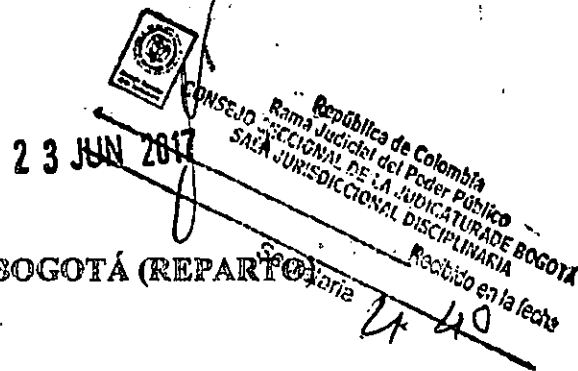


Reparto
27-06-2017
RM



Honorables Magistrados

CONSEJO SECCIONAL DE LA JUDICATURA DE BOGOTÁ (REPARTO)

Ciudad

Ref. Acción de Tutela Accionante: MARLENY ESNEPA PÉREZ PRECIADO.

Contra: La Procuraduría General de la Nación

MARLENY ESNEPA PÉREZ PRECIADO, mayor de edad identificada con c.e. No, 51.724.719, de Bogotá, actuando en mi propio nombre, me permito presentar ACCIÓN DE TUTELA COMO MECANISMO TRANSITORIO PARA EVITAR UN PERJUICIO IRREMEDIABLE (Artículo 86 de la Constitución Política y las normas que lo reglamentan), contra la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, representada legalmente por el doctor FERNANDO CARRILLO FLOREZ o quien haga sus veces con el fin de que se me protejan los siguientes DERECHOS FUNDAMENTALES:: DERECHO CONSTITUCIONAL DE ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA, por tener condición de pre-pensionada y madre cabeza de familia, MÍNIMO VITAL, TRABAJO, SEGURIDAD SOCIAL, VIDA DIGNA E IGUALDAD.

PRETENSIONES

Que, por ese Tribunal, se me tutelen los derechos fundamentales a la ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA, MÍNIMO VITAL, TRABAJO, SEGURIDAD SOCIAL, VIDA DIGNA E IGUALDAD, que como consecuencia del amparo concedido se ordene a la Procuraduría General de la Nación que:

A) Se proceda a mi reintegro en el cargo que desempeñe hasta el 31 de mayo de 2017 o en otro de la misma categoría con el fin de obtener la pensión de vejez por cuanto estoy próxima a cumplir 55 años de edad y tengo más de 1300 semanas cotizadas, faltando un poco más de dos años para cumplir los requisitos de ley para obtener mi derecho a la pensión.

B) En caso de no proceder lo anterior o que el Magistrado considere más favorable a mi condición para la protección de estos derechos fundamentales, se le ordene a la PGN se tomen todas las medidas necesarias para garantizar mis derechos fundamentales de: ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA, A LA SEGURIDAD SOCIAL, AL TRABAJO, A LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES, A LA VIDA DIGNA, AL MÍNIMO VITAL Y SOBRE TODO A UN TRABAJO EN IGUALDAD DE OPORTUNIDADES Y A LA SALUD, ubicándome en un cargo de igual o superior categoría o cualquier otra que garantice mis derechos hasta que obtenga la pensión de vejez y este incluida en la nómina de pensionados de la entidad COLPENSIONES para así garantizar mi derecho a una pensión de jubilación y evitar la solución de continuidad entre el pago de salarios y el pago de las mesadas pensionales.

C) Solicito se amparen mis derechos constitucionales y legales y dé cumplimiento a los precedentes judiciales que sobre este tema reiteradamente se han pronunciado la Honorable Corte Constitucional y el Consejo de Estado, o la medida de protección que el despacho considere necesaria y efectiva para proteger los derechos fundamentales en comento, dada mi condición de PRE-PENSIONADA Y SER MADRE CABEZA DE FAMILIA, ya que

de elegible quedo conformada solamente por 91 personas, con lo que se concluye que quedaron 16 cargos sin proveer.

HECHOS

Que, mediante Decreto N° 4851 del 4 de diciembre de 2014, fui nombrada en provisionalidad como Procuradora 178 Judicial I Administrativo de Duitama, hasta el día 31 de mayo, fecha de posesión de la Doctora PAOLA ANDREA OCHOA GARCIA, beneficiaria del concurso de méritos para proveer ese cargo. Que el nombramiento de la Doctora PAOLA ANDREA, supone la insubsistencia tácita de mi nombramiento, lo que me separa del cargo en un momento en que ya cuento con la edad de más de 54 años, cuando mi capacidad laboral y productiva esta disminuida en razón de dicha edad y ostento el carácter de pre-pensionable al superar además las 1300 semanas cotizadas

Que, antes de vincularme a la PGN, estuve vinculada a la Supe Intendencia de Industria y Comercio desde el 7 de diciembre de 1987 hasta el 11 de abril de 1991 como consta en los bonos pensionales (Anexo) y a la Unidad Administrativa Especial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, desde el 18 de noviembre de 1992, hasta el 06 de febrero de 2015 (Anexo); es decir que mi experiencia laboral hasta el 31 de mayo sumaba más de 26 años de servicio como se puede constatar en la historia laboral, para un total de más de 1300 semanas cotizadas según lo informado por Colpensiones el 1 de junio de 2017 (Anexo), donde certifica 1.119,14 semanas cotizadas y el tiempo de servicio faltante con Entidades Públicas antes de 1993 (requieren bono pensional), los cuales anexo cumpliendo así más de las 1300 semanas requeridas para ostentar la calidad de sujeto de especial protección constitucional como PRE-PENSIONADA, 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 tres años de configuración de dicho requisito establecido por el sistema de seguridad social en pensiones.

Que, igualmente cuento con el status de PRE-PENSIONADO, el cual de acuerdo con la reiterada y reciente jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional me otorga el derecho de **ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA**, por cuanto soy sujeto de especial protección laboral por faltarme menos de tres años para adquirir mi derecho pensional (T-3577221/16 MP. Dr. JORGE IVAN PALACIO PALACIO, T-1045/07, C-759/9, T 802/12, T-326/14 y otras).

Que, tengo la condición de PRE-PENSIONADA, toda vez que me faltan menos de tres años para cumplir los 57 años de edad, pues nací el 18 de marzo de 1963 y tengo más de 1300 semanas cotizadas, faltándome tan solo 2 años 9 meses y 18 días para adquirir el status de pensionada. Condición esta que informe a la PGN mediante oficio radicado con el N° E2017-546926, de fecha 27 de marzo de 2017 (Anexo), sin que a la fecha se hubiere pronunciado al respecto y en el que hice referencia a los hechos de mi condición de PRE-PENSIONADA y MADRE CABEZA DE FAMILIA. Así como igualmente informe en oficios presentados a la Secretaria General de la PGN, con fecha 5 de julio de 2016, 4 de agosto de 2016 y 16 de agosto de 2016 (Anexo).

Que, mediante Decreto N° 404 del 27 de enero del 2017, se me prorroga el nombramiento provisional de Procurador Judicial 1 3PJ de la Procuraduría 178 Judicial I Administrativa de Duitama; y mediante Acta de Posesión N° 07, de fecha 8 de febrero de 2017 (Anexo) tome

Que, pese a conocer mi status de pre-pensionable, la entidad accionada mediante oficio N° 01262 de fecha 1 de marzo de 2017, fui informada de la terminación del vínculo de provisionalidad, sin ofrecer ninguna posibilidad de reubicación.

Que, teniendo el derecho a la **ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA**, situación que fue totalmente ignorada por la entidad accionada, que se limitó a informarme el 31 de mayo de 2017, a través de una llamada telefónica del Coordinador Administrativo de la Procuraduría Regional de Boyacá, sobre la llegada y posesión de mi remplazo.

Que, por habersele revocado su nombramiento, el día 15 de diciembre de 2016 fecha en que aún no se posesionaba habiendo sido nombrada desde el 8 de agosto de 2016, la Doctora PAOLA ANDREA OCHOA GARCIA, presentó tutela ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja Sala Penal. De conformidad con lo que se lee dentro del Fallo de Tutela del 15 de diciembre de 2016, la doctora OCHOA GARCÍA, el 18 de agosto de 2016, envió carta de aceptación del cargo a la Procuraduría General, sin embargo, el 05 de septiembre de 2016, solicitó prórroga para su posesión, debido a su estado de embarazo, reubicación de vivienda y contraindicación médica, solicitud aceptada por la Procuraduría mediante Resolución No. 597 del 07 de septiembre de 2016, en la que se fijó como fecha límite para posesión el 10 de octubre de 2016.

El 04 de octubre, la doctora OCHOA, aduciendo justa causa vuelve a solicitar prórroga para tomar posesión, solicitud denegada con fundamento en el artículo 84 del decreto 162 de 2000, que establece que solo se puede dar una prórroga para la posesión del cargo, decisión que fue recurrida, prosperando la reposición y concediendo como nueva fecha el 21 de octubre de 2016.

El 16 de octubre, la designada procuradora en mi reemplazo, solicita una nueva prórroga para su posesión, solicitud que le fue negada como se advierte en Resolución 732 del 18 de noviembre de 2016.

Mediante Resolución 5474 de noviembre 24 de 2016, la Procuraduría General REVOCO el nombramiento de la doctora PAOLA ANDREA OCHOA GARCÍA, lo que generó una acción de tutela por parte de la nombrada y no posesionada, acción que le fue negada por el Honorable Tribunal Superior de Tunja, Sala penal, mediante providencia adiada el 15 de diciembre de 2016.

Presentado el Recurso de Apelación, la Sala penal de la Corte, se pronuncia mediante proveído del 02 de febrero de 2017, revoca el fallo del Tribunal, Tutela los derechos de la doctora OCHOA y concede a la Procuraduría 48 horas, para que emita un nuevo acto administrativo que responda a la petición elevada por la ciudadana PAOLA ANDREA OCHOA GARCIA, el pasado 18 de octubre, vía correo electrónico.

Con apego a lo dispuesto por la Honorable Corte, Sala penal, la Procuraduría emite el decreto 830 del 23 de febrero de 2017, revocando y dejando sin efecto el decreto 5474 del 24 de noviembre de 2016, en consecuencia, da plena vigencia al decreto No. 3593 de agosto 8 de 2016, mediante el cual se nombró en periodo de prueba a la doctora PAOLA ANDREA OCHOA GARCÍA.

Debo igualmente dejar en claro, que sobre la actuación adelantada por la Doctora PAOLA ANDREA OCHO GARCÍA, mediante la tutela radicada bajo el No. 150012204000201676501, tuve conocimiento indirecto a mediados de febrero de 2017 de la misma, por lo que intenté como tercera interesada, buscar la nulidad presentando escrito radicado el 14 de febrero del presente año teniendo en cuenta que en las consideraciones de la honorable Corte se debe proceder a declarar la nulidad de todo lo actuado en el trámite

resultar afectados con la decisión que se adopte al respecto, más aún, cuando se encuentra en juego la protección de derechos o cuando están involucradas personas que son objeto de especial protección constitucional o personas en debilidad manifiesta como la mujer cabeza de familia, como es mi caso. Lamentablemente cuando tuve conocimiento de esta tutela ya habían transcurrido los tres días y la tutela no fue seleccionada para revisión y por ello mi intervención para reclamar mis derechos fue inexistente, por lo que toda esta situación me ha causado un perjuicio irremediable.

En conclusión, La Sala Penal de la Corte y luego la Procuraduría General de la Nación, sobre guardaron los derechos de una ciudadana que ganó un concurso de méritos, pero que sólo obtuvo la condición de servidor público el 31 de mayo último y a quien se le concedieron todos los beneficios laborales sin haber adquirido la condición de servidora pública, teniendo en cuenta que transcurrieron 9 meses desde el momento de su nombramiento hasta el acto de posesión, mientras a mí se me retiró del servicio desconociendo que durante un poco más de 26 años he servido al estado y que ya había adquirido un derecho como PRE-PENSIONADA.

Que, mediante Resolución No. 040 del 20 de enero de 2015 (anexo), la PGN dio apertura al concurso de méritos para proveer los empleos de Procuradores Judiciales I para Asuntos Administrativos. Toda la información referente al concurso, se encuentra publicada en la página web www.procuraduria.gov.co

Que, en las convocatorias que se abrieron para proveer los cargos de Procuradores Judiciales I en las distintas especialidades, no se sacaron a concurso todos los cargos existentes. Igualmente, en varias de las convocatorias con las personas que pasaron los concursos, no se alcanza a cubrir todas las plazas convocadas en las diferentes áreas de las convocatorias.

Que, una vez conocida la lista de elegibles mediante convocatoria N° 013-2015, según resolución 338 para el cargo de Procurador Judicial I, Código y Grado 3PJ-EG, en la misma se ofertaron 107 cargos y la lista de elegibles quedo conformada solamente por 91 personas, vemos que hay un excedente de 16 cargos. CON LO ANTERIOR SE CONCLUYE QUE QUEDARON 16 CARGOS SIN PROVEER.

Que, soy MADRE CABEZA DE FAMILIA, tengo dos hijos menores de edad SANTIAGO SEPULVEDA PEREZ, de 14 años, quien cursa el grado Séptimo y SARA ISABEL SEPULVEDA PEREZ de 12 años quien cursa el grado Quinto, en el Colegio Colombo American School, quienes dependían exclusivamente de mis ingresos como empleada al servicio de la Procuraduría General de la Nación, como Procurador 178 Judicial 1 Administrativo de Duitama, toda vez que los ingresos del padre de los menores, son de \$900.000.00 mensuales como docente de Filosofía en un Colegio, no teniendo así la capacidad económica para asumir las responsabilidades que demanda el hogar y el estudio para los menores de edad, como lo demuestra la declaración juramentada rendida por el mismo ante Notario, sobre mi condición de MADRE CABEZA DE FAMILIA y la dependencia económica de mis hijos menores (Anexo) y las certificaciones expedidas por los colegios donde estudian mis hijos en las que consta que soy yo quien he asumido los pagos tanto de matrículas como de pensiones durante su vida escolar, por lo que me ha correspondido a mi sola velar por la manutención y educación de mis menores hijos y sacar con mi propio trabajo adelante el hogar, con los esfuerzos, sacrificios y abnegación que ello significa, condición esta, que fue puesta en conocimiento de la PGN; tampoco cuento con la ayuda de los demás miembros de mi familia, lo que se traduce en responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar.

personas en la condición de ~~PRE~~-PENSIONADOS y MADRES O PADRES CABEZA DE FAMILIA, como es mi caso, no sean desvinculadas de la entidad hasta que se consolide el disfrute del derecho fundamental a la pensión de vejez y no lo hizo, incurriendo como autoridad pública en una omisión que vulnera derechos fundamentales.

Que, el medio de control, nulidad y restablecimiento del derecho no resulta idóneo y eficaz para amparar mis derechos, pues no alcanzaría a tener efectos ante mi retiro del cargo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Como quiera que el 31 de mayo se posesiono la Doctora PAOLA ANDREA OCHOA GARCIA, en el cargo en el que yo me encontraba hasta ese momento, me veo en la imperiosa necesidad de acudir a este mecanismo, toda vez que se genera una inminente vulneración de mis derechos fundamentales a la **ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA, MÍNIMO VITAL, TRABAJO, SEGURIDAD SOCIAL, VIDA DIGNA E IGUALDAD** pues me encuentro en especial estado de indefensión y, de no intervenir Ud. como Juez Constitucional se produciría un perjuicio irremediable.

Sobre el particular, en Sentencia T 225 de 1993, la Corte Constitucional explicó los elementos que han de tenerse en cuenta para evaluar la existencia de un perjuicio irremediable. Estos son:

"A).El perjuicio ha de ser inminente: "que amenaza o está por suceder prontamente". Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. (...)

B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. (...)

C). No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconvenientes.

D).La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. (...)"

A continuación pasaré a expresar de una manera general las razones por las cuales me encuentro ante la existencia de un **PERJUICIO IRREMEDIABLE** y posteriormente de manera específica manifestaré los motivos por los cuales se me vulneran los derechos fundamentales a la **ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA, MÍNIMO VITAL, TRABAJO, SEGURIDAD SOCIAL, VIDA DIGNA E IGUALDAD**.

A-El perjuicio ha de ser inminente, es decir que ~~amenaza~~¹ o está por suceder.

En mi caso estoy frente a un perjuicio inminente a partir de la fecha en que deje de ocupar el cargo en que me encontraba en calidad de Procuradora 178 Judicial I para asuntos administrativos, lo que equivale a que fui desvinculada de la Entidad, y no se me ha

reconocido la "ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA". Como vemos, esta es una situación real y objetiva y, no una expectativa ni hipótesis.

B. Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes.

Como se expresó en el punto anterior, sino se me ampara de forma inmediata mis derechos fundamentales, de manera que al quedarme desempleada en este momento de mi vida sin tener un ingreso estable y seguro, ni tampoco otra alternativa económica, no tendría posibilidad alguna de continuar pagando la educación de mis hijos menores, afectando así los derechos de los niños a la educación, salud, calidad de vida, bienestar, así como el MINIMO VITAL, al que todo ser humano tiene el derecho de acuerdo a sus particulares circunstancias y nivel de vida, causándome un grave perjuicio irremediable.

C. No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave.

De no otorgarse la medida, me quedaría sin trabajo, y por consiguiente sin el sustento para mí y para mis hijos menores y sin un mínimo vital, inclusive tendría que retirarlos del Colegio por falta de recursos para la cancelación de su matrícula y su manutención. De otro lado, las posibilidades de conseguir un empleo nuevo, son casi nulas pues es bien sabido que en este país las personas mayores de 54 años y próximas a pensionarse, el mercado laboral es muy limitado y en determinado caso, de conseguir un empleo lo más probable es que me demore un tiempo largo y no cuento con recursos económicos para financiarme durante este periodo de tiempo. Adicionalmente, le manifiesto que mi única fuente de recursos para mis hijos menores y para mí provenía del salario que percibía en el cargo de Procuradora.

D. Evitar un perjuicio irremediable para proteger derechos fundamentales.

Es INMINENTE que la PGN me desvincule del cargo por lo que la medida que tome el Juez Constitucional debe adoptarse lo más rápido posible, para evitar un "perjuicio irremediable" al quedarme sin ninguna fuente de ingreso para mí y para mi familia.; por lo que solicitó que se me debe entonces ya proteger la violación directa de mis derechos fundamentales, en los términos establecidos en las pretensiones.

DERECHO A UNA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA:

La Ley 797 de 2003², en su artículo 9º, prescribe cuales son los requisitos para acceder a una pensión de vejez; en punto a la estabilidad laboral del pre-pensionado, en el párrafo 3º, de la disposición en cita, se prescribe lo siguiente:

"PARÁGRAFO 3o. Se considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión.

El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones." (Negrillas por fuera de texto)

El campo de aplicación de la Ley 797 de 2003, en los términos de su contenido normativo, comprende a todos los habitantes del territorio nacional; aplicación que implica, la conservación y respecto de todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores

público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de prima media y del sector privado en general.

La disposición en cita, según lo tiene claro la jurisprudencia sobre la materia, determina que es válido para el empleador dar por terminada la relación legal o reglamentaria, cuando se reconozca o se notifique al empleado la pensión por parte de las administradoras de pensiones.

La Corte Constitucional mediante sentencia C-1037 de 2003³, bajo el supuesto de la libertad de configuración del legislador para establecer causales de terminación laborales públicas y privadas, al declarar exequible condicionalmente el parágrafo 3, del artículo 9º de la Ley 797 de 2003, precisó que tal contenido normativo debe interpretarse en el sentido de que no basta sólo la notificación del reconocimiento de la pensión, sino también, en aras de garantizar la continuidad de una remuneración vital y móvil al pre-pensionado, su efectiva inclusión en nómina. El Juez de la Carta Política, con antecedente en lo normado en el artículo 2º de Constitución, señaló entonces:

“...el Estado debe garantizar la “efectividad de los derechos”, en este caso del empleado, público o privado, retirado del servicio asegurándole la “remuneración vital” que garantice su subsistencia, su dignidad humana y los derechos de los trabajadores impone el deber de dictar una sentencia aditiva, esto es que agregue un supuesto de hecho o requisito a los señalados por el legislador con el fin de hacer compatible la norma con la Constitución Política. En este caso es necesario adicionar a la notificación de la pensión la notificación de su inclusión en las nóminas de pensionados correspondiente.

La desmejora en los ingresos del trabajador al cambiar su status de trabajador activo al de pensionado, dado que en el mejor de los casos recibirá lo equivalente al 75% de su salario, no puede traducirse tampoco en que no reciba la mesada pensional durante ese intervalo de tiempo, puesto que dicha situación cercenaría, también, la primacía que la Carta reconoce a los derechos inalienables de la persona, en este evento del trabajador.

Esta circunstancia permite a la Corte concluir que no puede existir solución de continuidad entre la terminación de la relación laboral y la iniciación del pago efectivo de la mesada pensional, precisamente para asegurar al trabajador y a su familia los ingresos mínimos vitales, así como la efectividad y primacía de sus derechos (C.P., arts. 2º y 5º). Por tanto, la única posibilidad de que el precepto acusado devenga constitucional es mediante una sentencia aditiva para que el trabajador particular o servidor público sea retirado sólo cuando se le garantice el pago de su mesada pensional, con la inclusión en la correspondiente nómina, una vez se haya reconocido su pensión.”

La óptica constitucional del juez de la Carta Política, es igualmente compartida por el H. Consejo de Estado, en sentencia de 20 de agosto de 2009 (Rad. 2009.00259)⁴, cuando esta última Corporación advierte de lo normado en el parágrafo 3 del artículo 9º de la Ley 797 de 2003, la existencia de un fuero otorgado por la ley a los pensionados y pre-pensionados, de manera tal que el vínculo laboral entre la Administración y el empleado, servidor público, en tales condiciones no puede verse cortado, hasta tanto se verifique como tal la efectiva inclusión en nómina de pensionados, lo contrario, parafraseando y haciendo el mismo recorrido verificado por esa Alta Corporación es “impensable y riñe a todas luces con la Constitución Política”. Proceder, que en la perspectiva de la lesión de derechos fundamentales, configura sin duda una vía de hecho administrativa.

Por su parte, la Ley 909 de 2004⁵, “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”, en el artículo 41, literal e), en armonía con el antecedente normativo y jurisprudencial reseñado, precisa como causal del retiro del servicio del pre-pensionado de libre nombramiento y

³ Corte Constitucional. Sala Plena, Sentencia de 5 de noviembre de 2003. Rad. C-1037 de 2003. M.P. Dr. JAIME ARAÚJO RENTERÍA

remoción y de carrera, el hecho de que éste hubiere obtenido el reconocimiento de su derecho pensional. En efecto, allí se determina lo siguiente:

“Artículo 41. Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos: (...) e) Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez.”

La H. Corte Constitucional, mediante sentencia C-501 de 2005⁶, declaró exequible condicionada la causal prevista en el literal e) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, en el entendido de que no se puede dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente.

El marco normativo que da vida a los derechos del pre-pensionado, procura entonces el garantizar a la persona que adquiera el derecho a la pensión de vejez, el efectivo goce de éste, con la remuneración vital y móvil del pensionado, que no es otra cosa según lo advierte la Corte Constitucional que el fruto mismo del trabajo de toda una vida.

Para el Consejo de Estado en la decisión arriba citada (Rad. 2009-0259), no es entonces indiferente la realidad nuestra por la cual pasan los pensionados, “donde el pensionado ha tenido que soportar los desvarios y tardanzas de las administradoras de pensiones en la inclusión en nómina de pensionados, y de contera, en la materialización del derecho pensional, es necesaria la intervención del juez constitucional a fin de garantizar a dichas personas un paso a la vejez más digno, teniendo en cuenta sus condiciones de edad y muchas veces de salud, a partir de las cuales han dejado de hacer parte del mercado laboral y se encuentran desprotegidas.”

Tal como lo manifesté al Señor Procurador General de la Nación, por ser Madre Cabeza de Familia y tener la condición de PRE-PENSIONADA, cuento con este doble derecho, en Atención a que en el primer evento: MADRE CABEZA DE FAMILIA, sobre el tema de la sustracción del cumplimiento de las obligaciones de su padre dicha circunstancia se demostró con la declaración extra-juicio por parte del padre de los menores de que mis hijos no reciben ni siquiera transitoriamente y mucho menos de manera permanente la ayuda económica de su padre y, tampoco cuento con la ayuda de los demás miembros de mi familia lo que se traduce en responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar.

De acuerdo con la Sentencia T 835 de 2012, le está vedado a la PGN excluir a las madres cabeza de familia de dicho status con “argumentos formalistas” sin que se pueda exigir una tarifa probatoria para demostrar la sustracción de las obligaciones alimentarias a cargo de los padres e incluso, no es necesario presentar una declaración extra-juicio para demostrar dicha condición⁷ Cabe anotar, que a pesar de ello, aporto una declaración extra-juicio (anexo).

En el SEGUNDO EVENTO – LA CONDICIÓN DE PRE-PENSIONADA-⁸ se configura porque me faltan menos de 3 años de edad para obtener el status de pensionada y cuento

⁶ Corte Constitucional, Sentencia de 17 de mayo de 2005. Rad. C-501 de 2005. M.P. Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

⁷ Ver Ley 1232 de 2008 “Por la cual se expide normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia” modificada por la Ley 1232 de 2008 “Por la cual se modifica la mencionada Ley”, Ley mujer cabeza de familia y se dicta otras disposiciones”, Ley 790 de 2002. Sentencia T 283 de 2006, Sentencia T 992 de 2012

⁸ Ver Sentencias T 326 de 2014, C 795 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva señala los criterios y sub-reglas aplicables en materia de reten social; SU 388 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas López; SU 389 de 2005 M.P. Jaime Araujo Rentería, T 206 de 2006 M.P. Humberto Sierra Porto, T 486 de 2006 M.P. Nilson Pinilla Pinilla, T 538 de 2006 M.P. Nilson Pinilla Pinilla, T 556 de 2006 M.P. Humberto Sierra Porto, T 570 de 2006 M.P. Jaime Araujo Rentería

De acuerdo con la Sentencia de T 326 de 2014⁹, tienen el carácter de “pre-pensionados” las personas próximas a pensionarse y por lo tanto, están en condición de vulnerabilidad que demanda una protección reforzada si se produce una desvinculación laboral. Al respecto dijo:

De otra parte, el fundamento de la “ESTABILIDAD LABORAL” de los pre-pensionados tiene origen constitucional y se aplica a cada uno de los escenarios que entren en tensión los derechos al mínimo vital y la igualdad, frente a la aplicación de herramientas jurídicas que lleven al retiro del cargo entre ellas el concurso público de méritos¹¹.

DERECHO AL MÍNIMO VITAL:

Este derecho se relaciona con el que tiene toda persona a un trabajo en condiciones dignas y justas, tal como lo señala el artículo 25 de la C.P. El empleo que desempeñaba y del cual recibía una remuneración, constituía el único sustento para mi núcleo familiar.

DERECHO AL TRABAJO:

Sentencias: T-005 de 1995 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz); T-015 de 1997 (M.P. M.

De conformidad con el artículo 53 de la C.P. deviene que éste debe ser protegido porque hay un derecho a mantenerlo y conservarlo. Además, en las condiciones actuales del país con una tasa de desempleo ya conocida y teniendo en cuenta las condiciones de la organización estatal y de la sociedad, actualmente imposibilitan tener un cargo que permita mantener las condiciones de vida garantizando los derechos fundamentales que se ponen de presente.

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL¹³:

Este derecho se encuentra consagrado en el artículo 48 de la C.P. La seguridad social, implica el pago de una cuota mensual que aporta la PGN en un 13% en salud y pensión y la vulneración del derecho que se deriva de gozar de una atención médica y hospitalaria en razón a una eventual emergencia médica que pueda suceder. De igual manera, se vulnera el derecho a la seguridad social de mis hijos menores en cuanto a la atención médica, hospitalaria y quirúrgica; así como también, cualquier otra eventualidad que se nos presente.

Por último, los derechos fundamentales de mi hijo estarían afectados pues reitero ellos depende económicamente de mí y de mi sustento.

DERECHO A UNA VIDA DIGNA¹⁴:

Conforme al artículo 11 de la C.P. esto significa mantener las condiciones de vida en la forma como viene viviendo la persona. El derecho al mínimo vital tiene relación con el derecho a una vida digna, pues de allí se deriva el derecho de mantener esas condiciones que me demandan. Esto se vería afectado en razón a los créditos que tengo pendientes con FINANDINA y los pagos mensuales de la pensión de mis hijos (Anexo), pago de los servicios públicos, entre otros, por lo que requiero conservar la forma de vida digna debiendo conservar los ingresos que se derivaban del trabajo que tenía.

DERECHO A LA IGUALDAD:

Conforme al artículo 1 de la Constitución Política, Colombia es un Estado Social de Derecho, de ahí se deriva que todos los habitantes del territorio nacional obviamente los servidores públicos que están vinculados al mismo gozan de un trato igualitario por la Ley. Además, los tratados internacionales regulatorios de las relaciones laborales establecen que los trabajadores deben tener un rasero mínimo de igualdad de derechos por lo que si un trabajador del Estado tiene reconocimiento de orden constitucional y legal de la nación **"ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA"** por derecho de igualdad y por el tratado internacional 111 de 1958 ratificado por Colombia por Ley 22 de 14 de junio de 1967 así como por el artículo 53 de la C.P., en concordancia con el artículo 13 de la misma Carta,

¹³ Corte Constitucional Sentencia SU 897 de 2012 M.P. Alexei Julio Estrada. "la protección que se deriva del contenido del derecho fundamental a la seguridad social de pensiones y 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 ordenes que proferirá la sala consistirá en que, cuando se compruebe la pertenencia a la categoría de pre-pensionados 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" (Negrillas y subrayas fuera de texto)

¹⁴ Corte Constitucional T 444 de 1999 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. "En reiterada jurisprudencia, esta Corporación ha sostenido que el derecho constitucional fundamental a la vida no significa la simple posibilidad de existir sin tener en cuenta las condiciones en que ello se haga, sino que, por el contrario, supone la garantía de una existencia digna, que implica para el individuo la mayor posibilidad de desarrollo"

necesariamente los otros trabajadores del Estado gozan del derecho a recibir como mínimo un trato igualitario.

En este orden de ideas, la **“ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA”** reconocida estatalmente a los servidores públicos se aplica en su integridad a los funcionarios del Ministerio Público. Debe entenderse, incluso dando aplicación al principio de la interpretación más favorable al trabajador en materia laboral que consagra el artículo 53 citado que la “estabilidad laboral reforzada” es un derecho que ampara a los Procuradores Judiciales I y sería inexplicable que los Tratados Internacionales y la imperactividad del mandato y garantía que encierran los derechos fundamentales y laborales, sólo se reconozcan estatalmente a unos servidores en detrimento de otros, debiendo darse un trato igualitario en cumplimiento de los Tratados Internacionales anotados que conforme al artículo 93 de la C.P. integran el bloque de constitucionalidad.

Conforme al control de convencionalidad o sea el control judicial de la aplicación y cumplimiento de los Tratados Internacionales con Colombia, imponen que en esta oportunidad por vía del amparo de tutela el juez constitucional obligue al cumplimiento de esos tratados que para el caso que nos ocupa, no es otro que declarar que la PGN debe reconocer el derecho a la **“ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA”** y proteger mi derecho hasta que sea incluida en nómina de pensión en los mismos términos que se aplica en otras entidades estatales.

Como consecuencia de lo anterior y como lo solicite en las pretensiones para evitar un perjuicio irremediable en el sentido de que de no ser nombrada en el cargo de Procuradora 178 Judicial I para Asuntos Administrativos que ocupaba en la ciudad de Duitama se me ubique en otro cargo de igual o superior categoría al que tenía, hasta tanto sea incluida en nómina de pensionados de COLPENSIONES, en mi calidad de PRE-PENSIONADA.

En este sentido la Corte Constitucional en la Sentencia T 326 de 2014, expresó:

“6.1. Un escenario distinto de vigencia de la estabilidad laboral de las personas próximas a pensionarse concurre ante la provisión de cargos por concurso público de méritos. La problemática surge cuando el servidor público próximo a pensionarse ejerce un cargo público en provisionalidad, el cual es ofertado a concurso público de méritos y asignado al aspirante que supera dicho concurso. En ese contexto entran en tensión dos derechos de raigambre constitucional. El primero, que refiere al derecho subjetivo del aspirante a acceder al empleo público por haber superado el concurso público de méritos, que es a la vez el mecanismo preferente y general para el acceso a los empleos del Estado. El segundo, que tiene que ver con la protección de los derechos fundamentales del pre-pensionado, que se verían intervenidos por el retiro del cargo, lo que lo dejaría en estado de vulnerabilidad económica”¹⁵. (Negritas y subrayas por fuera de texto).

En un caso particular los siguientes parámetros fueron utilizados para resolver la tensión entre el derecho a acceder a un cargo público por el sistema de concurso de méritos y la condición de pre-pensionado:

“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) está en trámite el reconocimiento de su pensión de jubilación, (ii) 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...”

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."¹⁶

Otro caso en el cual estuvieron en tensión los dos derechos fundamentales mencionados, se presentó en la Fiscalía General de la Nación y en Sentencia SU 446 de 2011¹⁷ se resolvió lo siguiente:

"TERCERO.- ORDÉNASE a la Fiscalía General de la Nación VINCULAR en forma provisional, en el evento de existir vacantes en un cargo igual o equivalente al que ocupaban, a todos aquellos servidores que fueron retirados de la entidad con fundamento en el concurso convocado en el año 2007, siempre y cuando demuestren al momento de su desvinculación y al momento del posible nombramiento, una de estas tres condiciones: i) ser madres o padres cabeza de familia; ii) ser personas 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) estar en situación de discapacidad, como una medida de acción afirmativa, por ser todos ellos sujetos de especial protección. La vinculación de estos servidores se prolongará hasta tanto los cargos que lleguen a ocupar sean provistos en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional, contenidos, entre otras, en la sentencia SU-917 de 2010." (Negritas y subrayas por fuera de texto).

FUNDAMENTOS JURISPRUDENCIALES

CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A"

Consejero Ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

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

Radicación número: 05001-23-33-000-2016-01944-01

Accionante: ELÍAS HOYOS SALAZAR

Accionado: NACIÓN – PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Sentencia de Segunda Instancia

Decide la Sala de Subsección la impugnación presentada por el accionante, contra la sentencia de 9 de septiembre de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Segunda de Decisión Oral, dentro de la acción de tutela de la referencia.

LA ACCIÓN

La solicitud de protección de los derechos fundamentales de petición, debido proceso administrativo, trabajo, mínimo vital, seguridad social, vida en condiciones dignas, igualdad y la protección especial de la estabilidad laboral reforzada descansa en los siguientes

Por lo anterior, la Sala amparará los derechos al trabajo, estabilidad laboral reforzada, seguridad social y mínimo vital protegidos por la Constitución Política (arts. 25, 48 y 53) del señor ELÍAS HOYOS SALAZAR, razón por la cual ordenará a la Procuraduría General de la Nación que reintegre al accionante a un cargo de los niveles Procurador Judicial II, Asesor, directivo o profesional de la planta administrativa de la entidad 12, con un salario equivalente o similar al que devengaba, atendiendo a su condición de abogado, su especialidad y, la labor que realizaba.

Dicho reintegro será hasta tanto COLPENSIONES reconozca la pensión de jubilación del accionante y le incluya en nómina de pensionados. La orden de protección permanecerá vigente siempre y cuando el señor HOYOS SALAZAR cumpla los requisitos para el reconocimiento de la pensión antes de que se termine la vigencia de la lista de elegibles para el cargo al que se reintegre. Lo anterior con el fin de proteger tanto los derechos del accionante como de las personas que aprobaron el concurso y conforman la lista de elegibles.

Igualmente, esta orden de protección cesará si el accionante no presenta ante COLPENSIONES su solicitud de reconocimiento pensional al siguiente día hábil, del cumplimiento de las 1300 semanas exigidas en la Ley. La Procuraduría General de la Nación acompañará al accionante en la gestión de su pensión.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

IV. FALLA

PRIMERO.- CONFÍRMASE PARCIALMENTE la sentencia proferida el 9 de septiembre de 2016 por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Segunda de Decisión Oral, de conformidad con lo señalado en la parte motiva, salvo el numeral segundo que se modifica. En su lugar quedará así:

“SEGUNDO.- SE CONCEDE la tutela de los derechos fundamentales, al trabajo, a la vida en condiciones dignas, al mínimo vital y la estabilidad laboral reforzada, solicitada por el señor ELÍAS HOYOS SALAZAR, contra la Procuraduría General de la Nación, conforme a lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

Para tal efecto se ordenará a la Procuraduría General de la Nación que, en el término máximo de quince días contados a partir de la notificación de esta providencia, reintegre al accionante a un cargo de los niveles Procurador Judicial II, Asesor, directivo o profesional de la planta administrativa de la entidad 14, con un salario equivalente o similar al que devengaba, atendiendo a su condición de abogado, su especialidad y, la labor que realizaba.

Dicho reintegro será hasta tanto COLPENSIONES reconozca la pensión de jubilación del accionante y le incluya en nómina de pensionados. La orden de protección permanecerá vigente siempre y cuando el señor HOYOS SALAZAR cumpla los requisitos para el reconocimiento de la pensión antes de que se termine la vigencia de la lista de elegibles para el cargo al que se reintegre.

Igualmente, esta orden de protección cesará si el accionante no presenta ante COLPENSIONES su solicitud de reconocimiento pensional al siguiente día hábil, del cumplimiento de las 1300 semanas exigidas en la Ley.

SEGUNDO.- LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, para los fines ahí contemplados.

TERCERO.- Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia REMÍTASE el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

IMPEDIDO

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIA T-663 /2011

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

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIA T-186/13

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CARÁCTER PARTICULAR Y CONCRETO-Procedencia excepcional para solicitar el reintegro de servidores públicos por ser pre-pensionados.

PROVISIÓN DE CARGOS DE LA LISTA DE ELEGIBLES PREVIO CONCURSO DE MÉRITOS Y LA PROTECCIÓN ESPECIAL DE LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD, MADRES Y PADRES CABEZA DE FAMILIA Y PREPENSIONADOS-Reiteración de jurisprudencia

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

CARRERA ADMINISTRATIVA-Mérito como criterio fundamental para el ingreso, ascenso y retiro

La importancia del mérito ha sido resaltada por la jurisprudencia constitucional, en tanto mecanismo que garantiza la objetividad, eficiencia y equidad al interior de la administración pública. Incluso, a partir de la identificación del carácter transversal del mérito en la Constitución y su vínculo inescindible con la intención del Constituyente de superar mecanismos para el ingreso al servicio público que resultaban contrarios a los

reforma del Congreso, quien tiene vedado incorporar reglas en la Carta que desconozcan la obligatoriedad de ese criterio para el acceso, permanencia y retiro de los cargos del Estado.

PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DEL MERITO-Propósitos

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

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MADRE CABEZA DE FAMILIA Y PERSONAS PRÓXIMAS A PENSIONARSE-Garantía

Se ha señalado que la permanencia en los empleos de carrera debe responder a reglas constitucionales o legales, de índole objetiva, lo que impide el retiro del cargo a partir de criterios meramente discrecionales. Uno de los factores que ha evaluado la jurisprudencia para la permanencia en el empleo es la estabilidad laboral reforzada de los sujetos de especial protección constitucional, entre ellos los servidores públicos próximos a pensionarse, denominados comúnmente como pre-pensionados. El aspecto central de este tópico consiste en que para determinados grupos de funcionarios, como madres y padres cabeza de familia, discapacitados o pre-pensionados, concurre una relación de dependencia intrínseca entre la permanencia en el empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, particularmente el mínimo vital y la igualdad de oportunidades. De allí que se sostenga por la jurisprudencia que la eficacia de esos derechos depende del reconocimiento de estabilidad laboral en aquellos casos, a través de un ejercicio de ponderación entre tales derechos y los principios que informan la carrera administrativa.

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

El retén social es una especie de mecanismo, dentro de los múltiples que pueden considerarse para garantizar los derechos fundamentales concernidos por la permanencia en el empleo público de los servidores próximos a pensionarse. En otras palabras, el fundamento de la estabilidad laboral de los 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 la igualdad, frente a la aplicación de herramientas jurídicas que lleven al retiro del cargo, entre ellas el concurso público de méritos, como se explica enseguida.

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

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

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

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MADRE CABEZA DE FAMILIA Y PERSONAS PRÓXIMAS A PENSIONARSE-Orden de reintegrar a la accionante por ser pre-pensionada y cabeza de familia

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

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

14. En cuanto a lo primero, la Corte ha insistido que la interpretación mecánica y aislada de las normas de la carrera administrativa no es acertada, en cuanto puede llegar a afectar derechos constitucionales, que a su vez tienen la misma fundamentación superior que el mérito como mecanismo para el acceso a los empleos del Estado. Esa interpretación razonable implica, necesariamente, que la autoridad debe incluir entre su análisis de la regla legal de la carrera administrativa, todas aquellas variables relacionadas con la vigencia de los derechos fundamentales del aspirante y de quien ejerce el cargo en condición de provisionalidad. Esto con el fin de evitar que una maximización de alguno de estos derechos permita llegar a resultados manifiestamente injustos, entre ellos los que significan la grave afectación de las posiciones jurídicas que la Constitución garantiza a los sujetos de especial protección. Así, se ha considerado en la jurisprudencia, para el caso particular de los pre-pensionados, 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

Corte explicó que en el cumplimiento de sus funciones, los servidores públicos deben siempre tener presentes las finalidades constitucionales de promover la vigencia de un orden justo, la primacía de los derechos fundamentales de la persona y el servicio a la comunidad, sin obrar en forma mecánica sino de manera razonable, ponderada, creativa y proactiva.

(...)

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

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

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

15. La interpretación razonable de las normas sobre carrera administrativa, de acuerdo con el precedente expuesto, se funda en la evaluación de las diversas alternativas de decisión en cada caso concreto, de modo que se llegue a aquella opción que mejor desarrolle los derechos, principios y valores constitucionales, entre ellos los relacionados con la estabilidad laboral reforzada de los sujetos de especial protección y los que se predicen del aspirante que supera satisfactoriamente el concurso público de méritos.

En esta premisa se funda el segundo argumento que ha permitido a la Corte adelantar la ponderación entre derechos antes explicada. De tal modo, se ha considerado que la definición acerca del acceso del ganador del concurso de méritos al empleo público, que en todo caso es un derecho constitucionalmente prevalente, debe definirse de forma que consulte condiciones objetivas y no de manera aleatoria. Esto significa, en concreto, que en aquellas circunstancias en que sea posible garantizar correlativamente los derechos de carrera y la estabilidad laboral reforzada, particularmente porque se está ante la pluralidad

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

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

El hecho de que la entidad le haya informado al actor, días antes de declarar la insubsistencia de su nombramiento, que había sido incluido en el plan de pre-pensionados de la entidad, destinado a acompañarlo en los trámites para la obtención de su pensión de vejez, sí permite acreditar que la parte accionada conocía plenamente su situación, y que

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

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

LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN debe garantizar mi permanencia en la entidad hasta que sea incluida en nómina de pensionados porque soy sujeto de protección constitucional por estar próxima a pensionarme y por ostentar mi condición de Madre Cabeza de Familia, hechos que eran conocidos por la entidad, por tanto debe tomar todas las medidas pertinentes, como ORDENAR mi reintegro a un cargo de igual o superior categoría dentro de la entidad o cualquier otra medida con la que la entidad garantice mi derecho constitucional.

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIA T-156/14

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

3.2. La carrera administrativa es el mecanismo preferente para el acceso y la gestión de los empleos públicos, quien supere satisfactoriamente las etapas del concurso de méritos adquiere un derecho subjetivo de ingreso al empleo público, el cual es exigible tanto a la Administración como a los funcionarios públicos que están desempeñando el cargo ofertado en provisionalidad. Sobre esto, la Corte ha sostenido que los cargos en provisionalidad no pueden equipararse a los de carrera administrativa en cuanto a su vinculación y retiro. [26] Esto, en tanto existen marcadas diferencias entre los funcionarios inscritos en carrera administrativa y los funcionarios públicos provisionales.

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

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

o funcionarios que padecen discapacidad física, mental, visual o auditiva, "concorre una relación de dependencia intrínseca entre la permanencia en el empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, particularmente el mínimo vital y la igualdad de oportunidades. De allí que se sostenga por la jurisprudencia que la eficacia de esos derechos depende del reconocimiento de estabilidad laboral en aquellos casos, a través de un ejercicio de ponderación entre tales derechos y los principios que informan la carrera administrativa".[29]

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

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

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

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

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

pre-pensionado, de conformidad con el artículo 1° del Decreto 3905 de dos mil nueve (2009).

4. Cargos de carrera, ocupados en provisionalidad por personas que tienen la condición de pre-pensionados

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

En esta ocasión no se trataba de un proceso de reorganización de la planta de personal de la entidad accionada originada en una reestructuración de la misma, sino que se llevó a cabo un concurso de méritos para proveer los cargos que se encontraban ocupados por personal en provisionalidad. Sin embargo, ello no implica que el señor Riveros no tuviera derecho a la estabilidad laboral relativa, en virtud de la protección establecida en el Decreto 3905 de 2009 “Por el cual se reglamenta la Ley 909 de 2004 y se dictan normas en materia de carrera administrativa” y en el Acuerdo 121 de 2009 “Por medio del cual se establece el procedimiento a seguir para implementar lo dispuesto en el

Decreto 3905 de 2009”, aquellos funcionarios provisionales que ostentan la condición de pre-pensionados tienen derecho a permanecer en sus empleos hasta tanto causen su derecho a la pensión.

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

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

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

Mediante el Acuerdo 121 de dos mil nueve (2009) “Por medio del cual se establece el procedimiento a seguir para implementar lo dispuesto en el Decreto 3905 de 2009” se dijo en el artículo 1° que en cumplimiento de lo dispuesto en el Decreto 3905 de dos mil nueve

en forma definitiva que pertenezca al sistema de carrera general, a los sistemas específicos y al sistema especial del Sector Defensa; (ii) Que esté siendo desempeñado con personal vinculado mediante nombramiento provisional efectuado antes del veinticuatro (24) de septiembre de dos mil cuatro (2004); (iii) Que quien esté desempeñado dicho empleo en las anteriores condiciones, a la fecha de expedición del Decreto 3905 de 2009, estos es, ocho (8) de octubre, le falten tres (3) años o menos para causar su derecho a la pensión de jubilación; (iv) Finalmente, resaltó que se entiende que se ha causado el derecho a la pensión cuando se cumpla con la totalidad de los requisitos, que conforme a las normas vigentes, le permitan al servidor solicitar su reconocimiento pensional.

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

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

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

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

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

“[...] que la duración usual de estos procesos excede ampliamente los requerimientos propios de la satisfacción del mínimo vital del afectado. Por ende, como lo ha señalado la Corte, dicha tesis de improcedencia “(...)se fundamenta en las siguientes premisas: el reconocimiento de un derecho pensional, de acuerdo con lo establecido por esta Corporación, debe darse en el término de 4 meses, y la inclusión en nómina de pensionados del interesado, en un término de 2 meses adicionales; de otra parte, según jurisprudencia constante de este Tribunal, la suspensión extendida en el pago de salarios, por más de dos

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 congestamiento o la duración en promedio de un proceso judicial para asumir que difícilmente la respuesta al problema jurídico podría producirse en menos de seis (6) meses, pues esa situación puede considerarse un hecho notorio. Por lo tanto, en este escenario constitucional y, específicamente, si el propósito de la acción es evitar la solución de continuidad entre el pago de salarios y el pago de pensiones, los mecanismos judiciales alternativos (plausiblemente la acción de nulidad y restablecimiento del derecho) carecen de efectividad suficiente para la protección de los derechos fundamentales amenazados”.

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

LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN SI TIENE LA OBLIGACIÓN DE DAR UN TRATO PREFERENCIAL COMO UNA MEDIDA DE ACCIÓN AFIRMATIVA A LAS PERSONAS PRÓXIMAS A PENSIONARSE Y ES SU DEBER OFRECER LOS MECANISMOS PARA GARANTIZAR DICHA CONDICIÓN ANTES DE PROFERIR EL ACTO DE DESVINCULACIÓN COMO CONSECUENCIA DEL NOMBRAMIENTO A LA PERSONA QUE GANO EL CONCURSO.

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIA T-326/14

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

3.4. En relación con la estabilidad laboral relativa de que gozan los funcionarios que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, la Corte Constitucional ha precisado algunas medidas adoptadas para garantizar los derechos fundamentales de quienes ameritan una especial protección constitucional por estar en condiciones de vulnerabilidad. Por ejemplo, en la sentencia de unificación SU-446 de 2011[53], esta Corporación hizo un pronunciamiento en torno a la relación existente entre la provisión de cargos de carrera mediante concurso de méritos y la protección especial de las personas que ocupan dichos cargos en provisionalidad y se encuentran en circunstancias especiales por tratarse de madres y padres cabeza de familia, pre-pensionados o personas en situación de discapacidad. Al respecto expresó:

“Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación [54], gozan de una estabilidad relativa, en la medida en que sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera, tal como ocurrió en el caso en estudio o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación [55]. En consecuencia, la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el

cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos.

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

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

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

PARA EVITAR UN PERJUICIO IRREMEDIABLE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN NO DEBE VULNERAR DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS QUE NOS ENCONTRAMOS EN CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD GARANTIZANDO LA PERMANENCIA EN LA ENTIDAD HASTA TANTO NO ACCEDAMOS AL DISFRUTE DE LA PENSIÓN DE VEJEZ.

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

6.1. Un escenario distinto de vigencia de la estabilidad laboral de las personas próximas a pensionarse concurre ante la provisión de cargos por concurso público de méritos. La problemática surge cuando el servidor público próximo a pensionarse ejerce un cargo público en provisionalidad, el cual es ofertado a concurso público de méritos y asignado al aspirante que supera dicho concurso. En ese contexto entran en tensión dos derechos de raigambre constitucional. El primero, que refiere al derecho subjetivo del aspirante a acceder al empleo público por haber superado el concurso público de méritos, que es a la vez el mecanismo preferente y general para el acceso a los empleos del Estado. El segundo, que tiene que ver con la protección de los derechos fundamentales del pre-pensionado, que se verían intervenidos por el retiro del cargo, lo que lo dejaría en estado de vulnerabilidad económica [80]. En la sentencia T-186 de 2013[81] se consideró que este asunto no puede resolverse simplemente a través de la acción a favor de alguno de los derechos en conflicto.

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 pre-pensionado y del aspirante.

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

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

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

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

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 pre-pensionado [84].

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

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

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

7.2. De acuerdo con los artículos 86 de la Constitución Política y 6 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es un mecanismo preferente y sumario de protección de los derechos fundamentales de las personas cuando estos se vean amenazados por la acción u

exista un mecanismo de defensa judicial o de existir no resulta eficaz, o (ii) se promueva como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable [86].

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

7.3. No obstante lo anterior, la Corte Constitucional ha admitido la procedencia excepcional de la tutela para solicitar el reintegro de servidores públicos a los cargos de los que han sido desvinculados, cuando en el caso concreto se advierte la vulneración de un derecho fundamental y se evidencia la ocurrencia de un perjuicio irremediable, toda vez que en estos eventos la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no proporciona una protección eficaz y adecuada a los derechos amenazados o vulnerados. Sobre este punto ha dicho la Corte:

“[...] como regla general, la acción de tutela es improcedente para solicitar el reintegro de los empleados públicos, pues en el ordenamiento jurídico está prevista la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, luego existe un medio de defensa judicial propio, específico y eficaz que excluye la prevista en el artículo 86 Constitucional. No obstante la Corte ha manifestado que, excepcionalmente ante un perjuicio irremediable, puede resultar procedente el amparo cuando la acción de nulidad y restablecimiento del derecho resulta inadecuada para la efectividad de los derechos fundamentales violados, dada la situación que afronta el accionante”[87].

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

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

“No hace falta recurrir a estadísticas relacionadas con el nivel de congestionamiento o la duración en promedio de un proceso judicial para asumir que difícilmente la respuesta al problema jurídico podría producirse en menos de 6 meses, pues esa situación puede considerarse un hecho notorio. Por lo tanto, en este escenario constitucional y, específicamente, si el propósito de la acción es evitar la solución de continuidad entre el pago de salarios y el pago de pensiones, los mecanismos judiciales alternativos (plausiblemente la acción de nulidad y restablecimiento del derecho) carecen de efectividad suficiente para la protección de los derechos fundamentales amenazados”[89].

7.4. Si bien el artículo 229 y siguientes de la Ley 1437 de 2011, Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, consagra la posibilidad de que en todos los procesos declarativos que se adelanten ante la jurisdicción

del proceso y la efectividad de la sentencia[90]; por la novedad de esa jurisprudencia que apenas está formándose, pues todavía es muy reciente la norma[91], en la actualidad es difícil establecer con certeza el impacto y el grado de eficacia e idoneidad de dichos instrumentos judiciales para la protección de los derechos fundamentales de la accionante.

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

JUZGADO 10 CIVIL DEL CIRCUITO DE BUCARAMANGA

RADICADO: 2016-009

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

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

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

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

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

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA, SUBSECCION “B”

CONSEJERO PONENTE: DOCTOR GERARDO ARENAS MONSALVE

NUMERO INTERNO 3685-2013

AUTORIDADES DEPARTAMENTALES

ACTOR: EDGAR AUGUSTO ARIAS BEDOYA

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

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

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

“4. En ese marco, el legislador profirió la ley 790 de 2002 previendo mecanismos especiales de estabilidad para los trabajadores o funcionarios

que se verían particularmente afectados en los procesos de reforma institucional, como concreción de los mandatos contenidos en los incisos 3º y 4º del artículo 13 Superior, relativos a la adopción de medidas de protección a favor de grupos vulnerables y personas en condición de debilidad manifiesta, y en las cláusulas constitucionales que consagran una protección reforzada para ciertos grupos sociales, tales como las mujeres (art. 43 CP), los niños (art. 44 C.P.), las personas de la tercera edad (art. 46

C.P), y las personas con discapacidad (art. 47 C.P.). Las medidas contenidas en la ley 790 de 2002¹¹ se conocen como retén social.

En la citada Ley, el Congreso de la República estableció, como ámbito de aplicación del retén social “los programas de renovación o reestructuración de la administración pública del orden nacional”; determinó que su finalidad es la de “garantizar la estabilidad laboral y el respeto a la dignidad humana para las

personas que de hecho se encuentren en la situación de cabezas de Sentencia T-729 de 2010, posteriormente complementada y modificada por la ley 812 de 2003, y los decretos 190 y 396 de 2003, conjunto normativo que suele agruparse bajo el nombre de retén social: Mujeres cabeza de familia, los discapacitados y los servidores públicos próximos a pensionarse, (C-795 de 2009), prohibiendo su retiro del servicio; y fijó, como límite temporal de la protección, el vencimiento de las facultades extraordinarias conferidas al presidente mediante la citada ley.

(...)En torno a la condición de sujeto pre-pensionado, la Corte delimitó el concepto para efectos de la protección reforzada reconocida por el legislador, en la sentencia C-795 de 2009:

en el contexto de procesos de renovación de la administración pública, el servidor público próximo a pensionarse al cual le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez”.

“(ii) El momento a partir del cual se [debe contabilizar] el parámetro temporal establecido para definir la condición de pre-pensionado (...) En relación con el (...) momento histórico a partir del cual se contabilizarían esos tres (3) años [previos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez], este debe adecuarse al nuevo contexto normativo generado por la expedición de la Ley 812 de 2003 y el pronunciamiento de la Corte efectuado en la sentencia C-991 de 2004 sobre esta norma. En ese nuevo marco, la jurisprudencia ha estimado que el término de tres (3) años o menos, 12 En la sentencia C-964 de 2003, la Corte declaró la exequibilidad condicionada de algunas disposiciones de la Ley 82 de 1993, “Por la cual se expiden normas para apoyar de manera especial la mujer cabeza de familia”, en el entendido, que los beneficios establecidos en dichos artículos a favor de las personas dependientes de la mujer cabeza de familia se harán extensivos a los hijos menores y a los hijos impedidos dependientes del hombre que, de hecho, se encuentre en la misma situación que una mujer cabeza de familia, en los términos y bajo el requerimiento del artículo 2 de la misma Ley.

Bajo tal entendimiento, la Corte Constitucional ha precisado que el fundamento del reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada de los “pre-pensionados” no es un asunto que dependa de un mandato legislativo particular y concreto, sino que tiene raigambre constitucional; es decir, “opera para la satisfacción de los derechos fundamentales de estos grupos poblacionales, que se verían gravemente interferidos por el retiro del empleo público”; así las cosas, sostuvo que la mencionada estabilidad no solo es aplicable en los casos que el retiro del cargo se sustenta en su supresión ante la liquidación de la entidad, o en el marco de los procesos de restructuración de la Administración Pública (retén social), siendo estos casos, apenas una especie de mecanismo, dentro de los múltiples que pueden considerarse para garantizar los derechos fundamentales involucrados por la permanencia en el empleo público de los servidores próximos a pensionarse. (Criterio sostenido en la sentencia T-089 de 2009).

Es por lo anterior que la estabilidad laboral de los pre-pensionados se convierte en un imperativo constitucional en cada uno de los escenarios en que se materialice alguna de las causales que lleven al retiro del servicio, evento en el cual, será necesario efectuar un ejercicio de ponderación entre los derechos al mínimo vital e igualdad de los pre pensionados y la satisfacción del interés general del buen servicio público, con el fin de no afectar el núcleo esencial de cada uno de los extremos en cuestión.

Al respecto, la Subsección A de la Sección Segunda de la Corporación, ha sostenido que el simple hecho de estar próximo a consolidar el status pensional, con el cumplimiento de los requisitos legales, no produce un fuero de estabilidad relativa en el empleo de libre nombramiento y remoción; lo anterior, implica que en cada caso particular y concreto, será necesario que el nominador analice la situación en la que se encuentra el empleado, en aras de realizar una ponderación razonable, adecuada y proporcionada al momento de ejercer la facultad discrecional, con el fin de materializar el interés general del buen servicio público pero sin afectar la protección especial del personal próximo a ser pensionado.

.....

Conclusiones.

De las consideraciones esbozadas, la Sala concluye lo siguiente:

empleados de libre nombramiento y remoción y de carrera, respecto de cualquier escenario que materialice una causal objetiva de retiro del servicio. (resaltado fuera del texto)...

EL CONSEJO DE ESTADO AL IGUAL QUE LA CORTE CONSTITUCIONAL CONSIDERAN QUE EL RECONOCIMIENTO Y PROTECCIÓN DEL DERECHO DE ESTABILIDAD REFORZADA A QUIENES ESTAMOS PRÓXIMOS A PENSIONARNOS ES UN IMPERATIVO CONSTITUCIONAL Y EN TAL SENTIDO LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN DEBE RESPETARLO TOMANDO TODAS LAS MEDIDAS NECESARIAS PARA GARANTIZAR SU PROTECCIÓN MÁXIME CUANDO LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN ES LA ABANDERADA DE LA PROTECCIÓN DE DERECHOS Y GARANTÍAS FUNDAMENTALES NO SOLO DE LA COMUNIDAD SINO DE LAS PERSONAS QUE LABORAN EN ELLA Y LA REPRESENTAN.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

RADICADO: 2016 – 0329

Sentencia de Tutela No. 050 del 29 de julio de 2016,

En sus consideraciones dice: "Importa significar que la reclamante, ostenta el estatus de pre pensionada, por cuanto a la fecha tiene 55 años de edad (fl. 60) y 1269,71 semanas cotizadas a abril de 2016 (fl.62), lo que la ubica dentro del grupo de las personas con expectativa pensional dentro de los 3 años siguientes, esto es, sin cumplir los 57 años de edad que exige el art. 33 y 36 de la ley 100 de 1993 modificada por la ley 797 de 2003 ni las 1300 semanas exigidas por la ley.

Así las cosas se ordenará a la Procuraduría General de la Nación en protección del derecho constitucional que ostenta la peticionaria, conservarle la calidad de servidora pública, para tal efecto le permitirá acceder a alguno de los 8 cargos ofertados a los cuales ninguno de los participantes inscritos aspiraron, pues se repite, en estos casos el número de cargos es superior a las personas que ganaron el concurso, sin que hasta la fecha se haya designado a persona alguna para proveer esos cargos, similares al que ella hoy ostenta, quedando la Procuraduría con las facultades que se anuncian en la convocatoria del concurso, vale decir, determinar la plaza en la cual corresponda ejercer ese cargo, siendo éstas las mismas reglas de todos los que ganaron el concurso y optaron por sus especialidades".

De igual manera en el numeral segundo del resuelve establece: "ORDENAR al PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN conservarle a la señora AURORA MARTINEZ ARÁNGO la calidad de servidora pública, permitiéndole una vez se realice el nombramiento en carrera del cargo que hoy ostenta acceder por nombramiento en provisionalidad hasta cuando cumpla los requisitos para la pensión de vejez y sea incluida en nómina, en alguno de los 8 cargos que en la presente sentencia se han evidenciado hoy existen en la Procuraduría por ser inferior el número de aspirantes en esas especialidades quedando la accionada con las facultades enunciadas en la convocatoria del concursó para determinar la plaza en la cual corresponda ejercer ese cargo a la accionante".

REGLA DE REPARTO

Las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier autoridad pública del orden nacional, seguirán la regla contenida en el artículo 1 del Decreto 1382 de 2000, es decir su conocimiento en primera instancia a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, Administrativos y Consejos Seccionales de la Judicatura.

JURAMENTO

Bajo la gravedad del juramento, manifiesto a los Honorables Magistrados que no he interpuesto otra acción de tutela contra la autoridad aquí demandada por los hechos planteados al inicio de esta acción.

PRUEBAS

Allegó fotocopias de los siguientes documentos:

- 1-. Copia de la Cédula de ciudadanía
- 2-. Copia de los registros civiles de nacimiento de la suscrita MARLENY ESNEDA PEREZ PRECIADO y de mis menores hijos SANTIAGO Y SARA ISABEL SEPULVEDA PEREZ
- 3-Certificación expedida por COLPENSIONES con fecha 1 de junio de 2017 donde se reportan las semanas cotizadas.
- 4-Certificados de información laboral y bonos pensionales con las que se completarían más de 1300 semanas.
- 5-Copia del Decreto 48512014, con fecha 4 de diciembre de 2014 por medio de la cual se me hace el nombramiento en provisionalidad-
- 6-Certificado laboral de la Procuraduría General de la Nación.
- 7-Decreto de nombramiento No 404 del 27 de enero del 2017, y Acta de Posesión No 07 del 8 de febrero del 2017.
- 8-Oficio No 01262 de fecha 1 de marzo de 2017, Referencia: terminación de la vinculación en provisionalidad.
- 9-Solicitud de reconocimiento de condición de Pre-pensionada radicado bajo el No E-2017-546926, de fecha 27 de marzo de 2017
- 10-Derecho de Petición de fecha 4 de agosto de 2016 y respuesta al Derecho de Petición de fecha 20 de septiembre de 2016.
- 11-Aviso de mi condición de Pre-pensionada y madre cabeza de familia de fecha 5 de julio de 2016.
- 12-Declaración juramentada extra-proceso rendida por el padre de mis hijos RODRIGO SEPULVEDA DIAZ, sobre mi condición de madre cabeza de familia y la dependencia económica de mis hijos menores proveniente de mi salario como únicos ingresos.
- 13-Certificación expedida por los Colegios donde han estudiado mis hijos, en donde consta que he sido yo quien ha asumido los gastos de matrículas y pensiones, desde que mis hijos se encuentran escolarizados.
- 14-Certificación de COOMEVA en la que se demuestra mi calidad de cotizante cabeza de familia.
- 15-Copia de mi declaración de renta.
- 16-Sentencia de Tutela No de radicado 1100111022000 201605145 01 (12912-31 del Consejo Superior de la Judicatura Sala Jurisdiccional Disciplinaria) ordenan tutelar los Derechos fundamentales de estabilidad laboral reforzada.

17-Sentencia de Tutela con No de radicado 05001-23-33-000-2016-01944-01, del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección “A”- donde se amparan los derechos fundamentales por hechos similares.

18-Fallo de Tutela con No de radicado 08-001-23-33-000-2016-01041-00-C, del Tribunal Administrativo del Atlántico, Sala de Decisión Oral – Sección B.

19-Solicitud de Nulidad de la acción de tutela instaurada por PAOLA ANDREA OCHOA GARCIA, No de radicado 15001220400020160076501.

NOTIFICACIONES

Para efectos de las notificaciones y comunicaciones de Ley, señalo las siguientes direcciones: 1. La suscrita en la Calle 212 No. 77-91 Apartamento 402 Torre 2 Bogotá. Celular 3003336726 . Al Procurador General de la Nación, doctor FERNANDO CARRILLO, en la Carrera 5ª No. 15-80 Piso 25 Bogotá

De los Señores Magistrados del Honorable CONSEJO SECCIONAL DE LA JUDICATURA DE BOGOTÁ;

Atentamente,


MARLENY ESNEDA PÉREZ PRECIADO
C.C. 51.724.719 de Bogotá



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
CONSEJO SECCIONAL DE LA JUDICATURA DE BOGOTÁ
SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA

Bogotá, D.C.

23 JUN 2017

El anterior escrito fue presentado personalmente

por

quien se identificó con la C.C: No.

y T.P. No.

Secretaria

