



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE
SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL**

Magistrado Ponente: César Enrique Gómez Cárdenas

Sincelejo, veintisiete (27) de junio de dos mil diecisiete (2017)

ASUNTO: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
ACCIÓN: ACCIÓN DE TUTELA
PROCESO: 70-001-33-33-004-2017-00152-01
DEMANDANTE: NELLY DEL ROSARIO BERTEL BLANCO
DEMANDADO. DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL-DPS-.

OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide la Sala la impugnación interpuesta por la parte accionante en oposición a la sentencia proferida por el JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO – SUCRE el día 22 de junio de 2017, en el proceso que en ejercicio de la ACCIÓN CONSTITUCIONAL DE TUTELA instauró **NELLY DEL ROSARIO BERTEL BLANCO** en contra del **DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL-DPS-.**

1. ANTECEDENTES

1.1. LA SOLICITUD DE TUTELA:

La señora **NELLY DEL ROSARIO BERTEL BLANCO** presentó Acción de Tutela en contra del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL-DPS-, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al trabajo, mínimo vital, vida digna, seguridad social y estabilidad reforzada.

En amparo de sus derechos, solicita que se ordene al Departamento Administrativo de la Prosperidad Social, para que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la tutela, proceda a reintegrarle al cargo que venía desempeñando hasta por el

término de 3 años, a efectos de obtener el cumplimiento de los requisitos de su pensión de vejez, en los términos de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003.

Como **fundamentos facticos**, la parte actora narra que, fue vinculada al DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL, desde 04 de junio de 2012 en calidad de Servidor Público (empleada pública en provisionalidad)

Asegura que, mediante derecho de petición de fecha 03 de junio de 2.016, solicitó a la Subdirección de Talento Humano de la entidad, la condición de persona especial protección, el cual fue resuelto mediante oficio sin número de fecha 16 de junio de 2.016, donde le informan; *"que de conformidad con los lineamientos dispuestos en la Circular No. 16 del 4 de abril de 2.016, esa Subdirección acusa recibido de la documentación aportada a efectos de acreditar la condición de persona próxima a cumplir requisito pensionales e informa que procederá a incluirla en los registros de servidores públicos sujetos de protección especial"*

Señala la actora, que mediante Resolución No 00880 del 30 de marzo de 2.017, el Departamento Administrativo Para la Prosperidad Social, resolvió dar por terminado el nombramiento provisional efectuado, en el cargo de Profesional Especializado, Código 2028, Grado 18, de la Planta de Personal Global, a partir de la fecha de posesión del señor (ENALDO ANÍBAL BOHÓRQUEZ ARRIETA).

Indicó la demandante, que en contra de la anterior Resolución, no se estableció la procedencia de los recursos de Ley, quedando ejecutoriado dicho acto administrativo.

Manifiesta que, para efectos de establecer la condición de pre pensionado o reten social, el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social estableció mediante Circular No 16 del 04 de abril de 2.016; *"Servidor público al cual le faltan tres (3) años o menos, para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o de vejez"*

Afirma que, del hecho anterior, acreditó tal condición, entregando los respectivos documentos, mediante derecho de petición con fecha de recibido 03 de junio de 2.016, por la Subdirección de talento humano.

Argumenta la actora, que según la Jurisprudencia actual de la Honorable Corte

Constitucional, ha establecido que el término de los 3 años pre pensionado, se comienza a contar a partir de la expedición del acto administrativo, que declara insubsistente al servidor público.

Sostiene, que teniendo en cuenta lo anterior, la resolución No 00880 del 30 de marzo de 2017 expedida por el DPS, fue notificada el día 15 de mayo de 2.017, en cual declara por terminado su nombramiento provisional.

Por último, afirmó que nació el día 19 de diciembre de 1962, por lo cual, para la fecha de la notificación del acto administrativo, contaba con 54 años de edad, lo que indica, que para cumplir la edad de pensión (57 años) le faltaban 3 años, que sumando el capital acumulado x rendimiento financiero y los bonos pensionales, arroja un total de 1.0132 semanas, violando su condición de persona especial de protección o persona en estado de "Reten Social".

1.2. ACTUACIONES EN EL TRÁMITE DE LA ACCIÓN DE TUTELA.

- Presentación de la demanda: 8 de junio de 2017 (folio 28 y 81)
- Admisión de la demanda: 12 junio de 2017 (folio 82)
- Notificación a las partes: 12 de junio de 2017 (folio 83 a 88).
- Contestación: 15 de junio de 2017 (folio 84 a 102).
- Sentencia de primera instancia: 22 de junio de 2017 (folio 132 a 141).
- Impugnación: 28 de junio de 2017 (folio 148 a 154)
- Concesión de la impugnación: 29 de junio de 2017 (folio 164).

1.3. INFORME Y CONTESTACIÓN DE LA TUTELA¹.

El ente accionado rindió su informe manifestando, que para el año 2014 convocó a concurso de méritos 994 cargos de carrera administrativa, en virtud a lo establecido en el artículo 125 de la Constitución Política, el cual preceptúa que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, salvo las excepciones allí previstas y que el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

Que de acuerdo con lo anterior, la Comisión Nacional del Servicio Civil, y el DPS, realizaron conjuntamente la planeación de la convocatoria para adelantar el

¹ Folio 89 a 102 C.Ppal.

concurso abierto de méritos, con el fin de proveer los cargos en vacancia definitiva; para lo cual se expidió la Resolución No. 524 del 13 de agosto de 2014, *"Por el cual se convoca a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social Convocatoria No. 320 de 2014 -DPS"*.

Así mismo señala, que el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social por mandato constitucional y legal, artículos 125 y 130 de la Carta, y 30 de la Ley 909 de 2004, se encontraba en la obligación de convocar a concurso abierto de méritos sus cargos de carrera administrativa en vacancia definitiva, por medio de la CNSC.

Igualmente informa, que el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social no se encuentra adelantando, ni gestionando procesos de reestructuración tendientes a suprimir empleos de la planta de personal de la Entidad, por lo que el antecedente del "reten social" no le es aplicable a la actora.

Que el proceso en el cual se encuentra incurso este Departamento, emana del cumplimiento de lo previsto en el artículo 125 de la Carta Política, el cual consagra el principio del mérito público y la carrera administrativa, por lo que en tal sentido, al analizar el sistema de carrera administrativa y el principio del mérito, la Corte Constitucional puso de relieve que la carrera administrativa y el acceso a ésta a través de concursos de méritos constituyen la regla general y el mecanismo adecuado e idóneo por excelencia para el manejo racional, eficaz y eficiente de la administración pública y por consiguiente para la plena consecución de sus fines constitucionales, y que los demás mecanismos para acceder a los empleos públicos deben ser de carácter estrictamente excepcional.

Indica, que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el tema, el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social en cumplimiento a la protección laboral reforzada de sujetos de protección constitucional nombrados en provisionalidad, ha desarrollado una serie de "acciones afirmativas", antes de efectuar el nombramiento de quienes ocuparon los primeros puestos en la lista de elegibles, las cuales se evidencian con: La expedición de la Circular No. 016 de 2016, así como las actividades descritas por la administración que se dieron a conocer mediante comunicado de la Dirección General de fecha 16 de mayo de 2016.

Que dentro de las acciones afirmativas, el Departamento expidió la Circular No. 016 de 2016 regulando la protección especial de que trata el parágrafo 2º del artículo 2.2.53.2 del Decreto 1083 de 2015, modificado y adicionado por el Decreto 648 de 2017, el cual establece que cuando la lista de elegibles elaborada como resultado de un proceso de selección esté conformada por un número menor de aspirantes al de empleos ofertados a proveer, la administración, antes de efectuar los respectivos nombramientos en período de prueba y retirar del servicio a los provisionales, deberá tener en cuenta el siguiente orden de protección generado por, *"3. Ostentar la condición de pre pensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia"*.

Que la señora NELLY DEL ROSARIO BERTEL BLANCO solicitó protección especial como pre pensionado; para lo cual se le informó mediante oficio No. 20166400639021 del 16 de junio de 2016 que *"(...) está Subdirección acusa recibo de la documentación aportada por usted a efectos de acreditarla condición de persona próxima a cumplir requisitos pensionales e informa que procederá a incluirlo en los registros de servidores públicos sujetos de protección especial"*. No obstante lo anterior, no fue posible brindarle dicha protección, ya que la lista de elegibles de la OPEC 208534, no contenía número menor de aspirantes al de empleos ofertados.

Igualmente, que Departamento efectuó consultas escritas a la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC, para brindarle prioridad a los servidores públicos en situación especial que no superaron el concurso de méritos sobre los candidatos que ocuparon el primer lugar en la lista de elegibles. En consecuencia, una vez surtidas las etapas del concurso de méritos - Convocatoria No. 320 de 2014, la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, publicó en la página de esa entidad la lista de elegibles correspondiente a la OPEC 208534 con firmeza del 16 de marzo de 2017, siendo necesario por expresa disposición normativa, que se inicie el trámite legal correspondiente y agotadas las etapas establecidas en el Decreto 760 de 2005, se procederá a efectuar el nombramiento en orden de elegibilidad.

En atención a lo anterior el Departamento expidió la Resolución No. 00880 del 30 de marzo de 2017, nombrando en periodo de prueba al señor ENALDO ANÍBAL BOHÓRQUEZ ARRIETA, en el cargo de Profesional Especializado Código 2028, Grado 18, siendo necesario dar por terminado el nombramiento provisional en dicho empleo a la señora NELLY DEL ROSARIO BERTEL BLANCO una vez tome posesión del cargo el candidato que ganó el concurso de méritos, la cual se tiene prevista

para el 5 de julio de 2017.

Que de acuerdo con todo lo anterior, el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social amparado en la Ley, la jurisprudencia y en aplicación a la protección especial determinada para las personas que presentan debilidad manifiesta, ha desarrollado todas las acciones correspondientes para proteger a los servidores públicos que no superaron el concurso de méritos y que presentan una condición especial.

No obstante, al encontrarse en conflicto dos derechos como son la protección a quienes presentan una condición especial frente al mérito privilegiado por el artículo 125 de la Constitución Política, se ha determinado jurisprudencialmente que prima este último, siendo necesario desvincular al servidor público en situación de debilidad manifiesta para que se vincule a quien ocupó el primer lugar en la lista de elegibles.

1.4. LA SENTENCIA IMPUGNADA².

El Juez de primera instancia, luego de estudiar el tema de la procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos que desvinculan a funcionarios públicos que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, y la estabilidad laboral relativa en el marco de un concurso público de méritos, consideró, que la labor del juez de tutela es propender por la protección y amparo de los derechos fundamentales y de aquellos que se encuentren en conexidad con los mismos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, cuando éstos sean vulnerados o se encuentren en riesgo inminente de vulneración, sin embargo, esto se encuentra restringido, a que al juez constitucional no le corresponde interferir, por vía de tutela, en las decisiones confiadas por la Constitución a otras autoridades estatales, aunque sí podría, en defensa de aquellas situaciones concretas y particulares que le competen, ordenar que se adopten medidas excepcionales con el propósito de salvaguardar los derechos de aquellos que, por quedar cubiertos en una decisión general, resultan discriminados y por tanto desprotegidos.

Pero no en cuanto a la adopción de decisiones para las cuales existe un procedimiento propio, mediante el cual se otorga o no un derecho a un particular, previo el cumplimiento de unos requisitos, siempre y cuando dicha decisión no sea abiertamente discriminatoria, y por consiguiente inconstitucional.

² Folio 132 a 141 C. Ppal.

Aclarado lo anterior por el *A quo*, determinó, que a la luz de la jurisprudencia escrita sobre el tema, y teniendo en cuenta la edad actual de 55 años y el número de semanas cotizadas con que cuenta la actora en este momento, al tener cotizado más de 25 años, si se puede considerar que esta ad portas de cumplir con los requisitos para acceder a una pensión de jubilación, es decir, ostenta la calidad de pre pensionada, por lo tanto hay que realizar la ponderación establecida en la sentencia T-183 de 2013. Luego entonces, hay que afirmar que el nombramiento de la persona que obtuvo el cargo mediante el concurso de méritos es válido y correcto, dado que este es la vía ideal e idónea para proveer cargos públicos, por lo que la permanencia de los cargos provisionales depende exclusivamente del nombramiento del elegido por méritos, prevaleciendo los derechos de carrera sobre la provisionalidad que solo tiene una estabilidad laboral relativa.

No obstante, también es obligación de la entidad verificar de manera concienzuda si existen otras plazas en provisionalidad, con los mismos requisitos, en las cuales no existiera una personas con las características de la tutelante, para efectos de proveer el cargo de méritos y no vulnerar los derechos del pre pensionado. Solamente una vez que se realice el estudio objetivo en el cual se concluya que no existen plazas con las mismas condiciones a la cual se proveyó es cuando se debe realizar el nombramiento, de otra forma se estaría vulnerando el derecho de la persona que se encuentra en provisionalidad y en un grado de vulnerabilidad por su condición.

Bajo ese entendido concluyó el Juez de la primera instancia, que los derechos de carrera de la persona vinculada mediante concurso de méritos deben ser protegidos por lo que no es posible dejar sin efectos su nombramiento, sin embargo, considera que el Departamento Administrativo para la prosperidad Social, deberá realizar un análisis objetivo para establecer si es posible proteger concomitantemente los derechos del pre pensionado, por lo tanto tuteló los derechos a la demandante, ordenando al Departamento Administrativo Para La Prosperidad Social, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas realizara un estudio objetivo para determinar si aún existen cargos que no se hayan provisto mediante concurso de méritos con iguales requisitos del ofertado, en el que se encontraba vinculada la señora BERTEL BLANCO, inclusive aquellos que se proveyeron mediante encargo, para efectos de que dicho nombramiento se mantenga hasta que acredite los requisitos para acceder a la pensión de vejez y logre respuesta de la entidad pensional correspondiente. Lo anterior sin perjuicio de los derechos de carrera que le asisten al ciudadano ENALDO

ANÍBAL BOHÓRQUEZ ARRIETA.

1.5. LA IMPUGNACIÓN³.

La parte accionada, inconforme con la decisión impugnó el fallo de primera instancia, mediante escrito presentado el día 28 de junio de 2017, reiterando lo expuesto mediante el informe rendido, al tiempo que agrega, que hubo una indebida valoración jurisprudencial, pues, si bien es cierto y el inciso 2 del artículo 230 de la Constitución Política establece que Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley, la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina, no es menos relevante que las sentencias de unificación en materia de tutela no constituyen criterio auxiliar sino obligatorio.

Fundamentó lo anterior, en argumentos que la Sala transcribe in extenso:

" (SIC).. Visto lo anterior, tenemos entonces que toda sentencia de unificación es marco obligado para analizar una acción de tutela a la cual ella es aplicable, situación que le ha sido advertida incluso al Consejo de Estado frente a la autonomía judicial de que trata el art. 230 C.P. y la atención de la jurisprudencia constitucional; en tal sentido la Corte Constitucional ha sostenido:

"En principio, como la ha sostenido esta Corporación, la interpretación del artículo 230 de la Carta Política, en cuanto consagra el principio de la autonomía judicial, hace inferir que la fuente primaria para la decisión judicial está conformada por las normas que integran bloque de constitucionalidad y las previsiones del derecho ordinario, por lo que la jurisprudencia y la doctrina toman la forma de fuentes auxiliares de la interpretación de tales textos. No obstante, el contenido y alcance del principio mencionado debe comprenderse en armonía con las previsiones contenidas en la misma Carta Política, que adscriben a las altas cortes la función de unificación jurisprudencial dentro de cada una de sus jurisdicciones. Por esta razón, sus precedentes adquieren fuerza vinculante. Además, como va se indicó, el seguimiento de dichas realas jurisprudenciales adquiere especial relevancia al momento de definir la coherencia interna del sistema de justicia, la defensa de la seguridad jurídica y la protección del derecho a la igualdad de quienes concurren a la jurisdicción con la legítima convicción que se conservará la ratio iuris utilizada reiteradamente para la solución de problemas jurídicos anteriores v análogos a los que se presentan nuevamente ante el conocimiento de los jueces." (Auto 208 de 2006, ver también nota) (Negrita y Subrayado fuera de texto.)

Adicionalmente se tiene que en relación a las sentencias de unificación, las mismas constituyen doctrina "obligatoria para los jueces de la República v su desconocimiento significa que su decisión es una vía de hecho"

En razón de los argumentos expuestos, se observa que el fallador incurre en error de interpretación de la jurisprudencia, al no valorar lo señalado por la Corte Constitucional en Sentencia de Unificación SU-446 del 26 de mayo de 2011, mediante la cual se efectuó un pronunciamiento en torno a la relación existente entre la provisión de cargos de carrera mediante concurso de méritos y la protección especial de las personas que ocupan dichos cargos en provisionalidad y se encuentran en circunstancias especiales por tratarse de madres y padres cabeza de familia, prepensionados o personas en situación de discapacidad

" (...) La única limitación que tenía la Fiscalía General de la Nación era reemplazar a estos provisionales con una persona que hubiere ganado el concurso y ocupado un lugar que

³ Folio 148 a 158 C.Ppal.

le permitiera acceder a una de las plazas ofertadas. En este caso, los provisionales no podían alegar vulneración de derecho alguno al ser desvinculados de la entidad toda vez que lo fueron para ser reemplazados por una persona que ganó el concurso. (Subrayado y negrilla nuestro)

(...) En la sentencia C-588 de 2009, se manifestó sobre este punto, así: "... la situación de quienes ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa es objeto de protección constitucional, en el sentido de que, en igualdad de condiciones, pueden participar en los concursos y gozan de estabilidad mientras dura el proceso de selección y hasta el momento en que sean reemplazados por la persona que se haya hecho acreedora a ocupar el cargo en razón de sus méritos previamente evaluados".

10.2. (...)

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

Es claro que los órganos del Estado en sus actuaciones deben cumplir los fines del Estado, uno de ellos, garantizar la efectividad de los derechos consagrados en i a Constitución, entre los cuales la igualdad juega un papel trascendental, en la medida que obliga a las autoridades en un Estado Social de Derecho, a prodigar una protección especial a las personas que, por su condición física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, artículo 13, inciso 3 de la Constitución. Este mandato fue ignorado por la Fiscalía General cuando hizo la provisión de los empleos de carrera y dejó de atender las especiales circunstancias descritas para los tres grupos antes reseñados. (...)

Así mismo, tenemos que la citada sentencia indica que en el evento que un servidor público vinculado provisionalmente no supere el concurso de méritos y se encuentre en situación de debilidad manifiesta, la administración deberá adelantar acciones afirmativas tendientes a hacer efectiva la protección especial de estas personas. Así lo señaló en los siguientes términos:

"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.

(...) Sin embargo, ia 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) tas 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. (Subrayas fuera de texto)

De lo anterior, tenemos que la Corte Constitucional mediante su Sentencia de Unificación SU 446 de 2011 contempla las reglas de aplicación en el evento del retiro del servidor en situación de debilidad manifiesta que ocupa un cargo de carrera para ceder la plaza ante quien ganó el concurso de méritos. Teniendo en cuenta lo expuesto en relación a las sentencias SU y su carácter de obligatoriedad como marco para analizar una acción de tutela, encontramos que las reglas establecidas mediante la sentencia indicada, adquieren carácter vinculante, ya que

son fijadas por autoridad investida de facultades constitucionales de unificación de jurisprudencia, previo proceso interpretativo que busca fijar reglas de origen constitucional, para la solución de casos similares que se someten a decisión. En este orden de ideas, la administración deberá mantener al servidor público en provisionalidad mientras dura el proceso de selección y hasta el momento en que sea reemplazado por quien ganó el concurso de méritos.

Adicional a lo anterior, tenemos la concurrencia de providencia constitucional sobre los criterios y subreglas aplicables en materia de retén social, procedencia del mérito frente a las condiciones de empleados en provisionalidad y retiro de los empleados provisionales en estado de indefensión; las cuales detalla la Subdirección de Talento Humano de PROSPERIDAD SOCIAL en memorando adjunto, el cual procedemos a exponer.

En respuesta al fallo de tutela impugnado, recibimos memorando emitido por la Dra. TAÑIA MARGARITA LÓPEZ LLAMAS en calidad de Subdirectora de Talento Humano de la Entidad, con número de radicado 20176400141453, mediante el cual se manifiesta lo siguiente:

"(...) En atención al oficio de fecha 22 de junio de 2017, suscrito por el Juzgado Cuarto Administrativo Ora! de Sincelejo, recibido en la Subdirección de Talento Humano el día 22 de junio de 2017, de manera atenta me permito remitirle los insumos necesarios para impugnar la decisión notificada, así:

DE LA FUNDAMENTACIÓN FÁCTICA Y JURÍDICA DE LA IMPUGNACIÓN

Se solicita que el superior revise la decisión de primera instancia, ya que el tallador incurre en error de interpretación de la jurisprudencia, al no valorar lo señalado por la Corte Constitucional en Sentencia de Unificación SU-446 del 26 de mayo de 2011, donde se efectuó un pronunciamiento en tomo a la relación existente entre la provisión de cargos de carrera mediante concurso de méritos y la protección especial de las personas que ocupan dichos cargos en provisionalidad y se encuentran en circunstancias especiales por tratarse de madres y padres cabeza de familia, prepensionados o personas en situación de discapacidad.

" (...) La única limitación que tenía la Fiscalía General de la Nación era reemplazar a estos provisionales con una persona que hubiere ganado el concurso y ocupado un lugar que le permitiera acceder a una de las plazas ofertadas. En este caso, los provisionales no podían alegar vulneración de derecho alguno al ser desvinculados de la entidad toda vez que lo fueron para ser reemplazados por una persona que ganó el concurso. (Subrayado y negrilla nuestro) (...) En la sentencia C-588 de 2009, se manifestó sobre este punto, así: "... la situación de quienes ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa es objeto de protección constitucional, en el sentido de que, en igualdad de condiciones, pueden participar en los concursos y gozan de estabilidad mientras dura el proceso de selección y hasta el momento en que sean reemplazados por la persona que se haya hecho acreedora a ocupar el cargo en razón de sus méritos previamente evaluados".

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

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

Es de anotar que en el evento que un servidor público vinculado provisionalmente no supere

el concurso de méritos y se encuentre en situación de debilidad manifiesta, la administración deberá adelantar acciones afirmativas tendientes a hacer efectiva la protección especial de estas personas. Así lo señaló la mencionada SU 446 de 2011, en los siguientes términos:

"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.

(...) 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. (Subrayas fuera de texto)

(...)

Es de anotar que la señora NELLY DEL ROSARIO BERTEL BLANCO solicitó protección especial como prepensionada; para lo cual se le informó mediante oficio No. 20166400607511 del 8 de junio de 2016 que "(...) se informa que con el propósito de procurar la protección de los servidores públicos que se encuentran en las condiciones especiales antes mencionadas, la Subdirección de Talento Humano efectuará una evaluación objetiva de las circunstancias del caso, en la cual se determine si es posible proteger concomitantemente los derechos de la persona vinculada en provisional y del aspirante.

Así las cosas, de conformidad con los lineamientos dispuestos en la Circular No. 016 del 4 de abril de 2016, esta Subdirección acusa recibo de la documentación aportada por usted a efectos de acreditar la condición de persona próxima a cumplir requisitos pensionales e informa que procederá a incluirla en los registros de servidores públicos sujetos de protección especial". No obstante lo anterior, no fue posible brindarle dicha protección, ya que la lista de elegibles de la OPEC 208534, no contenía número menor de aspirantes al de empleos ofertados a proveer.

A pesar de lo anterior, en aplicación a la "protección especial" su cargo fue provisto en última instancia, manteniendo su vinculación durante el año 2016, obligando a la administración que el empleo se provea en el año 2017; lo anterior, ante el agotamiento de los cargos convocados.

Teniendo en cuenta los pronunciamientos jurisprudenciales señalados, era procedente que la Administración analizara dicha situación frente a lo estipulado respecto a la protección de quienes tenían la calidad de pre pensionados, siempre y cuando los cargos ofertados fueran en un número mayor a los aspirantes, porque de lo contrario de conformidad con la jurisprudencia prima el mérito de quienes concursaron para ocupar el cargo.

Así las cosas, en la sentencia SU 446 del 26 de mayo de 2011, en la cual se hace un análisis cuando el servidor público con la condición de pre pensionado que va a ser remplazado por quien ocupó el primer lugar en la lista de elegibles; se reitera que esta condición no le otorga un derecho indefinido a permanecer en un empleo, por lo tanto la administración debe tener en cuenta esta situación para que estos cargos sean convocados al final de estas situaciones.

La decisión del juez de tutela riñe con lo establecido en la Sentencia de Unificación SU-446 de 2011, la cual determina que la administración debe "(...) prever mecanismos para garantizar que las personas en las condiciones antedichas, fueran las últimas en ser desvinculadas (...)" obligando a mantenerlos mientras dura el proceso de selección y hasta el momento en que sean reemplazados por quien ganó el concurso de méritos, y no como lo señala el juez de primera instancia que por su condición especial se otorgue un derecho a

permanecer en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos. En razón a que como se indicó anteriormente, la mencionada sentencia de unificación constitucional adquiere el carácter vinculante para las autoridades, ya que se torna como fuente formal del derecho, así como lo señaló la Sala Plena de la Corte Constitucional, en Sentencia C-634 de 2011.

De acuerdo con todo lo anterior, el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social amparado en la Ley, la jurisprudencia y en aplicación a la protección especial determinada para las personas que presentan debilidad manifiesta⁴, ha desarrollado todas las acciones correspondientes para proteger a los servidores públicos que no superaron el concurso de méritos y que presentan una condición especial. No obstante, al encontrarse en conflicto dos derechos como son la protección a quienes presentan una condición especial frente al mérito privilegiado por el artículo 125 de la Constitución Política, se ha determinado jurisprudencialmente que prima este último, siendo necesario desvincular al servidor público en situación de debilidad manifiesta para que se vincule a quien ocupó el primer lugar en la lista de elegibles.

Por todo lo expuesto, se insiste que el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social se encuentra obligado a mantener vinculados a los servidores públicos que presentan una condición especial y que deben ceder la plaza, mientras dura el proceso de selección y hasta el momento en que sean reemplazados por quien ganó el concurso de méritos, en los términos señalados en la Sentencia de Unificación SU-446 de 2011."

1.5. ACTUACIONES SURTIDAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

El conocimiento de la impugnación contra la sentencia de primera instancia le correspondió a este despacho por reparto de fecha 29 de junio de 2017⁴. Pasó a despacho el 29 de junio de 2017, según nota secretarial obrante a folio 2 del expediente.

Posteriormente, este despacho de manera oficiosa, procedió mediante auto de fecha 21 de julio de 2017 (folio 23), a vincular al señor ENALDO ANÍBAL BOHÓRQUEZ ARRIETA en calidad de tercero con interés en las resultas del proceso, y se le otorgó el término de 48 horas para que si lo consideraba pertinente, se pronunciara sobre los hechos materia de demanda.

El señor ENALDO ANÍBAL BOHÓRQUEZ ARRIETA, se pronunció mediante escrito de fecha 27 de julio de 2017, argumentando que a su favor se predica el derecho al acceso a la función pública en condiciones de igualdad, que por su origen suprallegal debe ser igualmente garantizado por el juez de tutela, de modo que no resulten afectados derechos de la parte actora, pero tampoco del tercero vinculado⁵.

2.1. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

2.2. COMPETENCIA. El Tribunal es competente para conocer de la impugnación interpuesta en la presente Acción Constitucional, según lo establecido por el Decreto

⁴ Folio 1. Cuaderno de segunda instancia.

⁵ Folio 25 a 27 Cuaderno de la impugnación.

Ley 2591 de 1991 en su artículo 32.

2.2. PROBLEMAS JURÍDICOS. Teniendo en cuenta los hechos y las circunstancias descritas en los antecedentes, se contrae a establecer el Tribunal en esta oportunidad, ¿Si en el sub judice se encuentra acreditada la condición de "pre-pensionada" alegada por la parte actora? y de ser afirmativo lo anterior, se debe determinar, ¿si el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, vulneró los derechos fundamentales de la accionante invocados en protección, al retirarla del cargo que ocupaba en provisionalidad como Profesional Especializado, Código 2028, Grado 18 , para proveerlo con quien superó el concurso de méritos adelantado en virtud de la Resolución No. 524 del 13 de agosto de 2014, pese a que se encuentra próxima a pensionarse?

I. GENERALIDADES DE LA ACCIÓN DE TUTELA. ANALISIS DE PROCEDENCIA EXPECIONAL DE LA TUTELA. PREPENSIONADOS, PROVISIONALIDAD Y RETIRO DEL SERVICIO.

La Constitución Política de 1991 en el artículo 86, creó la acción de tutela con el objetivo de proteger *derechos fundamentales* cuando los mismos resultaren *amenazados o vulnerados por acción u omisión* de cualquier autoridad pública y, en casos específicos, por un particular. Dicha protección consistirá en una *orden* para que, aquél respecto de quien se solicita la tutela, *actúe o se abstenga de hacerlo*.

Es necesario para efectos de proteger un derecho y ordenar a una autoridad o a un particular actuar o abstenerse de hacerlo que, previamente exista un derecho fundamental atribuido a quien solicita el amparo y, además, que la entidad demandada, teniendo la obligación de satisfacer el derecho, actúe o se abstenga de hacerlo generando una vulneración o amenaza al mismo.

Lo expuesto, es un presupuesto esencial para la procedencia de la acción de tutela, pues a) si no existe un derecho atribuido al accionante, la entidad accionada no podría atentar contra el mismo; o b) constatándose un derecho en cabeza del demandante, si la entidad accionada no ha efectuado ninguna conducta -acción u omisión- que trasgreda el derecho, no habría así un acto de reproche que obligara al juez ordenar una protección.

En todo caso, no sobra señalar que una vez se verifica la existencia de estos dos presupuestos (atribución de un derecho fundamental al accionante y conducta

vulneradora del mismo por parte del accionado), es deber del juez constitucional analizar si dicha actuación constituyó un atentado contra el referido derecho fundamental, para de este modo sustentar su orden o no de amparo. Así, es necesario para la procedencia de la acción de tutela verificar la existencia de una acción u omisión de las autoridades o de un particular que vulnere o amenace un derecho fundamental y su actualidad e inmediatez.

Ahora bien, respecto a la procedencia de la acción de tutela para debatir casos como el que ocupa la atención de la Sala, existen varios pronunciamientos tanto de la H. Corte Constitucional como del H. Consejo de Estado, donde se ha reiterado, que este mecanismo no procede para atacar actos administrativos de carácter laboral, pues para tal fin el ordenamiento jurídico ha creado acciones ordinarias, que son consideradas como medios idóneos para la protección de los derechos. Es decir, que ante la existencia de otros mecanismos de defensa judicial diferentes a la tutela, esta acción constitucional se torna improcedente, salvo que se instaure como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, se trate de un sujeto de especial protección o la acción ordinaria no sea idónea y eficaz para el amparo de los derechos.

No obstante, también ha señalado la jurisprudencia, que en tratándose del cargo invocado como "estatus de pre pensionado" este, ha sido protegido en varias ocasiones, en ejercicio de la acción de tutela, dada la especial condición de quienes tienen una expectativa legítima de que se les reconozca la pensión de vejez⁶.

Llegando a la conclusión, que para determinados grupos de funcionarios, como discapacitados o **prepensionados**, concurre una relación de dependencia intrínseca entre la permanencia en el empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, particularmente el mínimo vital y la igualdad de oportunidades. De allí que se sostenga por la jurisprudencia que la eficacia de esos derechos depende del reconocimiento de estabilidad laboral en aquellos casos, a través de un ejercicio de ponderación entre tales derechos y los principios que informan la carrera administrativa⁷⁻⁸.

⁶ Sobre el tema ver entre otras sentencias: C-331/00, C-789/02, C-754/04, T-169/03, T-798/06 y T-128/09 Corte Constitucional.

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 186 de 2013.

⁸ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN A. C.P. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ. Sentencia del 3 de noviembre de 2016. Rad. 05001-23-33-000-2016-01944-01(AC). Actor. ELÍAS HOYOS SALAZAR. Accionado. PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

Al respecto, uno de los últimos pronunciamientos de la H. Corte Constitucional (Sentencia T-516 de 2016), relacionados con la protección de personas que ostentan la calidad de prepensionados y la procedencia de protección de sus derechos vía acción de tutela, determinó que:

"Tanto los servidores públicos próximos a pensionarse como cualquier otro servidor público, en principio, no pueden acudir a la acción de tutela para discutir los actos administrativos de desvinculación. Sin embargo, de evidenciarse que con tal decisión la administración genera la ocurrencia de un perjuicio irremediable, se activa la competencia del juez constitucional de manera transitoria. Adicionalmente, procede la acción de tutela como mecanismo definitivo cuando el juez evidencie que el pre pensionado que pretende su estabilidad laboral se encuentra en una precaria situación, generada por el retiro de su lugar de trabajo. Por tanto, es necesario que ese asunto sea tramitado a través de un mecanismo preferente y sumario, pues de someter al actor, en tales condiciones, a un procedimiento que podría durar un tiempo considerable, tornaría ineficaz la protección de los derechos fundamentales invocados por éste, un ejemplo de ello puede advertirse en los eventos en los que el juez de tutela advierta una afectación al mínimo vital del pre pensionado"

En ese orden, la doctrina 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, y de igual forma determina que, la misma regla de procedencia debe ser fijada en los casos de reintegros de funcionarios públicos próximos a pensionarse.

II. LOS CONCURSOS DE MÉRITO, LA CARRERA ADMINISTRATIVA Y LOS CARGOS DE CARRERA

El concurso de mérito, es el mecanismo a través de la cual, la administración pública busca que a los cargos públicos, acceda el personal idóneo, altamente calificado para su desempeño. La H. Corte Constitucional en sentencia T-090 de 2013⁹, los definió de la siguiente manera:

"El concurso público es el mecanismo establecido por la Constitución para que en el marco de una actuación imparcial y objetiva, se tenga en cuenta el mérito como criterio determinante para proveer los distintos cargos en el sector público, a fin de que se evalúen las capacidades, la preparación y las aptitudes generales y específicas de los distintos aspirantes a un cargo, para de esta manera escoger entre ellos al que mejor pueda desempeñarlo, dejando de lado cualquier aspecto de orden subjetivo."

⁹ Magistrado Ponente. Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Los concursos de mérito tienen raigambre constitucional, están previstos en el artículo 125 de la Carta Política:

“ARTICULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción”

Así las cosas, lo que se busca a través de los concursos de mérito, es que se acceda a los cargos públicos por las cualidades o virtudes, por los conocimientos y demás calidades requeridas para el desempeño de un cargo y no por razones como filiación política, familiaridad y otros.

De allí que a través de los concursos de méritos, sean los aspirantes quienes luchan por obtener un cargo, superando una a una las etapas previstas en los mismos para alcanzar un cupo en la lista de elegibles para proveer los cargos vacantes.

Es importante resaltar, que La Corte analizó los propósitos del mérito en la administración pública, así:

“Sobre el particular, la sentencia C-181/10, al recapitular varias decisiones de la Corte acerca del tópico analizado, en particular los fallos C-901/08 y C-588/09, identificó los siguientes propósitos principales del mérito como factor preminente para el acceso al servicio público.

En primer lugar, asegura el cumplimiento de los fines estatales de manera eficiente y eficaz, en concordancia con el artículo 209 C.P. La prestación del servicio público por personas calificadas redundaría en la eficacia y eficiencia en su prestación. De otro lado, el mérito como criterio único de selección dota de imparcialidad a la función pública, impide la reproducción de prácticas clientelistas y sustrae la función pública de los vaivenes partidistas.

En segundo lugar, el mérito como criterio rector del acceso a la función pública garantiza varios derechos fundamentales de los ciudadanos: Permite la materialización del derecho de las personas a elegir y ser elegido, así como el derecho a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos. También asegura el derecho al debido proceso, pues demanda el establecimiento de reglas y criterios de selección objetivos que sean conocidos de antemano por los aspirantes al cargo. La garantía del debido proceso, a su vez, se relaciona directamente con el respeto de la buena fe y la confianza legítima en el cumplimiento de las reglas del proceso de selección. Adicionalmente, este principio protege el derecho al trabajo, ya que si el mérito es el criterio determinante de la promoción y la permanencia en el empleo, únicamente la falta de ese mérito puede ser causal de remoción. En este sentido se debe recordar

que los servidores públicos como trabajadores son titulares de derechos subjetivos, como el derecho a la estabilidad y a la promoción en el empleo.

En tercer lugar, la selección con fundamento en el mérito promueve la igualdad de trato y de oportunidades, pues, de un lado, permite que cualquier persona calificada para el cargo pueda participar en el respectivo concurso y, de otro, proscribire la concesión de tratos diferenciados injustificados. Este propósito se materializa, por ejemplo, en la exigencia de llevar a cabo procesos de selección basados exclusivamente en criterios objetivos.¹⁰

También es importante traer al análisis, que la carrera administrativa ha sido definida dentro del marco normativo de la Ley 909 de 2004 de la siguiente forma:

“ARTÍCULO 27. CARRERA ADMINISTRATIVA. La carrera administrativa es un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer; estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. Para alcanzar este objetivo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna”

A su vez la doctrina se ha encargado de definirla como *"una institución jurídica, que tiene por objeto la eficiencia de la administración, el buen servicio a la sociedad y la profesionalización o estabilidad de los empleados públicos, mediante un sistema de administración de personal que regula deberes y derechos tanto de la administración como del empleado, de tal forma que el ingreso y los ascensos están determinados exclusivamente por la capacidad o mérito demostrables por concurso."*¹¹

En lo referente al tema, la H. Corte Constitucional¹² expuso, que la finalidad de la carrera administrativa descansa sobre unos fines puntuales, como; i) la realización de los principios de eficiencia y eficacia para el desarrollo de la función pública; ii) la realización del principio de igualdad entre los ciudadanos que aspiran a acceder al ejercicio de un cargo o función pública; iii) la dotación de una planta de personal capacitado e idónea que preste sus servicios conforme lo requiera el interés general; y iv) la estabilidad laboral de sus servidores, a partir de la obtención de resultados positivos en la cumplida ejecución de esos fines. Lo anterior es consecuencia del cumplimiento eficaz de los fines trazados dentro del Estado social derecho que propende por el desarrollo adecuado de los principios legales y constitucionales creados en torno a los derechos y deberes de la administración y de los administrados¹³.

¹⁰ Ibídem pie de página 6.

¹¹ VILLEGAS ARBELÁEZ, Jairo. Derecho Laboral Administrativo, 2008, Tomo 1, Pág. 291.

¹² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-901 de 2008.M.P. MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.

¹³ Reitera la CORTE CONSTITUCIONAL sobre el tema de la carrera administrativa como mecanismo general y preferente para el acceso al servicio público: "El artículo 125 de la Constitución establece a la carrera administrativa basada en la evaluación del mérito, a través de concurso público, como el mecanismo general y preferente para el ingreso de los ciudadanos al servicio público. En efecto, la norma constitucional prescribe distintas reglas que corroboran esta conclusión. Así, indica que (i) los empleos en los órganos y entidades del

La norma constitucional contenida en el artículo 125, a que se viene haciendo referencia, fue desarrollada por el legislador por intermedio de la Ley 909 de 2004 *"Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones"*, la cual en su artículo 5, erigió:

"ARTÍCULO 5º. CLASIFICACIÓN DE LOS EMPLEOS. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de:

..."

Sobre el tema de la carrera administrativa como mecanismo general para acceder al empleo público y la reserva legal para establecer las excepciones a dicho régimen, considera menester esta Colegiatura, citar un aparte de la Sentencia C- 306 de 1995¹⁴ en la cual la H. CORTE CONSTITUCIONAL, enseñó:

"El propósito de instaurar un sistema efectivo para el cumplimiento de la función pública al servicio de los intereses generales cuyo manejo está a cargo de las Ramas del Poder Público, quedó plasmado en la Constitución Política de 1991, al consagrar la carrera administrativa como un instrumento que responda a criterios que garanticen el verdadero desarrollo de los objetivos y programas de la organización del Estado sin que sea la filiación política o las recomendaciones partidistas, lo que pueda determinar el nombramiento de un servidor público para un empleo de carrera, su ascenso o su remoción.

En virtud de dicha consagración y para garantizar la estabilidad en el empleo en los órganos y entidades del Estado, con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad y honestidad en que debe desarrollarse la función administrativa, se estableció en la Carta Fundamental que el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo el cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley, a fin de determinar los méritos y calidades de los candidatos, sin que puedan tenerse en cuenta para los efectos del acceso a la función pública, su promoción o su retiro, móviles de carácter político que perturban la acción del Estado en el adecuado cumplimiento de sus fines.

El artículo 125 de la Constitución Política prescribe que: "los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera" y en consecuencia, "Los funcionarios cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público". Acorde con el sistema de carrera y con el mérito que le es consustancial también determina el precepto que "El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de

Estado son de carrera; (ii) se exceptúan de ello los cargos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley; (iii) para el caso de los cargos en que ni la Constitución ni la ley haya fijado el sistema de nombramiento, este se realizará mediante concurso público; (iv) el ingreso y ascenso en los cargos de carrera, se harán previo cumplimiento de los requisitos que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes; y (v) en ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento, ascenso o remoción en un empleo de carrera." Sentencia C-553 de 2010. Magistrado Ponente: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

¹⁴ REF: EXPEDIENTE No. D – 757 Demanda de inconstitucionalidad contra los numerales 1o., 2o., 3o., 4o., 5o., 7o., y 8o. del artículo 4o. de la Ley 27 de 1992, "por la cual se desarrolla el artículo 125 de la Constitución Política, se expiden normas sobre administración de personal al servicio del Estado, se otorgan unas facultades y se dictan otras disposiciones". MATERIA: De los empleos de carrera y de libre nombramiento y remoción en el nivel territorial. ACTOR: LUIS ALBERTO SEPULVEDA VILLAMIZAR MAGISTRADO PONENTE: DR. HERNANDO HERRERA VERGARA. Santa Fe de Bogotá D.C., Julio trece (13) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

los aspirantes", además, la permanencia en el servicio está sujeta a la calificación satisfactoria en el desempeño del empleo y de la disciplina, sin perjuicio de otras causales de retiro previstas en la Constitución o en la ley; adicionalmente, y conforme a lo expresado en el artículo 125 de la Carta señala que "En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción"

En lo que atañe a las excepciones a la regla general que, como se ha visto, está constituida por el sistema de carrera, la norma superior excluye los empleos "de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley".

En el último de los eventos se advierte la consagración de una causal exceptiva abierta que otorga al legislador la competencia para determinar cuáles empleos, además de los previstos en la propia Constitución Política, se rigen por un sistema distinto al de carrera administrativa.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido enfática al señalar que el desarrollo de esa competencia que el artículo 125 superior otorga "un carácter restrictivo para que no vaya por esta vía a desaparecer, mediante una interpretación contraria, la regla general dispuesta por el Constituyente, a través de disposiciones expedidas por el legislador" (Sentencia No. C-356 de 1994 MP.: Dr. Fabio Morón Díaz).

Así mismo, en la sentencia No. C-195 de 1994 emanada de la Sala Plena de esta Corporación, se expuso sobre el particular:

"Encuentra la Corte que a la luz de la Constitución se pueden establecer unas excepciones al principio general de la carrera administrativa, pero siempre conservando la prioridad del sistema de carrera, connatural con los principios no sólo de eficacia y eficiencia y estabilidad administrativas, sino con la justicia misma de la función pública, que no es compatible con la improvisación e inestabilidad de quienes laboran para el Estado, y por el contrario establece el principio del merecimiento, como determinante del ingreso, permanencia, promoción y retiro del cargo."

Ahora bien, teniendo en cuenta lo anterior, y en lo que respecta al tema de la provisionalidad en el ejercicio de la función pública, considera esta Colegiatura pertinente traer a colación el marco normativo referente a los nombramientos en provisionalidad:

La Ley 909 de 2004 consagra que el derecho preferencial de los empleados de carrera obedece a las aptitudes y habilidades de desempeño, a no haber sido sancionado en el último año y a la evaluación de desempeño sobresaliente que genere, es aquí entonces donde toma vital importancia los postulados del mérito, de las calidades personales y de la capacidad profesional, elementos sustantivos de los procesos de selección del personal que integra la función pública".

En esa óptica, La Ley 909 de 2004 consagra que el derecho preferencial de los empleados de carrera obedece a las aptitudes y habilidades de desempeño, a no haber sido sancionado en el último año y a la evaluación de desempeño sobresaliente que genere, es aquí entonces donde toma vital importancia los postulados del mérito, de las calidades personales y de la capacidad profesional, elementos sustantivos de los procesos de selección del personal que integra la función pública.

Así las cosas, para ese Tribunal, el mérito es la base fundamental de la administración pública y en palabras esa H. Corporación *"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”

De allí que podamos concluir que conforme a la jurisprudencia constitucional, quien accede por mérito a un cargo en una entidad estatal, garantiza que su ingreso sea preferente y le dé estabilidad laboral y que pueda exigirlo frente a quien lo detenta en provisionalidad.

Sin embargo, existen ciertas circunstancias que deben ser analizadas por la administración para la provisión de cargos en propiedad, y ello es lo referente a los prepensionados, pues estos gozan de un “fuero” –por así decirlo- que ha sido estudiado tanto por la H. Corte Constitucional, como por el H. Consejo de Estado, como pasará a exponerse.

III. EL RETÉN SOCIAL Y LA POSICIÓN ACTUAL DE LA JURISPRUDENCIA FRENTE AL CASO DE LOS PREPENSIONADOS QUE OCUPAN CARGOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA.

Sea lo primero advertir en este punto, que la H. Corte Constitucional¹⁵ ha hecho distinción en lo que conocemos como reten social y La estabilidad laboral reforzada para las personas próximas a pensionarse, señalando sobre el particular que:

“El retén social en el caso de los prepensionados, es un régimen de protección diseñado por el legislador, cuyo fin es proteger, en los procesos de renovación o modernización de la Administración Pública – fusión, reestructuración o liquidación –, así como en los procesos de reforma institucional, a los servidores públicos próximos a pensionarse – a las personas que desde el momento en el que se determine la real y efectiva supresión del cargo les falte no más de tres años para cumplir las exigencias requeridas y así consolidar su derecho pensional. Cuando se cumplen tales supuestos no podrán ser desvinculados, salvo que medie una justa causa para su desvinculación. Pero, de advertirse que la razón por la que fueron apartados del cargo, atañe a aquello que justifica esta protección laboral reforzada, tales funcionarios deberán ser reintegrados a su cargo o continuar el pago de los aportes al correspondiente fondo de pensiones hasta el momento en que se reconozca la pensión vejez, o se dé el último acto de liquidación de la entidad, lo que ocurra primero.

La estabilidad laboral reforzada para las personas próximas a pensionarse es un mecanismo de origen constitucional, distinto del retén social que garantiza la protección de los derechos fundamentales de aquellos funcionarios nombrados en propiedad o provisionalidad, que fueron desvinculados de su lugar de trabajo faltándoles 3 años o menos para cumplir los requisitos, edad y tiempo de servicio o semanas cotizadas, para adquirir el derecho pensional y sin que existiese justa causa que amerite tal desvinculación. En este orden de ideas, procede la protección del mínimo vital, a través del reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada para las personas próximas

¹⁵ Sentencia T-595 del 31 de octubre de 2016. M.P. ALEJANDRO LINARES CANTILLO.

a pensionarse, a fin de que sean reingresados a su ocupación hasta que se les reconozca y pague su mesada pensional. Contrario a ello, quien solo cumpla con uno de los requisitos en ese lapso de tiempo no podrá ser considerado como pre pensionado. En todo caso, el examen en sede de tutela de estas hipótesis exige un estricto examen de subsidiariedad" (Destacado de la Sala).

Así las cosas, podemos decir que, el retén social es un mecanismo legal con el cual se busca salvaguardar, proteger, a ciertos grupos vulnerables como lo son las madres o padres cabeza de familia, personas con limitaciones físicas y a las personas próximas a obtener su derecho pensional, cuando se adelantan procesos de renovación al interior de las entidades estatales. La Corte Constitucional en sentencia C-795 de 2009, adujo que el retén social es una forma de "protección reforzada" con la cual se perseguía:

"(...) que en los procesos de reforma institucional, se otorgara una protección más intensa que a los demás servidores públicos, en materia permanencia y estabilidad en el empleo a las madres cabeza de familia sin alternativa económica, a las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y a los servidores que al momento de la liquidación estuviesen próximos a obtener su pensión de jubilación o de vejez. De no contarse con tal protección, en virtud de la fusión, reestructuración o liquidación de las entidades públicas objeto del programa de renovación referido, esas personas quedarían desprotegidas y cesantes laboralmente, al igual que sus hijos menores o aquellas personas que dependieran económica o afectivamente de ellas¹⁶"

En esa misma sentencia determinó quien obtenía la condición de pre pensionado¹⁷, señalando este, como 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,

¹⁶ Magistrado Ponente. Dr. LUÍS ERNESTO VARGAS SILVA.

¹⁷ La H. Corte Constitucional se ha encargado de unificar criterios respecto al fundamento jurídico de la condición de "prepensionado", indicando que, *"La profunda significación de la categoría de las personas próximas a pensionarse o prepensionados surge de dos ejes funcionales dentro del Estado colombiano, que no son otros que el papel protagónico asignado al jefe del ejecutivo en la determinación de la estructura de la administración –artículo 189, numeral 15-, que le otorga amplias posibilidades en el diseño de los distintos sectores que la conforman; y el carácter social del Estado colombiano –artículo 1 de la Constitución-, que obliga a que todas las funciones ejercidas por los entes públicos tengan como fundamento y límite el principio de protección social que debe inspirar toda decisión tomada por las instituciones al interior del Estado. Esto origina que programas como la renovación de la administración pública tengan el imperativo jurídico de coherencia y armonía con el principio de Estado social al momento de diseñarse y deban, a su vez, involucrar contenidos sociales en los proyectos a través de los cuales se concretan. (...) De esta forma, a la par de la reducción del Estado para efectos de su funcionamiento con mayor eficacia y eficiencia, el PRAP debe prestar atención al impacto social que la implementación de estas medidas tenga y, cómo no, prever soluciones conducentes a la realización de contenidos sociales que respondan a exigencias de ética pública en un Estado que, de acuerdo al artículo primero de su Constitución, se define como social (...). En este sentido, normas derivadas de disposiciones como el principio de igualdad -artículo 13 de la Constitución- juegan un papel determinante al momento de establecer los lineamientos de política pública que desarrolle el Estado, pues en ellas reside la legitimidad de que el ordenamiento jurídico prevea un tratamiento especial para determinados sectores de la población que se encuentran en situaciones que ameriten dicha consideración especial. Así mismo, resultan fuente directa de la protección social prevista para las personas próximas a pensionarse el artículo 48 de la Constitución, que consagra la seguridad social como un derecho irrenunciable; y el artículo 53 del texto constitucional que establece como parámetros de la legislación laboral la igualdad de oportunidades de los trabajadores y la estabilidad en el empleo. Estos mandatos con estructura principal son referencia obligatoria al momento de afectar de forma general condiciones de seguridad social y, también, expectativas que gocen y tengan trabajadores vinculados a la administración, especialmente cuando éstos se encuentran próximos a pensionarse". Sentencia SU-897 de 2012. M.P. ALEXEI JULIO ESTRADA.*

término que debe contabilizarse a partir de la fecha en que se declara la reestructuración de la entidad de la administración pública, extendiéndose la protección hasta cuando se reconozca la pensión de jubilación o vejez o se dé el último acto de liquidación de la entidad, lo que ocurra primero.

A su turno, la Ley 790 de 2002¹⁸, dispuso:

"ARTÍCULO 12. 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 madres cabeza de familia sin alternativa económica, 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".

ARTÍCULO 13. APLICACIÓN EN EL TIEMPO. Las disposiciones de este Capítulo se aplicarán a los servidores públicos retirados del servicio a partir del 1o. de septiembre del año 2002, dentro del Programa de Renovación de la Administración Pública del orden nacional."

Frente al retén social, el H. Consejo de Estado¹⁹ ha sostenido lo siguiente:

"El Gobierno Nacional en aras de garantizar los fines esenciales del Estado y cumplir cabalmente los principios que gobiernan la función pública, emprendió un proceso de modernización de las entidades que integran la Rama Ejecutiva del poder público mediante la Ley 790 de 2002, para lo cual ordenó la liquidación de algunos entes nacionales y la fusión de otros, originando una reestructuración en sus plantas de personal y la terminación del vínculo laboral de algunos servidores con la finalidad de garantizar estabilidad financiera.

Con la finalidad de proteger a los funcionarios que podrían ver afectados sus derechos fundamentales por la reestructuración de las entidades públicas, el legislador creó un mecanismo de protección a su favor denominado retén social, en virtud del cual los servidores que se encontraban en determinadas situaciones que ameritaran un trato especial dada su condición de debilidad manifiesta, no podían ser retirados del servicio ya que eran titulares de una protección especial reforzada, es decir, de una protección de mayor intensidad que brinda el ordenamiento jurídico a los demás funcionarios públicos que se encuentran en una condición de vulnerabilidad. (...) De haber omitido el legislador consagrar el retén social, los funcionarios de las entidades públicas reestructuradas se verían cesantes laboralmente y por ende desprotegidos, siendo vulnerados los principios constitucionales establecidos en los artículos 13, 42, 43 y 44.

(...) Ahora bien, el Alto Tribunal Constitucional ha sostenido que la protección especial reforzada no es absoluta, puesto que los servidores que sean beneficiarios de ella pueden ser retirados del servicio cuando medie una justa causa siempre que garantice el debido proceso del funcionario²⁰"

Ahora bien, como se dijo en líneas anteriores, son sendas sentencias las que se han encargo de definir una postura de protección constitucional a los funcionarios

¹⁸ "Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República".

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN SEGUNDA- SUBSECCIÓN "B"- Consejera Ponente: BERTHA LUCIA RAMÍREZ DE PÁEZ- Radicación Número: 73001-23-31-000-2011-00752-01(1928-13)- Actor: Jairo Hernando Gutiérrez García- Demandado: Procuraduría General de la Nación- Bogotá D.C., 24 de octubre de 2013

²⁰ *Ibidem* pie de página. 16.

públicos próximos a pensionarse, sin dejar de lado la protección a los derechos de carrera, pues bien, el H. Consejo de Estado y la H. Corte Constitucional han acogido una postura importante en relación con los derechos de los prepensionados frente a los derechos de quien ganó el concurso de méritos y aspira a ingresar a la carrera.

La Corte Constitucional, califica a los prepensionados como sujetos de especial protección constitucional, pues a juicio de esa Corporación, existe una íntima relación entre su estabilidad en el trabajo y la garantía de su derecho al mínimo vital.

Es por ello, que la Corte señala que el juez de tutela debe realizar un juicio de ponderación entre los derechos de quien accede por mérito a un cargo público de los derechos de quienes están próximos a recibir su pensión por vejez.

En la sentencia T-186 de 2013, que ya fuera citada por esta Sala, la Corte Constitucional realiza la distinción entre la protección prodigada por el retén social y los prepensionados, así:

"(...) Por ende, la Corte desestima lo expresado por los jueces de instancia, en el sentido de confundir la estabilidad laboral reforzada de los prepensionados con la figura del retén social, para concluir erróneamente que la mencionada estabilidad solo es aplicable en los casos que el retiro del cargo se sustenta en su supresión ante la liquidación de la entidad y en el marco de los procesos de restructuración de la Administración Pública.

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

Allí mismo, analiza la situación de los derechos de los prepensionados frente a los derechos de quien ganó el concurso de méritos y aspira a ingresar a la carrera:

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

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

“Al dar cumplimiento a sus deberes constitucionales, legales y reglamentarios, los servidores públicos siempre deben tener presentes los principios, valores, finalidades estatales y derechos humanos consagrados en la Carta Política, procurando adoptar decisiones y cumplir sus funciones de manera tal que se maximice en cada situación concreta el imperio y la vigencia de la Constitución, y se minimicen los impactos negativos sobre los derechos fundamentales. En este preciso sentido, en la sentencia T-715/9910 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.

La interpretación razonable de las normas sobre carrera administrativa, de acuerdo con el precedente expuesto, se funda en la evaluación de las diversas alternativas

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

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

La tesis constitucional ha avanzado considerablemente, al punto de que actualmente se explica, que la condición de pre pensionado, como sujeto de especial protección, no necesita que la persona que alega pertenecer a dicho grupo poblacional se encuentre en el supuesto de hecho propio de la liquidación de una entidad estatal y cubija incluso a los trabajadores del sector privado que se encuentren próximos a cumplir los requisitos para acceder a una pensión por lo que puede decirse que tiene la condición de prepensionable toda persona con contrato de trabajo que 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.

En ese orden, ha dicho la máxima Autoridad de la Jurisdicción Constitucional:

"Con todo, la protección de este grupo poblacional ha trascendido la órbita de la reestructuración estatal abarcando las diferentes situaciones en las que estas personas son desvinculadas del servicio generándose una afectación de sus derechos fundamentales. Son diferentes las sentencias que se han ocupado del alcance de esta protección por fuera del contexto de la renovación de la administración pública, pero resulta particularmente diáfana la distinción realizada por la Corte en la sentencia T-326 de 2014, en donde se precisó lo siguiente:

"El fundamento del reconocimiento de la estabilidad laboral de los prepensionados no se circunscribe al retén social, sino que deriva de mandatos especiales de protección contenidos en la Constitución Política y del principio de igualdad material que ordena dar un trato especial a grupos vulnerables. Esto debido a que dicha estabilidad opera como instrumento para la satisfacción de los derechos fundamentales de estos grupos poblacionales, que se verían gravemente interferidos por el retiro del empleo público. Por ende, no debe confundirse la estabilidad laboral de los prepensionados con la figura del retén social, para concluir erróneamente que la mencionada estabilidad solo es aplicable en el marco del Programa de Renovación de la Administración Pública"²¹⁻²². (Negrillas fuera del texto).

²¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-357 de 2016. M.P. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO.

²² Reiteración jurisprudencial. Sentencia T-595 de 2016. Ídem pie de página. 14.

A su turno el H. Consejo de Estado en sentencias actuales se ha ocupado de estudiar el tema de la estabilidad laboral reforzada de personas próximas a pensionarse que ocupan cargos en provisionalidad sometidos a concurso público de méritos, fundamentándose en las posturas de la jurisprudencia constitucional. Al respecto la Sala cita algunas de ellas:

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

De esta forma, ha sostenido que **cuando el cargo ocupado por una persona próxima a pensionarse es ofertado en un concurso de méritos entran en tensión los derechos del aspirante que superó el concurso para acceder al cargo y la protección de los derechos del pre pensionado, sin que sea posible resolverse únicamente a favor de alguno, sino que debe realizarse una ponderación de los derechos que no afecte el núcleo esencial de ninguno de los dos, de manera que debe realizarse un examen objetivo de las circunstancias del caso y cuando no se haya provisto todos los cargos por el concurso debe adoptarse la acción razonable para la protección correlativa de los derechos²³”.**

Igualmente y por su importancia, se transcribe la siguiente:

Ahora bien, la Corte Constitucional ha indicado que si la persona que está en provisionalidad tiene especial protección constitucional (madres o padres cabeza de familia, personas próximas a pensionarse o con discapacidad) la garantía de sus derechos fundamentales, especialmente el mínimo vital y la igualdad de oportunidades, dependen del reconocimiento de la estabilidad laboral, el cual debe darse luego de una ponderación entre esos derechos y los principios de la carrera administrativa.

Lo anterior no implica que los sujetos de especial protección puedan permanecer de forma indefinida en el cargo, pues ello implicaría un desconocimiento de los derechos de quienes participaron en el concurso y quedaron en la lista de elegibles, sino que se deben adoptarse acciones afirmativas que permitan garantizar sus derechos.

Mediante la sentencia SU-446 del 2011, el máximo tribunal constitucional trató detalladamente la situación de las personas que están en circunstancias como las antes señaladas y ocupan cargos de carrera en provisionalidad. Al respecto, sostuvo:

“[...] 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

²³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA. SUBSECCION A. sentencia del 20 de abril de 2017. C.P. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS. ACTOR. INGRID POLANIA CHAUX. Accionado. PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

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 [...]"

Posteriormente, la Corte Constitucional comenzó a aplicar criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Para ello ha sostenido que cuando el cargo ocupado por una persona próxima a pensionarse es ofertado en un concurso de méritos entran en tensión los derechos del aspirante que superó el concurso para acceder al cargo y la protección de los derechos del pre pensionado, sin que sea posible resolverse únicamente a favor de alguno, sino que debe realizarse una ponderación de los derechos que no afecte el núcleo esencial de ninguno de los dos.

Para el efecto, ha considerado que las autoridades deben interpretar las normas de forma razonable, proporcionada y compatible con los derechos de los involucrados, pues no pueden aplicarse de forma independiente la normativa sobre carrera administrativa. Así mismo, deben realizar un examen objetivo de las circunstancias del caso. En los eventos en que pueda garantizarse los derechos de carrera y de estabilidad laboral la autoridad está obligada a hacerlo. Así cuando no se haya provisto todos los cargos por el concurso debe adoptar la acción razonable para la protección correlativa de los derechos.

Por último, es importante precisar que el máximo tribunal constitucional ha reiterado que no se debe confundir la figura del retén social con la condición de pre pensionado ostentada por un trabajador; mientras la primera se creó mediante la Ley 790 de 2002 para evitar la desvinculación de las personas que estuvieran cercanas a adquirir el estatus pensional cuando se adelantara el programa de renovación pública de la Rama Ejecutiva del poder público, la segunda se deriva de los mandatos constitucionales de protección a grupos vulnerables.

Por lo tanto, no puede concluirse que la estabilidad de aquellos cerca a pensionarse se limita a los eventos de renovación pública. Sobre el particular aquel ha sostenido que el retén social es apenas uno de los mecanismos de protección de las personas próximas a obtener la pensión²⁴⁻²⁵".

Con el anterior marco normativo y jurisprudencial, se analizará el caso concreto.

IV. EL CASO CONCRETO.

La señora Nelly del Rosario Bertel Blanco, solicita que se le amparen sus derechos fundamentales al trabajo, mínimo vital, vida digna, seguridad social y estabilidad

²⁴ CONSEJO DE ESTADO.SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN A. sentencia del 5 de abril de 2017. C.P. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ. Actor. MARGARITA SILVA HIDALGO. Accionado. CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA SALA ADMINISTRATIVA, CONSEJO SECCIONAL DE RISARALDA Y OTROS.

²⁵ Reiteración jurisprudencial. Sentencia del 24 de noviembre de 2016. C.P. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. Sentencia del 8 de septiembre de 2016. C.P. ORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ. Sentencia del 14 de julio de 2016. C.P. ABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ.

reforzada y como consecuencia de esto, se ordene el reintegro al cargo que venía desempeñando hasta por el término de 3 años, a efectos de obtener el cumplimiento de los requisitos de su pensión de vejez, en los términos de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003.

Dicho cargo es el de Profesional Especializado, Código 2028, Grado 18, perteneciente a la Planta de Personal Global del DPS, el cual es ocupado por el señor ENALDO ANÍBAL BOHÓRQUEZ ARRIETA en periodo de prueba, quien superó el concurso de méritos convocado mediante la Resolución No. 524 del 13 de agosto de 2014.

Para sustentar sus pretensiones se allego al plenario la siguiente documental²⁶:

- Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Nelly del Rosario Bertel Blanco.
- Oficio de 3 de junio de 2016, por medio del cual la actora remite documentos a la oficina de talento humano del DPS, con el fin de demostrar su condición de pre pensionada.
- Copia de la historia laboral de la tutelante.
- Copia de la Circular 16, de 4 de abril de 2016.
- Certificado de tiempo de servicio y funciones de la tutelante, expedido por el Departamento Administrativo Para la Prosperidad Social.
- Oficio de 16 de junio de 2016, expedido por el Departamento Administrativo Para la Prosperidad Social.
- Copia de la comunicación de la Resolución N° 00880 de 30 de marzo de 2017.
- Copia de la Resolución N° 00880 de 30 de marzo de 2017, por medio del cual se efectúa un nombramiento en periodo de prueba y se da por terminado un nombramiento en provisionalidad.
- Copia del oficio de 25 de septiembre de 2014, mediante el cual se establece el cálculo pensional de la señora Nelly del Rosario Bertel Blanco, suscrito por la Sociedad Administradora de Pensiones Porvenir.

²⁶ Folio 29 a 80 C.Ppal.

- Extracto de cuenta de ahorro actualizado de la señora Nelly del Rosario Bertel Blanco, expedido por Porvenir.
- Certificación laboral, expedida por la Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, donde certifica que la señora Nelly del Rosario Bertel Blanco, prestó sus servicios en dicha entidad desde el 16 de agosto de 1991 hasta el 17 de febrero de 1995.
- Certificación de periodos de vinculación laboral, para bonos pensionales y pensiones, certificación de salarios mes a mes y certificación de salario base para calcular bonos pensionales de las personas incorporadas al sistema general de pensiones.
- Historia laboral consolidada de la señora Nelly del Rosario Bertel Blanco.
- Bonos pensionales.
- Historia laboral consolidada régimen de ahorro individual.
- Reporte de semanas cotizadas en pensión, periodo 1967 al 21 de abril de 2017.

De los documentos en mención se pudo constatar que la señora Nelly del Rosario Bertel Blanco, tiene 55 años de edad y ocupaba en provisionalidad el cargo de Profesional Especializado, Código 2028, Grado 18, perteneciente a la Planta de Personal Global del DPS y que hasta la actualidad ha cotizado 1,036 semanas en pensión.

Se demostró que el señor ENALDO ANÍBAL BOHÓRQUEZ ARRIETA se inscribió y superó todas las etapas del concurso de mérito que convocó la Comisión Nacional del Servicio Civil, y el DPS y fue nombrado en periodo de prueba en el cargo de Profesional Especializado, Código 2028, Grado 18, el cual ocupaba la accionante en provisionalidad.

Adicionalmente, se acreditó que la accionante presentó petición solicitando que se le reconociera su condición de pre pensionada, por faltarle dos meses para adquirir su derecho pensional, la cual fue atendida por Oficina de Talento Humano del DPS, informando una valoración previa de su condición y la posibilidad de proteger

concomitantemente los derechos de la persona vinculada en provisionalidad y del aspirante (folio 46 a 48).

De los hechos probados, tenemos que la señora Bertel Blanco se encuentra según su exposición, próxima a reunir los requisitos para acceder a su pensión por vejez, lo que la convierte en un sujeto de especial protección constitucional, por gozar de la estabilidad laboral reforzada que le da su condición de pre pensionada y no por aplicación del “retén social”, como equivocadamente lo arguye la accionante.

Esa condición especial de estar cercana a adquirir su derecho a la pensión, obligaba a que el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, estudiara con detenimiento la opción de beneficiaria de un trato especial por su condición de pre pensionada. Prodigarle su protección buscando ampararla hasta tanto adquiriera el estatus, pero ello no fue así, habida cuenta que solo se limitó a informar que evaluaría las circunstancias del caso, sin materializar hasta el momento ninguna acción afirmativa²⁷ al respecto. Simplemente dejó por fuera del cargo a la

²⁷ Las acciones afirmativas son medidas adoptadas con el objeto o tendientes a garantizar la igualdad real y efectiva a los grupos discriminados o marginados o en debilidad manifiesta. La H. Corte Constitucional en Sentencia C- 293 de 2010, señaló: “La acción afirmativa es un concepto acuñado por el sistema jurídico de los Estados Unidos durante la segunda mitad del siglo pasado con el propósito de promover medidas encaminadas a superar la discriminación y los prejuicios que, más de cien años después de la abolición de la esclavitud, existían aún en contra de la población negra, y comprende medidas de carácter legislativo, ejecutivo, e incluso decisiones judiciales[7]. Poco tiempo después este concepto fue acogido en Europa[8], en donde tuvo gran desarrollo, especialmente frente a la situación de las mujeres, y su entonces incipiente incursión en varios espacios hasta poco antes reservados a los hombres, entre ellos el ámbito profesional y laboral y el de la participación política.

La doctrina y la jurisprudencia de esos países han reconocido varios tipos de acción afirmativa, destacándose entre ellas las acciones de promoción o facilitación, y las llamadas acciones de discriminación positiva, que si bien en algunos casos se confunden con el concepto mismo de acción afirmativa, son en realidad una especie de esta última. Las acciones de discriminación positiva tienen lugar en un contexto de distribución y provisión de bienes públicos escasos, tales como puestos de trabajo, cargos públicos de alto nivel, cupos educativos o incluso, selección de contratistas del Estado. En todos los casos la implementación de una acción afirmativa conlleva costos o cargas, que deben ser razonables, y que frecuentemente se diseminan y son asumidos por la sociedad como conjunto. Sin embargo, debe resaltarse que en el caso de las acciones de discriminación positiva, la carga puede recaer de manera exclusiva sobre personas determinadas”

De igual forma, en sentencia SU – 388 de 2005, el Tribunal Constitucional, sobre su naturaleza y finalidad, manifestó: “Las acciones afirmativas nacen en el derecho norteamericano con la Ley Nacional de Relaciones Laborales de 1935, según la cual, si un empresario discriminaba a un sindicato o miembro de aquel, debía suspender su actuación y adoptar “acciones afirmativas” para ubicar a las víctimas en el lugar que estarían si no hubieran sido discriminadas. No obstante, el desarrollo posterior vendría dado para superar los históricos problemas de segregación racial en la sociedad norteamericana. Sus orígenes remotos también se encuentran en la Constitución de la República India (1950), que hizo referencia expresa a la posibilidad de reservar un porcentaje de puestos en la administración pública a miembros de la casta que había sufrido mayor discriminación histórica, como una forma de compensar su injusta exclusión. Y años más tarde fueron desarrolladas en Europa occidental especialmente con el proceso de integración europea, tanto en el nivel normativo como en las decisiones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, casi siempre con el objetivo de poner fin a la discriminación contra la mujer en el ámbito laboral.

accionante, sin estudiar para adoptar medidas positivas para su ubicación en las vacantes existentes, si a ello hubiere lugar, circunstancia que le permite a este Tribunal bajo las premisas creadas por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, afirmar sin asomo de dudas, que existe una vulneración a sus derechos fundamentales al trabajo y a la estabilidad laboral reforzada.

Lo anterior, da lugar a prodigar la protección constitucional deprecada por la accionante, pues es palmaria la vulneración a su condición de pre pensionada y la estabilidad laboral reforzada de que goza, conforme a la doctrina constitucional.

Sin embargo y con fundamento también en la actual posición jurisprudencial del Máximo Órgano de lo Constitucional, esta Corporación no puede pasar por alto, los derechos que le asisten al señor ENALDO ANÍBAL BOHÓRQUEZ ARRIETA a ocupar el cargo de Profesional Especializado, Código 2028, Grado 18, pues superó todas y cada una de las etapas del concurso de mérito que adelantó el DPS y ganó a pulso, su lugar en la lista de elegibles, tal como acertadamente lo expuso el *A quo* en sentencia que se impugna.

El mérito no puede ser desconocido, hacerlo también constituye una afrenta a la Constitución y desdibujaría por completo los principios de buena fe y confianza legítima, así como los derechos de acceso a los cargos públicos, a elegir y ser elegido y al debido proceso tal y como se indicó párrafos atrás. De allí que la protección constitucional que se prodiga a la señora Nelly del Rosario Bertel Blanco, no puede afectar en forma alguna, los derechos fundamentales del señor Bohórquez Arrieta.

Así pues, las acciones afirmativas surgieron históricamente con una doble finalidad: (i) para compensar a ciertos grupos discriminados a lo largo de la historia y (ii) para nivelar las condiciones de quienes, por haber sido discriminados, se vieron impedidos de disfrutar sus derechos en las mismas condiciones que los demás. Con el paso del tiempo se concibieron también (iii) para incrementar niveles de participación, especialmente en escenarios políticos. Sin embargo, en una concepción más amplia las acciones afirmativas son producto del Estado Social de Derecho y de la transición de la igualdad formal a la igualdad sustantiva o material, reconocida como componente esencial de aquel y plasmada expresamente en la mayoría de textos del constitucionalismo moderno como ocurre en el caso colombiano (artículo 13 de la Carta). Sobre su naturaleza, en la Sentencia C-371 de 2001 la Corte explicó lo siguiente: "Con esta expresión se designan políticas o medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afectan, bien de lograr que los miembros de un grupo sub representado, usualmente un grupo que ha sido discriminado, tengan una mayor representación."

Ahora bien, para el diseño e implementación concreta de las acciones afirmativas el primer llamado a intervenir es el Legislador, en tanto órgano de deliberación política y escenario democrático del más alto nivel y cuya actividad, más que importante, es imprescindible para poner en escena mecanismos que permitan alcanzar niveles mínimos de igualdad sustantiva, especialmente bajo la óptica de la igualdad de oportunidades"

Por ello y en aras de salvaguardar los derechos de ambos, se **CONFIRMARÁ** la sentencia impugnada, reiterando que el ente accionado deberá realizar un análisis objetivo para establecer si es posible proteger concomitantemente los derechos del pre pensionado, sin dejar de lado los derechos de carrera que le asisten al aspirante.

4. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, la SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

FALLA:

PRIMERO: CONFÍRMESE la sentencia impugnada, esto es la proferida el día 22 de junio de 2017 por el JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO SUCRE. Por las razones y términos expuestos en esta sentencia.

SEGUNDO: ENVÍESE el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

TERCERO: De manera oficiosa, por conducto de la Secretaría de este Tribunal, **ENVÍESE** copia de la presente decisión al Juzgado de origen.

CUARTO: En firme este fallo, **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según consta en el acta No. 126

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA