

SEÑORES
MAGISTRADOS TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
NEIVA HUILA (REPARTO)
L. C.

ACCIÓN CONSTITUCIONAL	: TUTELA
ACCIONANTE	: JAIME AYALA VARGAS
ACCIONADA	: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

LUZ STELLA CASTAÑO CASTAÑEDA, abogada en ejercicio, portadora de la cedula de ciudadanía No 39.651.058 de Bogotá y con T.P.N° 179.203 del C.S de la J, actuando en nombre y representación del Doctor Jaime Ayala Vargas identificado con la cedula de ciudadanía N° 6.398.489 de Palmira Valle, según poder conferido, 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 los derechos fundamentales al TRABAJO, ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA, MINIMO VITAL, SEGURIDAD SOCIAL E IGUALDAD del accionante.

El fundamento de mis pretensiones radica en los siguientes

I. HECHOS

1.- En la actualidad el accionante se desempeña como Procurador 153 Judicial II Administrativo, ante el Tribunal Contencioso Administrativo del Huila en la ciudad de Neiva, cargo en el cual fue nombrado por medio del Decreto No.454 del 13 de febrero de 2012 (Anexo copia decreto) y debidamente posesionado y en ejercicio del cargo en calidad de provisionalidad según constancias expedidas por el jefe de la División de Gestión Humana de La Procuraduría General de La Nación y del Coordinador Administrativo de La Procuraduría Regional del Huila (Anexo 2 folios).Con anterioridad había sido nombrado mediante decreto 335 del 17 de febrero de 2010 como Procurador 217 Judicial I Administrativo de Cali, siendo promovido al cargo que ostenta actualmente en esta ciudad como Procurador 153 II Judicial Administrativo.(anexo copia decreto)

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

4.- Con ocasión 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 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 1º. 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 mi representado, en calidad de provisional.

6.- En atención a la convocatoria pública mi representado se inscribió como aspirante al concurso de méritos, pasando la etapa de admisión, siendo citado 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.- Mediante escrito fechado el día 6 de agosto dos mil quince (2015) se envió Derecho de petición dirigido al Doctor Alejandro Ordoñez Maldonado, Procurador General de la Nación, con el fin de poner en su conocimiento la condición de pre-pensionado con estabilidad laboral reforzada respaldada por las citas jurisprudenciales allí mencionado. (Ver anexo en 4 folios).

8.- Con escrito fechado el día 3 de septiembre dos mil quince (2015) por medio de Oficio SG No.004179, se recibió respuesta de la entidad accionada, en el sentido de que el caso concreto será estudiado por la provisión del cargo por lista de elegibles o ante cualquier otra circunstancia de retiro legal. (Anexo en 2 folios)

9.- Posteriormente, a través de nuevo derecho de petición del 1 de febrero de dos mil dieciséis (2016), persistió en solicitar a la Procuraduría General de la Nación, el reconocimiento de calidad de pre-pensionado con estabilidad laboral reforzada teniendo en cuenta la documentación acerca de la edad y tiempo de servicio como servidor público en atención a la respuesta recibida anteriormente. (Anexo en 5 folios)

10.- A su vez, la Secretaría General de la Procuraduría General de la Nación, por medio de Oficio SG. N° 000345 de 9 de febrero dos mil dieciséis (2016), dio respuesta a la petición informando que dando alcance al oficio Derecho de Petición de inscripción en el registro de pre pensionados SIAF 32348, debido a que en la actualidad se tramita el concurso para proveer los cargos de Procuradores Judiciales, se tendría en cuenta la solicitud para ser remitida a la hoja de vida de mi prohijado y ser puesta en consideración del Procurador General de la Nación en el evento que lo estimara necesario. (Anexo 1 folio)

11.- Luego, el tutelante envió al Procurador General de la Nación escrito del 23 de junio de dos mil dieciséis (2016), ratificando lo expresado en los derechos de petición de agosto de 2015 y febrero 1 de 2016 a cerca de la solicitud de reconocimiento expreso de la condición de pre-pensionado con estabilidad laboral reforzada de conformidad con la jurisprudencia y la ley reiterada en la materia.

(Anexo en 2 folios y copia de planilla de envío) a ultimo escrito no se ha recibido a la fecha de la presentación de esta acción, respuesta alguna.

12.- Con el propósito de dar respuesta a peticiones en el mes de junio, 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 los funcionarios nombrados en provisionalidad, que cuentan con una condición especial de protección y no ostentan un derecho de permanecer en el empleo, era procedente 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. Al poderdante no se ha dado respuesta directa más si a otros peticionarios.

13.- El proceso de selección para proveer cargos de Procuradores Judiciales I y II, avanzó hasta la configuración de la lista de elegibles publicada mediante varios Actos Administrativos entre ellos la resolución 345 del 8 de julio de 2016, (acto en Firme pues no cabe recurso legal alguno) en la cual se refiere a la convocatoria 06 de 2015 donde se incluye el cargo que ostenta mi poderdante. (Anexo en 8 folios).

14.- No obstante, debo resaltar que, pese a la provisión de empleos desplegada por el Procurador General de la Nación mediante el referido concurso, y la publicación de la lista de elegibles frente a la cual no cabe recurso alguno, a la fecha cuenta con 59 años 5 meses y 20 días de edad, por cuanto nació el veintiuno (21) de enero de mil novecientos cincuenta y siete (1957.), según se desprende de copia de cédula de ciudadanía, y del registro civil de nacimiento documento que se anexa al presente amparo. (Anexo 2 folios). Faltándole para llegar a la edad de pensión de jubilación dos años y seis meses aproximadamente a la fecha de esta acción.

15. Se acredita de esta manera la calidad de sujeto de especial protección constitucional como pre-pensionado, por cumplir con el tiempo o los supuestos fácticos y jurídicos establecidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional que tiene en cuenta que para obtener el calificativo mencionado de encontrarse dentro de los últimos tres (3) años de configuración del requisito de edad tasado por el Sistema de Seguridad Social en Pensiones, para el caso, el cumplimiento de sesenta y dos (62) años de edad.

16.- Aunado a lo anterior, la experiencia laboral hoy por hoy, suma más de veinte años (20) años de servicios, como se puede constatar en la historia laboral, y constancias de tiempo de servicios que se anexan, donde se relaciona el tiempo laborado y que tiene en su poder la entidad accionada ya que mediante los tres derechos de petición referenciados fueron debida y legamente entregados, por lo tanto conoce con las pruebas requeridas, de la real situación de pre pensionado, requisito que es indispensable y previo, según jurisprudencia de la Corte Constitucional.

En la fecha actual no cuenta con la edad y semanas exigidas por la ley para ser acreedor del derecho a la pensión, por lo que de ser desvinculado de la entidad, le causaría un detrimento grave a sus derechos fundamentales, tales como: la

estabilidad laboral reforzada, a la igualdad, el mínimo vital y la seguridad social en su condición de vulnerabilidad manifiesta.

17.- Se apalancan también mis pretensiones, en que 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, la entidad accionada debió de realizar un estudio previo y planificado y de esta manera prever la situación de la población en edad próxima a pensionarse o, prepensionados, para tomar las decisiones en aras de garantizar y proteger sus derechos, y avenirse de esta manera a los criterios que ha venido desarrollando la Corte Constitucional y últimamente el Honorable Consejo de Estado en garantía de los derechos de esos servidores públicos, que por su avanzada edad, no tendrían posibilidad alguna de emplearse nuevamente en sector público o privado, Por lo que le solicito al honorable magistrado se sirva requerir a la demandada para que remita los estudios previos que se realizaron, antes de celebrarse el contrato con la Universidad de Pamplona y que debieron ser soporte legal y en armonía con los dictados de la Corte Constitucional de la garantía de los derechos de la población en edad avanzada próxima a pensionarse, se viola también el principio de la confianza legítima, ya que la entidad al tener en su poder las hojas de vida, podía prever de una manera fácil y con acceso inmediato a los archivos de la entidad, que población estaba próxima a pensionarse, pues desde el momento de la posesión y posteriores a ello, se están actualizando esos documentos, de manera tal que la Procuraduría General de la Nación, podía prever con un alto grado de certeza, que población estaba en esta situación de prepensión. (sentencias T 326 de 2014 y C 186 de 2013)

II. DERECHOS FUNDAMENTALES VULNERADOS

La accionada de llegar a desvincularlo sin tener en cuenta su condición de prepensionado, vulnera los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, a la igualdad, al mínimo vital y a la seguridad social.

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

Para empezar a dilucidar la problemática a la que se he visto avocado, mi patrocinado, es preciso traer a colación las consideraciones normativas y jurisprudenciales trazadas 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 respondan 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 es mi caso) *"...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 dependa 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 remitirnos 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, 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 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 del accionante sin tomar siquiera en cuenta las tres solicitudes radicadas ante la entidad, con el fin de que fuera reconocida la condición de pre-pensionado, no estaría ejerciendo la acción afirmativa demandada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional que ordena ejercer acciones tendientes a evitar la lesión de derechos fundamentales cuando estuvo en la obligación de hacerlo, 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 la condición de pre-pensionado garantizando un lugar en un cargo 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 el demandante.

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 2013¹, 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 pensionarse². “En otras palabras, el fundamento de la estabilidad laboral de los pre pensionados 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”³, 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:

² La Corte Constitucional en la sentencia de unificación SU-897 de 2012 (MP Alexei Julio Estrada) abordó de manera detallada la protección de los prepensionados 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”.

³ Sentencia T-186 de 2013 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

“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 verían intervenidos por el retiro del cargo, lo que lo dejaría en estado de vulnerabilidad económica⁴.

En la sentencia T-186 de 2013⁵ 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

⁴ 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 Incoder 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 integraban 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.

⁵ MP Luis Ernesto Vargas Silva.

la sentencia T-017 de 2012⁶, 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-715/99⁷ 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 –

⁶ 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 (iv) 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.

⁷ MP Alejandro Martínez Caballero.

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” (negrillas 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 prepensionado⁸.

⁸ 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

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 correspondiente⁹, 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 2009¹⁰, toda vez que si bien (i) el cargo que ocupaba en provisionalidad 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 (1º) de agosto de mil novecientos noventa y ocho (1998),

todos los empleos, la Administración no podía decidir al azar qué personas iban a ser removidas, ni tampoco desvincular a todas las personas que se encontraran en provisionalidad, pues debía considerar las circunstancias particulares de cada caso, como el del accionante, quien por tener en trámite su solicitud de reconocimiento de la pensión de jubilación hacía parte de un grupo vulnerable, en tanto la desvinculación de su trabajo podía implicar la solución de continuidad entre 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.

⁹ Esta alternativa no le es ajena al legislador, ya que en el párrafo 2º 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 periodo 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”.

¹⁰ “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 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.

(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 acompasada 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 he 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 mi pensión de vejez, pues me resta año y medio (menos de tres años) para alcanzar la edad exigida, circunstancia que me 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.

Considero necesario dejar claridad a cerca de mi intención 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 I y II, no obstante, en mi representado, calidad de afectada directa con la eventual provisión de cargos como persona pre-pensionado, solicito se ponderen de manera razonada los intereses contrapuestos sin desconocer tal condición.

B. DERECHO A LA IGUALDAD:

Para empezar a abordar este derecho, se dirá que aquel ha sido desarrollado jurisprudencialmente por la Corte 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”.¹¹

Se desprende del precedente, la obligación del Estado de 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:

“...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, entiéndase cargos de libre nombramiento y remoción o nombrados en provisionalidad[20]. Al contrario, se ha considerado que tal diferencia se torna 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

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

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 vulnera el derecho a la igualdad por cuanto en calidad de funcionario pública próximo a pensionarse, con tan solo dos años y medio restante para el reconocimiento del derecho prestacional, se omite dar la calificación de pre-pensionado, pese a los insistentes derechos de petición allegados que no han sido objeto de un pronunciamiento claro o certero y que resuelva de fondo la petición incoada, lo cual de llevarse a cabo conllevaría a la protección inmediata de la estabilidad laboral en el cargo que ocupa actualmente como Procurador 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.”

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 y, en la medida de lo posible, a no remover del cargo que ocupa o, en su defecto de hacerlo, a reubicarlo en un puesto de igual o mejor categoría, ya que encontrándose en colisión los derechos del prepensionado, 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. Para información del honorable magistrado, en las publicación de las listas de elegibles se observa como resultado que no en todas se agota la lista es decir no alcanzaron a pasar el número de aspirantes para copar totalmente las ofertas de cargos a proveer. El resultado es el siguiente, según número de resolución que se puede consultar en el portal de la Procuraduría destinado al concurso en el siguiente link.

<https://www.concursoprocuradoresjudiciales.org.co/>

Resolución	Procuraduría	N° cargos	N° Admitidos
349/8/7/2016	Proc II Restitución de tierras	23	21
348/8/7/2016	Proc II Ambiental y Agraria	31	28
347/8/7/2016	Proc II Asuntos Civiles	12	14
346/8/7/2016	Proc II Trabajo y S.S.	14	11
345/8/7/2016	Proc II Concil Adtiva	94	239
344/8/7/2016	Proc II Familia	45	97
357/11/8/2016	Proc II Penal	208	366
343/8/7/2016	Proc I Tierras	23	7
342/8/7/2016	Proc I Ambiental y Agraria	3	2
341/8/7/2016	Proc I Asuntos Civiles	2	4
340/8/7/2016	Proc I Penales	149	198
339/8/7/2016	Proc I Laboral	19	11
338/8/7/2016	Proc I Concil Adtivos	107	91
337/8/7/2016	Proc I Familia	14	11.

La publicación de la convocatoria Referida a los Procuradores Penales II fue ordenada judicialmente suspender su publicación, hasta tanto no se decida la acción de tutela impetrada.

Como puede verse a simple vista señor Magistrado, la entidad si tiene la posibilidad de ubicar a mi patrocinado en cargo de igual jerarquía, ya que de las lista de admitidos se colige que quedan plazas sin aspirantes en las siguientes Procuradurías II: Procuraduría II de Restitución de Tierras, Procuraduría Ambiental y Agraria, Procuraduría Asuntos Civiles, Procuraduría Trabajo y Seguridad Social, además por disposición legal cumple los requisitos para esos cargos.

Para conocimiento del despacho, actualmente hay servidores públicos con cargos de Procuradores judiciales con vinculación provisional hasta por termino de seis meses, calidad diferente a la ostenta mi representado, existiendo posiblemente otros cargos que no fueron ofertados al concurso o plazas creadas posteriormente a la convocatoria 040 de 2015, situación que deberá informar la entidad accionada en su momento, por lo que ruego al honorable magistrado tener en cuenta esta variable a fin de que el despacho se pronuncie sobre la misma

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 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 congestionamiento 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 la salvaguarda de mis derechos fundamentales, en tanto que, exigir acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa vulnera el derecho al mínimo vital teniendo en cuenta que en condición de pre-pensionado, el ingreso salarial 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.

No se puede olvidar que soy una persona 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 defina-, 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 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 dejará de devengar un salario fijo y le será difícil, por no decir imposible, conseguir un nuevo puesto de trabajo, pues se

considera como sujetos con capacidades menguadas de cara al mercado laboral debido a nuestra edad.

Lo antedicho es a todas luces análogo a la situación de mí patrocinado, porque debido a su edad, de ser desvinculada no tendrá acceso a un mínimo vital y se le dificultaría volver a emplearse, tornándose una misión imposible de conseguir empleo en el mercado laboral público o privado. Aunado a lo anterior, debo advertir que el demandante soporta obligaciones bancarias como se comprueba con las certificaciones expedidas por los Bancos Citibanc y BBVA con obligaciones pendientes de cancelar por más de \$ 70.000.000.00 , además la obligación de su hogar, esposa y de su hijastro JUAN MANUEL PINILLOS MUÑOZ quien está cursando estudios superiores en la Universidad Pontificia Bolivariana, estando bajo la responsabilidad del tutelante, desde la edad de dos años, pues tiene una convivencia de veinte años con la señora María Eugenia Muñoz, madre del joven universitario. Anexo formulario Universidad Pontificia Bolivariana para pago de matrícula segundo semestre 2016 y copia afiliación grupo familiar Nueva EPS, igualmente copia de afiliación del grupo familiar a la nueva EPS. Mi representado tiene su grupo familiar que vive en la ciudad de Palmira Valle por quien vela para sus gastos normales de una familia y debido a que fue trasladado de la ciudad de Cali a esta ciudad, debió tomar un apartamento en arrendamiento en la ciudad de Neiva, conllevando gastos de servicios públicos y demás para su atención como de alimentación, servicios médicos, mantenimiento de su apartamento etc. (anexo contrato de arrendamiento y copia de factura Colsánitas)

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 pensional y busca el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez o jubilación por parte de los servidores próximos a pensionarse. 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 reforzada laboral 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 de cumplir 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, más aún cuando, sólo le restan dos años y medio para ser acreedor del beneficio pensional por el cumplimiento de los requisitos de semanas y edad que establece la Ley 100 de 1993.

IV. MEDIDA PROVISIONAL

En el caso bajo estudio, se hace imperativa la necesidad de solicitar a su despacho como MEDIDA PROVISIONAL, se decrete la exclusión del cargo que ocupa de mi patrocinado como es la Procuraduría Judicial II 153 Administrativa de Neiva de los cargos a proveer o en su defecto se le designe, nombre o ubique en otro cargo superior o similar categoría al ostentado actualmente, ya que hasta el momento se le ha desconocido su calidad de prepensionado, con protección legal y constitucional, según pronunciamientos de la Honorable Corte Constitucional, tantas veces referidas en esta demanda, en su defecto solicito a su señoría ordene la inaplicación de los efectos del Acto Administrativo, Resolución No.345 del 6 de julio de 2016, respecto de mi patrocinado, por medio del cual se fijó la lista de elegibles para proveer cargos de Procuradores Judiciales II delegados ante Tribunal, hasta tanto se garantice a mi patrocinado los derechos conculcados, pues con la publicación y ejecución del acto administrativo se desconoce los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, a la igualdad, al mínimo vital y a la seguridad social, por cuanto omite tomar todas las consideraciones que se han expuesto en acápites anteriores.

La Administración cercena los derechos fundamentales y sobreviene la ocurrencia de un perjuicio irremediable al violarse las prerrogativas más primarias e inescindibles de sujetos de especial protección constitucional, como lo son, los derechos de las personas pre-pensionadas, toda vez que al haber ofertado el cargo sin tener en cuenta la situación fáctica y jurídica particular desconoció la prevalencia y el cuidado que ameritamos por orden de la norma superior.

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 vislumbro como garante de los derechos 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 del accionante y dar una solución pronta y efectiva que pondere la prerrogativa al mínimo vital como sujeto con vulnerabilidad manifiesta.

V. PRETENSIONES

1.-Declarar que los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada para las personas en situación de protección constitucional por la condición de prepensionadas, el derecho a la igualdad, el derecho al mínimo vital y el derecho a la seguridad social de mi representado están siendo violados y/o puestos en inminente peligro de ser violados por parte de la entidad accionada.

2.- Como consecuencia del anterior pedimento, y para salvaguardar esos derechos fundamentales se ordene la suspensión o cesación de los efectos de la Resolución No.345 del 6 de julio del 2016 o lista de elegibles, expedida por el Procurador General de la Nación como mecanismo transitorio supeditado a la presentación de la eventual demanda contencioso-administrativa por los hechos materia de la presente Acción de Tutela.

3.- Se ordene a la Procuraduría General de la Nación, reconocer la condición de pre-pensionado al señor JAIME AYALA VARGAS por acreditar menos de tres (3) Años para la concreción del requisito de edad y semanas cotizadas exigidas por la Ley 100 de 1993.

4.- Se ordene a la Procuraduría General de la Nación se mantenga en el cargo que ocupa el tutelante a la fecha, o se disponga el nombramiento en una plaza de igual o mejor categoría a la desempeñada actualmente, hasta tanto quede en firme el acto de reconocimiento de su pensión por parte de la entidad administradora de pensiones, y que sea incluido en nómina de pensionados.

VI. PRUEBAS

1.- Acto Administrativo de nombramiento Decreto 335 de 12 febrero 2010. (1 fl)

2.- Acto Administrativo de nombramiento Decreto 454 de 13 febrero 2012 (1fl)

3.- Derecho de petición del 6 de agosto 2015 (3 fl)

4.- Contestación derecho de petición del 3 de septiembre 2015. (2 fl)

5.- Derecho de petición del 1 de febrero 2016 (5 fl)

6- Contestación al derecho de petición de 9 de febrero 2016 (1 fl)

7.- Derecho de petición del 23 de junio de 2016. (2 fl). y planilla de envío

8. Copia registro civil de nacimiento.(1fl)

9. Copia certificado tiempo de servicios de Gobernación del Valle (1 fl)

10.- Copia Información laboral Patrimonio Autónomo de Remanentes PAR de Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM.(5 fl)

11-Copia Información laboral Instituto Colombiano de la Reforma Agraria Ministerio de Agricultura (3 fl)

12-Copia información laboral Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF.(3 fl)

13 constancias Procuraduría General de la Nación de tiempo de vinculación y de servicio. (1 fl)

14-Certificación de Procuraduría General de la Nación sobre vinculación del cargo en provisionalidad (1 fl)

15-Copia cédula de ciudadanía (1 fl)

16-Copia de Contrato de arrendamiento de apartamento en la ciudad de Neiva suscrito el 30 de noviembre de 2013. (5 fl)

17-Certificacinde BBVA sobre obligaciones bancarias, a cargo del señor Jaime Ayala Vargas.(1 fl)

18- Copia certificación del CitiBanc sobre obligación bancaria a cargo del señor Jaime Ayala Vargas (1 fl)

19- Copia de afiliación la Nueva EPS del accionante y su grupo familiar compuesta por su esposa, señora María Eugenia Muñoz y los dos hijos en calidad de estudiantes, Juan Manuel Pinillos Muñoz y Juan Fernando Pinillos Muñoz para ese entonces el último cursaba estudios superiores, hoy con una beca crédito de Colfuturo, se apresta a iniciar estudios de postgrado (2 fl).

20- Copia pago primer semestre 2016 y recibo de pago del Banco de Occidente del Segundo semestre 2016 para matricula de mi hijo, JUAN MANUEL PINILLOS MUÑOZ (2 fls.).

21- Copia de la Resolución No. 345 del 8 de julio de 2016 de lista de elegibles de la PGN. (8 Fls.).

22- Copia factura Colsanitas en relación a la medicina prepagada de mi prohijado (2 Fls.).

VII. JURAMENTO

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

VIII. NOTIFICACIONES

ACCIONADA: La Procuraduría General de la Nación, podrá ser notificada en la Carrera 5ª No. 15 - 60 de Bogotá - Teléfono: 5878750 ext. 13105 email. juridica@procuraduria.gov.co secretariageneral@procuraduria.gov.co

ACCIONANTE JAIME AYALA VARGAS podrá ser notificado en la calle 13 N° 7-46 Apto 301 Edificio La Alameda de la ciudad de Neiva Huila email. jaimeav@yahoo.es teléfono 311 3359328 o a través de su apoderada.

APODERADA LUZ STELLA CASTAÑO CASTAÑEDA calle 7 No 6 -27 oficina
1002 edificio Banco Agrario Neiva Huila. Correo electrónico.
luzscascas@hotmail.com teléfono 311 5090543.

Del señor Magistrado,

Atentamente.


LUZ STELLA CASTAÑO CASTAÑEDA.
CC 39.651.058. Bogotá D.C.
T.P. No. 179.203 del C.S de la J.

