

Señores:
HONORABLES MAGISTRADOS
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín
Sala Penal
E.S.D.

REFERENCIA: ACCION DE TUTELA
ACCIONADO: PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN O QUIEN HAGA
SUS VECES.
ACCIONANTE: NICOLAS ALONSO GALLEGO VARGAS

NICOLAS ALONSO GALLEGO VARGAS, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía número 2'773806, expedida en el municipio de Medellín departamento de Antioquia, residente en la zona urbana del municipio de Medellín Departamento de Antioquia en la calle 27, número 77 – 137, Urbanización "PLAZA DE VERACRUZ I", barrio BELEN, ubicable a través de los número de teléfono 3427386, celulares, 3113231552 y 3006168932, concurre ante ustedes con el fin de presentar ACCION DE TUTELA contra el PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN, o quien haga sus veces con el fin de que se me protejan los derechos fundamentales a la vida digna, mínimo vital, de la seguridad social y de la **"estabilidad reforzada en mi condición de pre pensionado"**.

HECHOS:

- 1) Nací el 15 de noviembre de 1957, por lo que en la actualidad cuento con 59 años de edad.
- 2) Inicie mi actividad laboral en el sector privado a eso de los años 1.970, 1.971, desafortunadamente para esa época los patronos particulares como persona individual, no acostumbraban pagar Seguridad Social y ningún emolumento al estado, por lo anterior solo aparezco como cotizante a partir del año 1.974.
- 3) Labore en el sector privado en diferentes empresas y en un corto tiempo, me dedique a las labores del litigio como profesional del derecho, en el sector Público en diferentes entidades, como fueron la Contraloría Municipal de Itagüi Antioquia, Fiscalía General de la Nación, Cuerpo Técnico de Investigaciones de la Fiscalía General de la Nación, Alcaldía de Puerto Berrio Antioquia, Personería Municipal de Vegachi Antioquia, ect.
- 4) El 9 de enero de 2004, me posesione en el Cargo de Asesor Grado 19 de la Procuraduría Provincial de Apartado Antioquia.
- 5) El 14 de noviembre de 2007, me posesione en el Cargo de Procurador 344 Judicial I Penal y Penal Militar del Circuito de Andes Antioquia en donde estuve activo, según reporte de la Procuraduría General de la Nación, hasta el 02 de septiembre de 2016, para un total de tiempo servidor a dicha entidad de 14 años.
- 6) Radiqué solicitud de reconocimiento de pensión a por el régimen de transición, asignándome el Número de Radicación. 2.016-13321758 por parte de COLPENSIONES.
- 7) La Procuraduría General de la Nación realizó concurso de méritos, agotando todas las etapas, quedando vacantes suficientes para que procediera a respetar el derecho de quienes nos encontrábamos amparados con el derecho de refuerzo laboral una vez fueron ocupadas las plazas por quienes fueron nombrados y posesionados.

- 8) El 25 de octubre de 2016, presenté ante la Procuraduría General de la Nación solicitud para que procediera a mi reubicación en otro Circuito de aquellos que habían quedado vacantes, incluso manifestando en Antioquia cuales habían quedado libres y que de no ser posible dicha reubicación dentro del Departamento de Antioquia, estaba dispuesto a aceptar la misma en cualquier otro departamento, esto dada mi condición de pre pensionado.
- 9) La respuesta positiva o negativa nunca se me hizo llegar, vulnerando con ello los derechos fundamentales a la vida digna, el mínimo vital, seguridad social y de la estabilidad reforzada en mi condición de pre pensionado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

La Procuraduría General de la Nación hace caso omiso no solamente a la Constitución y a la ley, sino que además de manera soberbia deja de lado todos los pronunciamientos de las altas Corporaciones y que son importantes como lo es el de la sentencia SU- 446 de 2011, que trata sobre la estabilidad relativa de los empleados provisionales, aunque a simple vista pareciera que tratara casos diferentes, dada la condición que adquirimos una vez se tomó la decisión de convocar a concurso abierto los Cargos de Procuradores Judiciales, aclarando eso sí, que la solicitud la fundamento, no por tener al momento del despido la calidad de provisional, sino la protección que me debe la entidad por mi calidad de pre pensionado, es decir un derecho adquirido.

La ley 790 de 2003, en su artículo 12, reglamentado por el decreto 190 de 2003, preceptúa:

"Protección especial. De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley."

El decreto 190 de 2003 prevé:

Artículo 12. Destinatarios. *De conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, dentro del Programa de Renovación de la Administración Pública no podrán ser retirados del servicio..., y los servidores que cumplan la totalidad de los requisitos de edad y tiempo de servicio para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez, en el término de tres (3) años, según las definiciones establecidas en el artículo 1° del presente decreto.*

Artículo 13. Trámite. *Para hacer efectiva la estabilidad laboral de que trata el artículo anterior, los organismos y entidades que modifiquen sus plantas de personal dentro del Programa de Renovación de la Administración Pública en el orden nacional respetarán las siguientes reglas:*

d) Personas próximas a pensionarse: Sin perjuicio de que el servidor público que considere encontrarse en este grupo adjunte los documentos que acreditan la condición que invoca, los jefes de personal o quienes hagan sus veces deben verificar que a los servidores que puedan encontrarse en estas circunstancias en efecto les falten tres (3) años o menos para reunir los requisitos legales

para el reconocimiento de la pensión de jubilación o de vejez, y expedir constancia escrita en tal sentido.”

La Corte Constitucional se ha referido a la estabilidad reforzada de las personas próximas a pensionarse, en los siguientes términos:

“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.

En la sentencia T-186 de 2013 se consideró que este asunto no puede resolverse simplemente a través de la opción a favor de alguno de los derechos en conflicto. Al contrario, se planteó la necesidad de que en el caso concreto se efectúe un ejercicio de ponderación entre esos derechos, que no afecte el núcleo esencial de cada uno de los extremos en cuestión. Para ello enfatizó en dos tipos de argumentos centrales: (i) la necesidad de que las autoridades del Estado interpreten las normas de forma razonable, proporcionada y compatible con los derechos fundamentales de los afectados, y (ii) la obligación de que estas mismas autoridades hagan una evaluación objetiva de las circunstancias del caso, diferente a una adjudicación aleatoria, en la cual se determine si es posible proteger concomitantemente los derechos del 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, 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 la Corte explicó que en el cumplimiento de sus funciones, los servidores públicos deben siempre tener presentes las finalidades constitucionales de promover la vigencia de un orden justo, la primacía de los derechos fundamentales de la persona y el servicio a la comunidad, sin obrar en forma mecánica sino de manera razonable, ponderada, creativa y proactiva...

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

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

*“Lo anterior implica, en lo que resulta relevante para el caso bajo examen, que **cuando una autoridad administrativa tiene a su disposición diversas alternativas para dar cumplimiento a sus deberes y obligaciones, debe optar por aquella que mejor materialice los derechos, valores y principios constitucionales, y que en menor grado afecte los derechos fundamentales, especialmente si afecta a sujetos de especial protección constitucional.** Más concretamente, al tomar decisiones relativas a la provisión de cargos de carrera administrativa, las autoridades nominadoras deben obrar en cumplimiento de sus deberes*

constitucionales y legales en forma razonable, ponderada, y habiendo procurado no desconocer los derechos fundamentales de quienes se habrán de ver afectados por sus actos, para así no desencadenar resultados injustos que pueden ser evitados" (negritas fuera de texto).

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

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

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, y (iii) una decisión en este sentido se muestra compatible con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, a la vez que resulta respetuosa de los derechos fundamentales de dichos sujetos de especial protección.

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

7.1. Teniendo en cuenta que en el presente caso las respuestas de la E.S.E. Hospital San Rafael de Facatativá y la Comisión Nacional del Servicio Civil, se sustentaron, parcialmente, en que la accionante disponía de otro medio de defensa judicial, como la acción de nulidad

y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa, para debatir la legalidad de la resolución mediante la cual fue declarada insubsistente en el cargo de carrera que ocupaba en provisionalidad, es necesario abordar la procedencia de la acción de tutela antes de dar respuesta al problema jurídico.

7.2. De acuerdo con los artículos 86 de la Constitución Política y 6 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es un mecanismo preferente y sumario de protección de los derechos fundamentales de las personas cuando estos se vean amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o excepcionalmente de un particular. Esta acción se caracteriza por ser subsidiaria y residual, lo cual implica que será procedente cuando (i) no exista un mecanismo de defensa judicial o de existir no resulta eficaz, o (ii) se promueva como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

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".

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, 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".

7.4. Si bien el artículo 229 y siguientes de la Ley 1437 de 2011, Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, consagra la posibilidad de que en todos los procesos declarativos que se adelanten ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, desde la misma demanda se solicite con la debida motivación, el decreto y práctica de medidas cautelares antes de la notificación del auto admisorio de la demanda, con el fin de proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia; por la novedad de esa jurisprudencia que apenas está formándose, pues todavía es muy reciente la norma, 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.

7.5. 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."

En mi caso concreto he cumplido con creces tanto la edad como el tiempo de servicio para ser acreedor de la pensión de solicitada, la que me debe ser resuelta en el término de seis meses, más o menos tiempo establecido por la entidad COLPENSIONES aunque según lo mandado en el artículo 9 de la ley 797 de 2003, sería de 4 meses.

No cabe duda como tampoco se necesita un Jurista avezado para darse cuenta que la Procuraduría General de la Nación a pesar de ser un organismo creado para dar ejemplo de "RECTITUD", a nivel nacional y de respeto por la aplicación y vigilancia de la aplicación y Respeto de los Derechos Fundamentales, en el caso concreto que nos ocupa con la actitud asumida, hizo todo lo contrario dejando de lado todas las normas que la regulan, cuando por lógica se sabe que debió estudiar y analizar las hojas de vida de quienes nos encontrábamos en la situación amparada, protegida y regulada por la Constitución, la diferentes Leyes y no solo eso, sino además la abundante Jurisprudencia que existe sobre la llamada "PROTECCION LABORAL", "REFUERZO LABORAL" ó "RETEN LABORAL" o lo que es lo mismo: "SITUACION DE PREPENSIONADO.". Es lastimoso para nosotros como empleados que nuestra misma institución desconozca de manera soberbia y renuente los Derechos que ella misma está llamada a proteger frente a las demás entidades del Estado. Que, ejemplo se está dando a sus vigilados.

La Procuraduría General de la Nación, no puede desconocer y dejar de lado de manera olímpica los diferentes pronunciamientos de la honorable Corte Constitucional entre ellos el de la Sala de 5ta., de Revisión como la Sentencia de Tutela 802 de 2012 mediante la cual se pronuncia sobre : **"EL RETEN SOCIAL PREPENSIONADO/ACCION DE TUTELA PARA GARANTIZAR APLICACIÓN DE LAS NORMAS DEL RETEN SOCIAL."**

La Sala 1ra. De Revisión mediante Sentencia de Tutela 326 de 2014 se pronunció sobre la : **"PROVISION DE CARGOS DE LA LISTA DE ELEGIBLES PREVIO CONCURSO DE MERITOS Y LA PROTECCION ESPECIAL DE LAS PERSONAS EN SITUACION DE PREPENSIONADOS."**

PRETENSIONES

Solicito se me amparen los derechos a la vida digna, el mínimo vital, la seguridad social y la estabilidad reforzada en mi condición de pre pensionado y de acuerdo a lo reglado en el Decreto 2591 de 1.991 artículo 7 se ordene a la Procuraduría General de la Nación que de manera inmediata ordene mi reubicación.

Se ordene a la Procuraduría General de la Nación o a quien delegue su titular, se proceda a ordenar mi reubicación en igual o mejores condiciones del cargo que venía ocupando al momento de ordenar mi desvinculación, esto es el cargo de Procurador Judicial I Penal, hasta tanto COLPENSIONES me reconozca la pensión solicitada, teniendo en cuenta que COLPENSIONES es una entidad que no toma decisiones en menos de seis a ocho meses o incluso más.

ANEXOS:

- 1) Derecho de petición dirigido a la doctora, Martha Isabel Castañeda Curvelo, Procuradora General de la Nación (e).
- 2) Copia de mi cédula de ciudadanía.
- 3) Certificación de SERVIENTREGA de la remisión del derecho de petición dirigido a la Procuraduría General de la Nación.
- 4) Copia de la radicación de documentación debidamente diligenciada y revisada por funcionarios de COLPENSIONES la que aparece con el número 201613321758.

NOTIFICACIONES

Se notificará a la señora Procuradora General de la Nación encargada en la Carrera 5, 15-80 de la Ciudad, piso 25 de la ciudad de Bogotá o a su correo institucional mcastañeda@procuraduria.gov.co.

Al solicitante en la calle 27 número 77 – 137, Urbanización “PLAZA DE VERACRUZ I”, barrio BELEN, casa 125, de la ciudad de Medellín, Departamento de Antioquia.

Mediante la gravedad del juramento manifiesto honorables Magistrados que, por los mismos hechos y Derechos puesto de presente mediante esta Acción de Protección, no he reclamado ante ninguna autoridad judicial diferente.

Atentamente,



NICOLAS ALONSO GALLEGO VARGAS
C.C.Nro. 2'773.806 de Medellín