cuál es el espacio en donde yace esta subjetividad, cuál es el margen para las valoraciones del juez y cómo dichas valoraciones constituyen también un elemento para fundamentar las decisiones. La ponderación se rige por ciertas reglas que admiten una aplicación racional, pero que de ninguna manera pueden reducir la influencia de la subjetividad del juez en la decisión y su fundamentación. La graduación de la afectación de los principios, la determinación de su peso abstracto y de la certeza de las premisas empíricas y la elección de la carga de la argumentación apropiada para el caso conforman el campo en el que se mueve esa subjetividad.”

Finalmente, se dirá dando aplicación al principio de ponderación que, en el sub-examine, la Procuraduría General de la Nación está llamada a reconocer el derecho a la estabilidad laboral reforzada de la accionante y, en la medida de lo posible, a no removerla del cargo que ocupa o, en su defecto de hacerlo, a reubicarla en un puesto de igual o mejor categoría, ya que encontrándose en colisión sus derechos frente a los derechos de carrera de los aspirantes, es preciso dar una solución que observe todos los principios en disputa, teniendo en cuenta que la administración debe manejar un margen de maniobra en cuanto a la provisión del empleo, en razón de la diferencia entre las plazas ofertadas y aquellas provistas mediante lista de elegibles.



### C. DERECHO AL MÍNIMO VITAL:

En el caso de la protección al derecho fundamental al mínimo vital, la Corte Constitucional ha considerado que el hecho de desvincular a un empleado en provisionalidad que se encuentre próximo a pensionarse e imponerle la carga de presentar el mecanismo judicial previsto por el ordenamiento jurídico para controvertir actos administrativos, esto es, el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, no resulta idónea para las personas que dependen económicamente del ingreso derivado del ejercicio de un cargo público, como lo sostuvo la Sentencia T-186 de 2013, cuando indicó 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 asegurarse 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”.*

Ahora bien, en el presente caso la acción de tutela es el mecanismo idóneo para salvaguardar los derechos fundamentales mencionados, en tanto que, exigirle a la afectada acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa vulnera su derecho al mínimo vital teniendo en cuenta que en su condición de pre-pensionada, el salario que devenga es la única fuente de ingresos propia. De no contar con dicha



erogación, se generaría un perjuicio irremediable por la condición de sujeto de especial protección constitucional ostentada.

No se puede olvidar que la Doctora AURORA MARTÍNEZ ARANGO es una mujer de la tercera edad, conforme lo establecido por la Sentencia T-138 de 2010, que reza:

*“...son personas de la tercera edad las que cumplen el requisito de edad para pensionarse. Este criterio tiene una cierta fuerza lógica: si el legislador ha considerado que al llegar a cierta edad –la que legislativamente se define-, la persona adquiere el derecho a recibir un ingreso sin trabajar –a pensionarse-, es porque considera que a partir de dicha edad, y presuponiendo que aportó al sistema durante el tiempo suficiente, sus capacidades no le permiten seguir generando ingresos como fruto de su trabajo y por lo tanto, la sociedad, como corresponde en un Estado Social de Derecho, le compensa los largos años de trabajo con una garantía de ingreso periódico, que no es ya la remuneración por su trabajo inmediato, sino el reconocimiento a su trayectoria laboral de largo plazo, y su garantía al mínimo vital.”*

A su vez, frente al adulto mayor y el deber del Estado de garantizar los derechos de esta población, la Sentencia T-495 de 2011, refiere:

*“La Corte ha precisado que la desvinculación de un funcionario por alcanzar la edad de retiro forzoso no puede llevarse a cabo de manera objetiva y automática, sin analizar antes las particularidades de cada caso, debido a que como la decisión implica privar de un ingreso a una persona de la tercera edad, ello puede tener consecuencias transgresoras de garantías fundamentales que pueden ir desde el derecho al mínimo vital hasta el derecho a la salud. En otras palabras, la desvinculación de los trabajadores por el motivo de alcanzar la edad de retiro forzoso, sin haber alcanzado a cumplir los requisitos para obtener su pensión, debe hacerse con base en argumentos razonables y medidas de proporcionalidad entre la posibilidad legal del empleador de tomar dicha decisión, y la situación de desprotección en que pueda quedar el trabajador; ello porque la omisión del empleador en evaluar las circunstancias particulares del adulto mayor, puede devenir en vulneración de los derechos al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas.”*

Se vislumbra la necesidad de analizar las particularidades de cada caso particular al decidir sin más, desvincular un funcionario público que tenga la condición de adulto mayor, pues tal decisión conlleva a privarlo de sus ingresos, transgrediendo



la garantía del derecho al mínimo vital, ya que este dejará de devengar un salario fijo y le será difícil, por no decir imposible, conseguir un nuevo puesto de trabajo, pues se les considera como sujetos con capacidades menguadas de cara al mercado laboral debido a su edad.

Lo antedicho es a todas luces análogo a la situación de la tutelante porque debido a su edad, de ser desvinculada no tendrá acceso a un mínimo vital y se le dificultaría volver a emplearse.

#### **D. DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL:**

El derecho a la seguridad social, instituido en el artículo 48 de la Constitución Política de 1991, el cual cuenta con respaldo del bloque de constitucionalidad, a través de convenios y tratados internacionales, consagra entre otras cosas, la garantía de los derechos adquiridos en materia pensonal y busca el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez o jubilación por parte de los servidores próximos a pensionarse.

El hecho de que no se permita a mi poderdante agotar el cumplimiento de los requisitos para acceder al derecho a la pensión resultaría antijurídico, pues es un deber de los operadores judiciales aplicar no solo los preceptos de nuestra carta como derecho positivo sino los mandatos internacionales reconocidos y ratificados como tal (arts. 93 y 94 C.P. y Ley 32 de 1985 que ratifica la Convención de Viena), cuando al tratar el tema de la interpretación de los tratados internacionales en materia de derecho laboral y de seguridad social dispone dar aplicación al principio *pro homine*<sup>12</sup> del que también vienen haciendo uso las altas cortes nacionales.

---

<sup>12</sup> "El Estado colombiano, a través de los jueces y demás asociados, por estar fundado en el respeto de la dignidad humana (artículo 1° de la Constitución) y tener como fines garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes (artículo 2°), tiene la obligación de preferir, cuando existan dos interpretaciones posibles de una disposición, la que más favorezca la dignidad humana. Esta obligación se ha denominado por la doctrina y la jurisprudencia "principio de interpretación pro homine" o "pro persona". A este principio se ha referido esta Corporación en los siguientes términos: "El principio de interpretación <pro homine>, impone aquella interpretación de las normas jurídicas que sea más favorable al hombre y sus derechos, esto es, la prevalencia de aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales consagrados a nivel constitucional". Éste es entonces un criterio de interpretación que se fundamenta en las obligaciones contenidas en los artículos 1° y 2° de la Constitución antes citados y en el artículo 93, según el cual los derechos y deberes contenidos en la Constitución se deben interpretar de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia. En lo que tiene que ver con los derechos, los mencionados criterios hermenéuticos se estipulan en el artículo 5° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Adicionalmente, se debe afirmar que estos criterios



Así entonces, cuando se comprueba la categoría de pre-pensionado de un funcionario público, se debe garantizar el pago de aportes, en cabeza del empleador, hasta que este alcance el tiempo de cotización requerido para acceder al beneficio, en aras de que reciba un auxilio económico en aquella etapa de la vida en que la edad de las personas les dificulta acceder a un sustento derivado de una relación laboral, como retribución por los largos años de trabajo brindados a la sociedad, tal como lo sostuvo la Sentencia SU-897 de 2012 cuando ordenó en el caso de un pre-pensionado, cuyo cargo fue suprimido, que la entidad debía hacer la previsión presupuestal que permita continuar cancelando los aportes correspondientes.

Se debe hacer énfasis en que actualmente se encuentra en curso el Proyecto de Ley 250 de 2016, Cámara, 02 de 2015 Senado, por medio del cual se reconoce la protección especial de estabilidad laboral reforzada a los trabajadores que se encuentran en situación de pre-pensionados, señalando la pertinencia de proteger el derecho de los trabajadores a obtener efectivamente su pensión, debido a que la pérdida de su trabajo conllevaría a la imposibilidad los requisitos de tiempo o semanas cotizadas para optar por la pensión y debido a su edad avanzada la posibilidad de desempleo sería latente.

Por lo anterior, es obligación de la entidad demandada la observancia plena del derecho a la seguridad social peticionado, más aún cuando, sólo le resta a la demandante año y medio para ser acreedora del beneficio pensional por el cumplimiento de los requisitos de semanas y edad que establece la Ley 100 de 1993.

## E. PRINCIPIOS APLICABLES EN EL CASO CONCRETO

### CONFIANZA LEGÍTIMA

La Procuraduría General de la Nación omitió realizar un estudio juicioso de las hojas de vida de los Procuradores Judiciales que se encontraban nombrados en provisionalidad, para de esa manera determinar cuáles cargos no podían ser objeto de concurso por las especiales circunstancias de los sujetos que los ocupaban al momento de proveer las vacantes a nivel nacional, como es el caso de la Dra. AURORA MARTÍNEZ ARANGO, pues al tenor de lo dispuesto por la sentencia SU-446 de 2011, la entidad accionada no puede alterar su situación

*configuran parámetro de constitucionalidad, pues impiden que de una norma se desprendan interpretaciones restrictivas de los derechos fundamentales. El principio pro persona, impone que “sin excepción, entre dos o más posibles análisis de una situación, se prefiera [aquella] que resulte más garantista o que permita la aplicación de forma más amplia del derecho fundamental”.*

(2) 397 60 41  
315 639 77 58

Carrera 5ta No. 10 - 63  
Edificio Colseguros, Oficina 811  
Plaza de Cayzedo / Santiago de Cali



jurídica súbitamente, desvinculándola por no estar amparada en el régimen de carrera, siendo imperiosa la aplicación del principio de confianza legítima.

#### **PRINCIPIO DE PLANEACIÓN**

Con la apertura de convocatoria, mediante Resolución 040 de enero de 2015, para proveer los cargos de Procuradores Judiciales I y II, en aplicación del principio de planeación<sup>13</sup> la entidad accionada debió realizar un estudio previo donde se evidenciara la situación real de la planta global de cargos y de esta manera prever la situación de la población en edad próxima a pensionarse, o pre-pensionados, para tomar decisiones ajustadas a mandatos constitucionales, ofertando la cantidad de vacantes necesaria que no desconociera el total de personas vinculadas en provisionalidad y próximas a pensionarse, en aras de garantizar y proteger sus derechos fundamentales, pues de otra manera se iría en contravía de los criterios que ha venido desarrollando la Corte Constitucional y últimamente el Consejo de Estado en cuanto a la garantía de los derechos de los servidores públicos en tales situaciones.

#### **IV. MEDIDA PROVISIONAL**

En el caso bajo estudio, se hace imperativa la necesidad de solicitar la suspensión de la ejecución de los efectos del Acto Administrativo, Resolución No. 345 del ocho (08) de julio de dos mil dieciséis (2016), que fijó la lista de elegibles dentro de la Convocatoria No. 006-2015 para el cargo de Procurador Judicial II, Código y Grado 3PJ-EC para asuntos administrativos y, en consecuencia, se suspenda el nombramiento de la persona que resultara elegible en el cargo de la Doctora AURORA MARTÍNEZ ARANGO hasta tanto no se profiera el Acto Administrativo que le reconozca su derecho pensional y sea incluida en la nómina de pensionados por alcanzar la totalidad de requisitos de edad y semanas cotizadas determinados por la Ley.

**Que en el evento de no poder continuar en el cargo que ocupaba se le tenga en cuenta a la Doctora AURORA MARTÍNEZ ARANGO para ocupar un cargo de igual**

<sup>13</sup> Frente al principio de planeación, el Dr. Juan Carlos Expósito en su obra *Serie Derecho Administrativo No. 19, "Forma y contenido del contrato estatal"*- Universidad Externado de Colombia, lo ha definido de la siguiente manera: *"La planeación es la base de las funciones administrativas, ya que da lugar a que las funciones se puedan realizar, consiste en realizar por anticipado las metas y los objetivos que se quieren cumplir, y además definir las tácticas para llegar allí, por lo cual es considerado el modelo teórico para actuar en el futuro. Entonces, resulta lógico afirmar que el principio de planeación o de la planificación aplicada a los procedimientos de contratación y a las actuaciones relacionadas con los contratos del Estado guarda relación directa e inmediata con los principios del interés general y la legalidad, procurando recoger para el régimen jurídico de los negocios del Estado el concepto según el cual la escogencia de contratistas, la celebración de contratos, la ejecución y liquidación de los mismos no puede ser, de ninguna manera, producto de la improvisación."*

o mayor categoría que no haya sido ofertado y se encuentre vacante o provisto en provisionalidad por persona que no sea sujeto de protección constitucional, más aún, cuando desde el año 2015 la entidad tenía conocimiento que la Doctora AURORA MARTÍNEZ ARANGO está próxima a pensionarse, pues en varias oportunidades manifestó a la entidad que se encontraba en situación de debilidad manifiesta por la condición de pre-pensionada.

De no ser así, la Procuraduría General de la Nación cercena los derechos fundamentales de la actora y sobreviene la ocurrencia de un perjuicio irremediable al violársele las prerrogativas más primarias e inescindibles de los sujetos de especial protección constitucional, como lo son, los derechos de las personas pre-pensionadas, toda vez que al haber ofertado su cargo sin tener en cuenta la situación fáctica y jurídica particular se desconoció la prevalencia y el cuidado que ameritan los sujetos protegidos por orden de la norma superior.

Además, se consolida un peligro inminente en el caso de la demandante, toda vez que los cargos ofertados en la Convocatoria 006-2015 para Procuradores Judiciales II fueron 99 y la lista de elegibles la integran 239 personas. Del dato anterior, es indiscutible que la alta demanda de aspirantes hará segura e inmediata la asignación de las vacantes, **pues el Decreto Ley 262 del 2000, la Resolución 040 de 2015 y la Resolución 345 de 2016 señalan que dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la publicación de la lista, deberán producirse los nombramientos en período de prueba.**

Finalmente, debo expresarle Señor Juez Constitucional que, al existir un medio plausible para controvertir actos administrativos, como lo es la Nulidad y Restablecimiento del Derecho y, dentro de esta contar con la medida cautelar de suspensión provisional, medida que no se vislumbra como garante de los derechos de la accionante, por cuanto la urgencia del caso no resistiría la dinámica lánguida de la Jurisdicción y la congestión judicial, acudo a usted a través del presente amparo, toda vez que, como lo anoté en líneas anteriores este es el medio más expedito para consolidar los derechos y dar una solución pronta y efectiva que pondere la prerrogativa al mínimo vital de la actora como sujeto con vulnerabilidad manifiesta.

## V. PRETENSIONES

1.- Que se proceda a la salvaguarda de los derechos fundamentales de la Doctora AURORA MARTÍNEZ ARANGO a la estabilidad laboral reforzada para las personas en situación de especial protección constitucional por la condición de pre-pensionada, el derecho a la igualdad, el derecho al mínimo vital y el derecho a la seguridad social.

- 2.- Como consecuencia del anterior pedimento y para salvaguardar los derechos fundamentales, se ordene la suspensión de los efectos de la Resolución No. 345 del ocho (08) de julio de dos mil dieciséis (2016) y del consecuente nombramiento que se haga en el cargo que ocupa actualmente en provisionalidad la Doctora AURORA MARTÍNEZ ARANGO, como mecanismo transitorio supeditado a la presentación de la eventual demanda contencioso-administrativa por los hechos materia de la presente Acción de Tutela.
- 3.- Que se ordene a la Procuraduría General de la Nación, reconocerle a la Doctora AURORA MARTÍNEZ ARANGO la condición de pre-pensiona por acreditar menos de tres (03) años para la concreción del requisito de edad y semanas cotizadas exigidas por la Ley 100 de 1993.
- 4.- Solicito se ordene a la Procuraduría General de la Nación se excluya el cargo de la accionante de los cargos a proveer y se mantenga a la Doctora AURORA MARTÍNEZ ARANGO en el cargo que ocupa a la fecha o se disponga su nombramiento en una plaza de igual o mejor categoría a la desempeñada actualmente, hasta tanto quede en firme el acto de reconocimiento de la pensión y la inclusión en nómina de pensionados por parte de la entidad administradora de pensiones, en su caso concreto, COLPENSIONES.
- 5.- Que en el evento de no poder continuar en el cargo que ocupa se le tenga en cuenta a la Doctora AURORA MARTÍNEZ ARANGO para ocupar un cargo de igual o mayor categoría al que ocupaba, el cual no haya sido ofertado y se encuentre provisto en provisionalidad por persona que no esté en la condición de pre-pensionada.

#### VI. PRUEBAS

Solicito al Honorable Juez Constitucional requerir a la Procuraduría General de la Nación para que remita con destino al presente proceso copia de los estudios previos, que se realizaron antes de la celebración del contrato suscrito con la Universidad de Pamplona y que debieron ser soporte legal para la apertura del concurso, en armonía con los precedentes de la Corte Constitucional respecto a las garantías de los derechos de la población en edad avanzada próxima a pensionarse.

Dicha prueba se solicita con el fin de acreditar la violación al principio de la confianza legítima, ya que la entidad al tener en su poder las hojas de vida de los funcionarios en provisionalidad, podía prever de manera fácil y con acceso inmediato a los archivos que población estaba próxima a pensionarse, pues desde

el momento de la posesión y posterior a ello se están actualizando periódicamente estos documentos, de tal manera que la Procuraduría General de la Nación podía anunciar con un alto grado de certeza que población estaba en tales circunstancias y ameritaba una inmediata protección en sus cargos.

#### VII. ANEXOS

- 1.- Acta de nombramiento Decreto 2372 del 22 de septiembre de 2010. (Anexo No. 01)
- 2.- Acta de posesión No. 0881 del 04 de octubre de 2010. (Anexo No. 02)
- 3.- Derecho de petición del 06 de febrero de 2015. (Anexo No. 03)
- 4.- Contestación derecho de petición del 04 de marzo de 2015. (Anexo No. 04)
- 5.- Derecho de petición del 02 de febrero de 2016. (Anexo No. 05)
- 6.- Contestación derecho de petición del 10 de febrero de 2016. (Anexo No. 06)
- 7.- Derecho de petición del 16 de junio de 2016. (Anexo No. 07)
- 8.- Contestación derecho de petición del 29 de junio de 2016. (Anexo No. 08)
- 9.- Resolución No. 345 del 08 de julio de 2016. Lista de elegibles. (Anexo No. 09)
- 10.- Copia cédula de ciudadanía. (Anexo No. 10)
- 11.- Historia laboral – Aurora Martínez Arango – Informe de Colpensiones. (Anexo No. 11)
- 12.- Certificado laboral Procuraduría General de la Nación. (Anexo No. 12)

#### VIII. JURAMENTO

Bajo la gravedad de juramento manifiesto que, por los mismos fundamentos fácticos y jurídicos de la presente Acción Constitucional, no he presentado acción o petición similar ante autoridad judicial competente alguna.

#### IX. NOTIFICACIONES

**ACCIONADA:** La Procuraduría General de la Nación, podrá ser notificada en:

(2) 397 60 41  
315 639 77 58  
Carrera 5ta No. 10 - 63  
Edificio Colseguros, Oficina 811  
Plaza de Cayzedo / Santiago de Cali

Dirección: Carrera 5ª No. 15 - 60 de Bogotá  
Teléfono: PBX (571) 587 87 50 ext. 13105.

Correo electrónico: [procesosjudiciales@procuraduria.gov.co](mailto:procesosjudiciales@procuraduria.gov.co) ;  
[juridica@procuraduria.gov.co](mailto:juridica@procuraduria.gov.co).

**ACCIONANTE:** La accionante podrá ser notificada en:

Dirección: Calle 11 No. 5 – 54, oficina 303 del Edificio Bancolombia – Cali - Valle.  
Teléfonos: (2) 3908383 – Ext. 22102.

Correo electrónico: [amartinezarango@gmail.com](mailto:amartinezarango@gmail.com)

**APODERADA:** La apoderada recibirá notificaciones en:

Dirección: Carrera 5ta. No. 10 – 63, Edificio Colseguros, Oficina 811 – Plaza de Cayzedo, Santiago de Cali

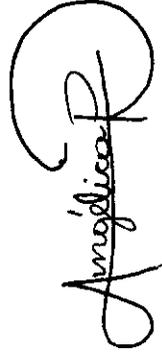
Teléfono: (2) 397 60 41

Celulares: 315 639 77 58 – 301 543 10 75 – 320 715 19 89

Correo electrónico: [radaygiraldoabogados@gmail.com](mailto:radaygiraldoabogados@gmail.com)

Del señor Juez,

Atentamente,



**ANGÉLICA RADA PRADO**

C.C. No. 1.144'124.072 de Cali – Valle  
T.P. No. 208.504 del C. S. de la J.