

Cartagena de Indias D. T. y C., seis (06) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES.

Acción	TUTELA
Radicado	13001-33-33-004-2023-00325-01
Accionante	MARTÍN ALONSO ARCE GUTIÉRREZ
Accionado	DISTRITO DE CARTAGENA Y COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (CNSC)
Tema	Modifica - La omisión del Distrito en el pago de los aportes pensionales ha impedido la inclusión de toda las semanas cotizadas en la historia laboral del actor, con las cuales acreditaría su derecho a la garantía de pensión mínima en el RAIS, por ende, su desvinculación de la entidad con ocasión de la provisión definitiva del cargo, amenaza su derecho al trabajo, al mínimo vital y seguridad social, y vulnera su estabilidad laboral reforzada, por lo que habrá de aplicarse medidas de protección que garanticen su permanencia en el mismo cargo o en uno similar, hasta que la misma se garantice
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO.

La Sala Fija de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar decide la impugnación presentada por la entidad accionada, Distrito de Cartagena¹, contra la sentencia del treinta (30) de agosto de dos mil veintitrés (2023)², proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo de Cartagena, mediante la cual se concedió el amparo de los derechos fundamentales del actor.

III.- ANTECEDENTES.

3.1. Pretensiones³.

En ejercicio de la acción de tutela el accionante solicitó como medida preventiva la suspensión del concurso de méritos respecto a su cargo público de inspector en Pontezuela, porque al continuar el concurso se le vulneran sus derechos fundamentales.

Asimismo, solicitó el amparo de sus derechos fundamentales al trabajo, pensión digna, estabilidad laboral reforzada, fuero prepensionado, mínimo vital y móvil. En consecuencia, se ordene a las accionadas abstenerse de ofertar y realizar nombramiento para proveer el cargo que el demandante ocupa actualmente, también solicitó que se mantenga la vinculación laboral en el mismo cargo y en las condiciones actuales hasta tanto sea incluido en la nómina pensional.

¹ Doc. 10 y fols. 2-9 doc. 18 Exp. Digital.

² Doc. 08, Fols. 1-21 Exp. Digital.

³ Fol. 8 doc. 01Exp. Digital.

13001-33-33-004-2023-00325-01

Por último, pidió se ordene a las accionadas que, en el escenario de ser desvinculado laboralmente, mientras se realiza la nueva vinculación se pague lo dejado de percibir en salarios y seguridad social.

3.2 Hechos⁴.

La parte actora relató que, tiene 60 años de edad y desde hace más de 20 años se encuentra vinculado a la Alcaldía de Cartagena y hace 15 años ocupa el cargo de Inspector Rural del corregimiento de Pontezuela en dicha entidad. Comentó que, la Comisión Nacional del Servicio Civil (en adelante CNSC), en conjunto con la Alcaldía Distrital, se encuentran realizando concurso cerrado de méritos para proveer varios cargos públicos, entre ellos, el que ocupa actualmente el actor, frente al cual no puede participar al no cumplir con varios requisitos como el de tener el título de abogado, por lo que, a su juicio, con el solo hecho de ofertar su cargo están vulnerando sus derechos.

Expuso que, padece de hipertensión arterial lo cual le representa un riesgo cardiovascular y tendrá pronto una cirugía a corazón abierto; asimismo sufre patologías en el hombro. En consecuencia, aduce que, por sus condiciones de salud es beneficiario de estabilidad laboral reforzada, dada su situación de debilidad manifiesta, lo cual le da una protección especial para que sus derechos no sean vulnerados.

Adujo que, le faltan 150 semanas de cotización para acceder a su pensión de vejez, a pesar de que en su historia laboral ante el fondo de pensiones solo le aparecen 975 semanas cotizadas, por cuanto su empleador, la Alcaldía, está pendiente de realizar unos aportes pensionales en el periodo comprendido entre el 29 de abril de 2009 al 15 de septiembre de 2014, en virtud de un fallo emitido por un Juez administrativo (rad. 13-001-33-31-002-209-00338-00), cuyo cumplimiento a su vez, fue ordenado por un juez de tutela junto con la realización del cálculo actuarial (rad. 13001-40-03-003-2023-00277-01). Los periodos adeudados corresponden a por lo menos 250 semanas, para un total de 1.225 semanas cotizadas a pensión.

Resaltó que, lo anterior implica una vulneración a sus derechos como afrodescendiente, debido a que tiene más de 25 años viviendo en Punta Canoa y según la ley 70 de 1992 dicha circunstancia le da esa condición, adicionalmente, tiene más de 25 años de vivir con su esposa, Argelida Cervantes Leal y es miembro del Consejo Comunitario de comunidades Negras del corregimiento de Punta Canoa, tal como se demuestra con la certificación N° 015 de fecha 28 de diciembre de 2022.

Por otro lado, manifestó que su sueldo es el único ingreso con el cual cuenta su familia, esposa e hijos, a quienes tiene a su cargo, y debido a su condición de salud y su edad no tiene posibilidad de conseguir otro empleo, lo cual le

⁴ Fols. 1-7 doc. 01 Exp. Digital.

13001-33-33-004-2023-00325-01

impediría pensionarse al no cumplir las semanas requeridas, afectándose así la subsistencia de su familia.

Por último, señaló *"la corte constitucional en sentencia reciente, fallo T-052 DE 2023 en un caso similar de una trabajadora prepensionada con inconsistencias en la historia laboral como en mi caso, dejó sentado que ello no es óbice para desconocer la calidad de prepensionado, pues los aportes no se realizaron por culpa del empleador a pesar de estar obligado a ello y en mi caso aún más pues un juez de tutela ordenó al empleador a hacer esos aportes de manera inmediata"*, adicionalmente, recordó los requisitos para ostentar la condición de prepensionado y gozar de estabilidad laboral reforzada en virtud de la misma.

3.3 CONTESTACIÓN.

3.3.1 DISTRITO DE CARTAGENA⁵.

La parte accionada luego de hacer un breve recuento de los antecedentes, plantea el interrogante de *"¿Si le era posible adelantar el concurso de los 15 cargos de Inspectores de Policía Rural ocupados en provisionalidad por parte de la Comisión Nacional de Servicio?"*.

En esa misma línea, adujo que no ha vulnerado los derechos alegados por el actor, explicando que el acceso al empleo público de carrera administrativa es a través de concursos de méritos, siendo la CNSC la competente para adelantar dichos concursos, el cual cuenta con un sistema de mérito contemplado en el artículo 53 de la Constitución Política. Seguidamente expuso, artículos y sentencias referentes a la regulación del mismo, señalando todo su procedimiento.

Indicó que, el proceso de selección No. 2250 de 2022 incluye 75 cargos ofertados, de los cuales solo 22, es decir, el 30% consistían en concurso de ascenso, como lo establece el artículo 29 de la Ley 909 de 2004, dentro de estos se halla el empleo de inspector de policía rural código 306 grado 35; las otras 53 vacantes tenían modalidad abierta, como quiera que se pretende garantizar la movilidad dentro de la misma planta personal de la entidad a un cargo superior.

Por otro lado, alegó que la presente acción de tutela no cumple con el requisito de subsidiariedad ni ostenta el derecho a la estabilidad laboral reforzada para personas próximas a pensionarse, en razón a que el actor sigue vinculado laboralmente y el concurso todavía no ha definido listas de elegibles, además no cumple las condiciones de prepensionado, ya que tiene un total de 975 semanas, menos de 1.300 y la edad de 60 años. En ese orden, la base de la vulneración se fundamenta en hechos inciertos y futuros por cuanto no puede existir violación frente a algo que no ha ocurrido.

⁵ Fols. 1-19 doc. 05, Exp. Digital.

13001-33-33-004-2023-00325-01

Por lo anterior, el distrito solicita no conceder lo alegado por el accionante toda vez que, su Dirección Administrativa de Talentos Humanos no ha violentado sus derechos fundamentales.

3.3.2 COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – (CNSC).

La accionada no allegó contestación al presente proceso, pese haber sido notificada en debida forma⁶.

3.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁷.

El Juzgado Cuarto Administrativo de Cartagena, en sentencia del 30 de agosto de 2023 resolvió amparar los derechos fundamentales al mínimo vital y a la estabilidad laboral de prepensionado del señor Martín Alonso Arce Gutiérrez

Según las consideraciones del A-quo, en el caso sub-examine, el actor pretende la protección de sus derechos fundamentales tales como trabajo, pensión, estabilidad laboral reforzada, fuero prepensionado, mínimo vital y móvil, que considera vulnerados con ocasión de la oferta del cargo a través de concurso de méritos que actualmente ocupa, lo cual conllevaría a su retiro del servicio, aduciendo su condición de sujeto de especial protección por su condición de salud, prepensionando e integrante de la comunidad negra.

El Juez advirtió que los medios ordinarios de defensa judicial no serían los más eficaces en este caso, debido a la tardanza para su resolución y el hecho de tratarse de una persona de 60 años de edad que invoca la condición de prepensionado, según la Jurisprudencia constitucional es procedente la acción de tutela para tales efectos.

Seguidamente, estableció que su condición de salud no es un factor que le dé el beneficio de la estabilidad laboral reforzada, de la misma forma la condición de afrodescendiente tampoco le da ese fuero de protección, pero la condición de prepensionado sí le da el derecho a la protección de la estabilidad laboral, por cuanto el actor cuenta con 975 semanas cotizadas y un capital de 74.391.750, lo cual no logra obtener en los siguientes 3 años.

Sin embargo, el Distrito le debe al actor 5 años, 4 meses y 15 días de aportes en pensión, con los cuales cumpliría los requisitos, ahora bien, debido a que el Distrito no le ha pagado al actor lo fallado en sentencia judicial por nulidad y restablecimiento del derecho y ordenado por tutela de igual forma, el A-quo consideró que, surge para el actor el fuero de protección de prepensionado hasta tanto cumpla con los requisitos mínimos de pensión.

Por otro lado, frente a la afirmación del Distrito sobre que el hecho es futuro e incierto, explicó que el informe rendido por la directora administrativa de

⁶ Doc. 04, Exp. Digital.

⁷ Doc. 08, Exp. Digital.

13001-33-33-004-2023-00325-01

talento humano de la Alcaldía aportado con la contestación reconoce la oferta del cargo y señala que el actor no cumpliría con las condiciones de prepensionado, ni de protección laboral reforzada, motivo por el cual evidenció la negativa de la entidad en reconocer cualquier condición especial del actor, lo que conllevaría una desvinculación, asimismo representa una amenaza a sus derechos fundamentales.

Por todo lo anterior, el Juez amparó los derechos al mínimo vital y a la estabilidad laboral reforzada, asimismo ordenó al distrito que dentro de las 48 horas siguientes adoptara las medidas necesarias para mantener en el cargo al actor.

3.5. IMPUGNACIÓN⁸.

El accionado impugnó el fallo de primera instancia, solicitando que se revoque la decisión y se declare la improcedencia de la acción, bajo los siguientes argumentos:

En primer lugar, manifestó que no hay un hecho generador de afectación a los derechos porque no existe desvinculación del señor Martin Alonso Arce, por lo tanto, la vulneración alegada se trata de un hecho futuro e incierto, pues actualmente el accionante se encuentra trabajando en su cargo de inspector rural y su mínimo vital no está siendo afectado, en consecuencia, hay una presunción de mala fe debido a que condenan en alusión a una conducta en la cual no se ha incurrido.

Segundo, aduce que el actor no cumple los requisitos para ser prepensionado y en consecuencia gozar de la estabilidad laboral reforzada, por cuanto el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, exige la edad de 62 años y tener mínimo 1.150 semanas cotizadas para tener una pensión mínima, en contraste le faltan 2 años de edad y 175 semanas de cotización. Por otro lado, según el informe de la Dirección Administrativa de Talento Humano con el pago pendiente de salario y prestaciones sociales de parte de la Alcaldía cumpliría con el requisito de las semanas, según la sentencia SU 003/2018 no hay fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable si solo falta el requisito de la edad.

También resalta que, la oficina asesora jurídica se encuentra adelantando las gestiones administrativas para el pago de dichos aportes ante el fondo de Porvenir.

Respecto a la estabilidad laboral reforzada de los servidores en provisionalidad, no pueden permanecer de manera indefinida en el cargo, pues este debe proveerse a través del concurso de méritos.

Por último, consideró que la entidad incurriría en violación a sus derechos si fuera un sujeto especial de protección, la entidad nombra de la lista de

⁸ Doc. 10 y fols. 2-9 doc. 18 Exp. Digital.

13001-33-33-004-2023-00325-01

elegibles a quien ocupara el cargo sin adoptar previamente las medidas afirmativas respecto a la reubicación del servidor público que es acreedor de la estabilidad laboral reforzada, no obstante, el actor no ha sido removido de su cargo, no hay lista de elegibles en firme, por lo tanto la entidad no ha actuado de manera que vulnere algún derecho del actor.

3.6. ACTUACIÓN PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.

Por auto de fecha 07 de septiembre de 2023⁹, el Juzgado Cuarto Administrativo de Cartagena, concedió la impugnación interpuesta por el accionado contra la sentencia de primera instancia, siendo asignado el conocimiento del asunto a este Tribunal, de conformidad con el reparto efectuado en la misma fecha¹⁰, por lo que se dispuso su admisión en proveído de dicha calenda¹¹. Seguidamente, el 12 de septiembre de 2023 el accionado allegó la sustentación de su impugnación¹².

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD.

Revisado el expediente se observa, que en el desarrollo de las etapas procesales no existen vicios procesales que acarree nulidad del proceso o impidan proferir decisión, por ello, se procede a resolver la alzada.

V.- CONSIDERACIONES.

5.1. Competencia.

Este Tribunal es competente para conocer de la presente acción de tutela en **SEGUNDA INSTANCIA**, según lo establecido por artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991.

5.2. Problema jurídico.

De conformidad con lo presentado, considera la Sala que el problema jurídico a resolver en el asunto estudiado, se circunscribe a determinar si:

- 1. ¿Se cumplen en el presente caso los requisitos de procedencia de la acción de tutela para amparar los derechos fundamentales del mínimo vital y fuero de estabilidad laboral reforzada por ser prepensionado? ¿o, por el contrario, cuenta con otros mecanismos para proteger sus derechos de manera eficaz?*

De resolverse favorablemente el interrogante anterior, se entrará a examinar si:

⁹ Doc. 13, Exp. Digital.

¹⁰ Doc. 15, Exp. Digital.

¹¹ Doc. 16, Exp. Digital.

¹² Fols. 2-9 doc. 18 Exp. Digital.

13001-33-33-004-2023-00325-01

2. *¿El señor Martin Alonso Arce Gutiérrez cumple con los requisitos para gozar del fuero de prepensionado y el derecho a la estabilidad laboral reforzada?*
3. *¿Incorre el Distrito de Cartagena en una actuación vulneradora de los respectivos derechos del actor o, se trata de hechos, futuros e inciertos y la inexistencia de una violación por parte de la accionada?*

5.3. Tesis de la Sala.

Una vez verificados el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad, en atención a los derechos involucrados como la estabilidad laboral reforzada, al trabajo y mínimo vital, así como las condiciones especiales del actor; esta Sala confirmará el amparo concedido, pero modificará la orden impuesta por cuanto se demostró que el Distrito de Cartagena ha incurrido en una omisión reiterada del pago de los aportes pensionales adeudados al fondo pensional del actor, circunstancia que le ha impedido la inclusión de la totalidad de las semanas cotizadas en su historia laboral con las cuales acreditaría su derecho a la garantía de pensión mínima en el RAIS.

Así las cosas, su desvinculación de la entidad con ocasión de la provisión definitiva del cargo que ostenta, sin tener en cuenta las condiciones particulares de su situación, amenazan su derecho al trabajo, al mínimo vital y seguridad social, además, vulneran su estabilidad laboral reforzada, por lo que habrá de aplicarse medidas de protección que garanticen su vinculación en el mismo cargo o en uno similar, bajo iguales o mejores condiciones.

5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

Para resolver el problema jurídico planteado abordaremos el siguiente hilo conductor: (i) Generalidades de la acción de tutela, (ii) La estabilidad laboral reforzada de los servidores públicos nombrados en provisionalidad que ostentan la condición de prepensionado, (iii) Exigencias para los prepensionados, según Plan Nacional De Desarrollo, y (iv) Caso concreto.

5.4.1. Generalidades de la acción de tutela.

La Constitución Política de 1991, en su artículo 86, contempla la posibilidad de reclamar ante los jueces, mediante el ejercicio de la acción de tutela bajo las formas propias de un mecanismo preferente y sumario, la protección de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares.

Se trata entonces, de un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces, cuya justificación y propósito consiste en brindar a la persona la posibilidad de acudir sin mayores exigencias de índole formal y con la certeza

13001-33-33-004-2023-00325-01

de que obtendrá oportuna resolución a la protección directa e inmediata del Estado, a objeto de que en su caso, consideradas sus circunstancias específicas y a falta de otros medios, se haga justicia frente a situaciones de hecho que representen quebranto o amenaza de sus derechos fundamentales, logrando así que se cumpla uno de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Constitucional.

Sin embargo, no debe perderse de vista que esta acción es de carácter residual y subsidiario; es decir, que sólo procede en aquellos eventos en los que no exista un instrumento constitucional o legal diferente que le permita al actor solicitar, ante los jueces ordinarios, la protección de sus derechos, salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable, el cual debe aparecer acreditado en el proceso, o en su lugar la persona que requiere la intervención del juez constitucional se encuentre en una posición de indefensión que no le permita acudir a la vía ordinaria. Al respecto, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, que desarrolló el artículo 86 de la Constitución, prevé que la acción de tutela sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que se presente como instrumento transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable.

Por su parte, el principio de inmediatez implica que la acción de tutela debe interponerse en un término razonable y prudencial, con relación al momento en que ocurrió la amenaza o vulneración de derechos fundamentales, el cual ha sido establecido por la jurisprudencia constitucional, en seis (6) meses.

5.4.2 Condición de prepensionados¹³.

La Sala Plena de la Corte Constitucional en sentencia SU 003 de 2018 estableció lo siguiente respecto a la prepensión:

“61. Así las cosas, en principio, acreditan la condición de “prepensionables” las personas vinculadas laboralmente al sector público o privado, que están próximas (dentro de los 3 años siguientes) a acreditar los dos requisitos necesarios para obtener la pensión de vejez (la edad y el número de semanas -o tiempo de servicio- requerido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o el capital necesario en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad) y consolidar así su derecho a la pensión.

62. La “prepensión” protege la expectativa del trabajador de obtener su pensión de vejez, ante su posible frustración como consecuencia de una pérdida intempestiva del empleo. Por tanto, ampara la estabilidad en el cargo y la continuidad en la cotización efectiva al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, para consolidar los requisitos que le faltaren para acceder a su pensión de vejez.”

¹³ [La Sala Plena de la Corte Constitucional, Referencia: T- 5.712.990. Magistrado Ponente: CARLOS BERNAL PULIDO. Bogotá D.C., ocho \(8\) de febrero de dos mil dieciocho \(2018\).](#)

5.4.3 Derecho pensional en el régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS.¹⁴

El artículo 64 de la Ley 100 de 1993 establece que los afiliados al RAIS tendrán derecho a una pensión de vejez, a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de la referida norma, reajustado anualmente según la variación porcentual del IPC certificado por el DANE.

Lo anterior se diferencia del RPM del requisito de la edad y del tiempo de cotizaciones ya que lo determinante es la cantidad cotizada por el trabajador. Cuando no se logra acumular el capital suficiente para obtener la pensión, el sistema prevé un mecanismo de devolución de la totalidad de los saldos. En todo caso, el artículo 65 de la Ley 100 de 1993 le asigna al Estado la obligación de otorgar una garantía de pensión mínima de vejez a quienes después de cumplir con la edad legalmente estipulada y de haber cotizado 1.150 semanas no han alcanzado a generar la pensión mínima correspondiente a un SMLMV.

5.4.4. La estabilidad laboral reforzada de los servidores públicos nombrados en provisionalidad que ostentan la condición de prepensionados¹⁵.

La Corte Constitucional en la sala segunda de revisión de la sentencia T-052 de 2023 estableció que los servidores públicos en provisionalidad tienen una estabilidad laboral relativa. Lo cual implica que solo pueden ser desvinculados por causales¹⁶ debidamente motivadas en el acto de desvinculación, tales como la comisión de faltas disciplinarias o la provisión definitiva del cargo por concurso de méritos, en ese orden, su derecho deberá ceder ante quien ocupó el primer lugar en la provisión del empleo de carrera.

Sin perjuicio de lo anterior, la jurisprudencia del alto tribunal ha sostenido el trato preferencial que las entidades deben observar al momento de proveer en forma definitiva el cargo de carrera, cuando las personas que ocupan dicho cargo en provisionalidad (i) son madres y padres cabeza de familia; (ii) están próximas a pensionarse -prepensionandos; y, (iii) son discapacitados. En estos casos, las personas nombradas en provisionalidad gozan de estabilidad laboral reforzada en atención a la condición especial o de debilidad manifiesta en la cual se encuentran.

¹⁴ [La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional. Referencia: Expediente T-7.638.470. Acción de tutela instaurada por José Roberto Díaz Sarmiento en contra de la AFP Porvenir S.A. Magistrada Ponente: CRISTINA PARDO SCHLESINGER. Bogotá D.C., dieciocho \(18\) de agosto de dos mil veinte \(2020\).](#)

¹⁵ [CORTE CONSTITUCIONAL Sala Segunda de Revisión. SENTENCIA T-052 DE 2023. Referencia: Expediente T-8.987.455. Magistrado Sustanciador: Juan Carlos Cortés González. Bogotá, D.C., ocho \(08\) de marzo de dos mil veintitrés \(2023\).](#)

¹⁶ Causales de desvinculación según la T-443 de 2022: la comisión de faltas disciplinarias o la provisión definitiva del cargo por concurso de méritos, entre otras.

13001-33-33-004-2023-00325-01

Según la jurisprudencia las entidades públicas tienen los siguientes deberes en cuanto a garantizar la protección especial del servidor público provisional y prepensionado:

"(i) motivar debidamente el acto de desvinculación; (ii) establecer los mecanismos necesarios para garantizar que dicho grupo de personas sean los últimos en ser desvinculados de sus cargos (SU-446 de 2011); y, (iii) mantener su permanencia en el empleo, siempre que los criterios de razonabilidad y proporcionalidad lo permitan, es decir, cuando se cuenten con vacantes para reubicarlos)."

Ahora bien, como remedio constitucional frente a la omisión de los anteriores deberes, la Corte¹⁷ ha ordenado a las entidades públicas reubicar al prepensionado en una vacante equivalente al cargo del que fue desvinculado, que se encuentre disponible, mientras completa los requisitos para acceder a la pensión. Cuando ello no sea posible, la jurisprudencia ha dispuesto incluir al trabajador en la lista de personas con derecho a la estabilidad laboral para ser nombrado en provisionalidad en un cargo similar, hasta que obtenga su derecho pensional.

5.5 CASO CONCRETO.

5.5.1 Análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

Teniendo en cuenta los hechos planteados en el escrito de tutela, su contestación y los argumentos expuestos, corresponde a la Sala dar respuesta al primer problema jurídico del asunto, así:

(i) Legitimación por activa: Se encuentra en cabeza del señor Martín Alonso Arce Gutiérrez, quien actualmente ocupa en provisionalidad el cargo de Inspector de Policía de Pontezuela de la Alcaldía Mayor de Cartagena, ofertado mediante concurso cerrado, cuya actuación se alega como vulneradora de sus derechos fundamentales a la seguridad social, a la estabilidad laboral reforzada y al mínimo vital.

(ii) Legitimación por pasiva: La ostenta el Distrito de Cartagena en su condición de empleador del actor y la CNSC, por ser la encargada de adelantar el concurso mediante el cual se oferta el cargo ocupado en provisionalidad.

iii) Inmediatez: En el presente asunto, se discute la posible amenaza de derechos fundamentales debido a que se ofertó y se está tramitando el proceso para proveer en forma definitiva el cargo ocupado en provisionalidad por el accionante, sin tener en cuenta su condición de prepensionado y su situación de vulnerabilidad, amenaza que se encuentra vigente y persiste en el tiempo, por lo que habrá de entenderse superado este requisito.

(iv) Subsidiariedad: Como se aprecia, dentro del asunto se aduce la vulneración de los derechos de naturaleza constitucional y carácter iusfundamental, tales

¹⁷ [Sentencia T-443 de 2022, M.P. Diana Fajardo Rivera](#)

13001-33-33-004-2023-00325-01

como el trabajo, estabilidad laboral reforzada, fuero de prepensionado, y mínimo vital del actor y su núcleo familiar, con ocasión de la oferta pública del cargo que actualmente ocupa el accionante en provisionalidad, el cual constituye el único ingreso de su hogar; situación que, a juicio de la Sala, podría representar no solo una amenaza de sus derechos, en caso de no atenderse las condiciones de debilidad manifiesta del actor y la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable, sino también una vulneración de su derecho a la estabilidad laboral reforzada. De igual forma, quedó demostrada la condición de afrodescendiente, por pertenecer a la comunidad negra del corregimiento de Punta Canoa¹⁸, que lo hace sujeto de especial protección constitucional, y su condición especial de salud, por cuanto padece de hipertensión con valvulopatía aórtica y alto riesgo cardiovascular¹⁹

Precisado lo anterior, le corresponde a esta Sala verificar si el señor Arce Gutiérrez ostenta la calidad de prepensionado motivo por el cual es beneficiario de la estabilidad laboral reforzada.

En primer lugar, se reitera que el actor está vinculado a la planta de personal de la Alcaldía de Cartagena desde el 25 de junio de 2004 y actualmente ocupa en provisionalidad el cargo de Inspector de Policía de Pontezuela código 306 grado 35²⁰, empleo que está siendo ofertado mediante convocatoria pública cerrada No. 2250 de 2022 y en la actualidad se encuentra pendiente de lista de elegibles, nombramiento y periodo de prueba²¹.

Como quedó sentado en el marco normativo y jurisprudencial de este proveído la condición de prepensionado, requiere que el trabajador dentro de los tres años siguientes, esté próximo a acreditar el requisito del número de semanas de cotización necesarios para obtener la pensión de vejez en el RPM, o estando afiliado al RAIS, cuente con el capital necesario, o en su defecto, demuestre los requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima, consistentes en tener 62 años edad y contar con mínimo 1.150 semanas cotizadas.

En el presente caso, el accionante se encuentra afiliado al RAIS en el fondo de pensiones Porvenir; una vez revisado el resumen de su cuenta de ahorro pensional, se advierte que cuenta con un total de 975 semanas cotizadas y un capital de \$74.391.750²², por lo que en principio, le faltarían 175 semanas para acceder a la garantía de pensión mínima, tiempo que no lograría obtener dentro de los 3 años siguientes²³, por ello no podría deducirse su calidad de prepensionado.

¹⁸ Fols. 22-23 doc. 01 Exp. Digital.

¹⁹ Fols. 18-21 doc. 01 Exp. Digital.

²⁰ Fol. 20 doc. 05 Exp. Digital.

²¹ Fol. 16 doc. 05 Exp. Digital, se desprende del informe rendido por la entidad territorial.

²² Fol. 11 doc. 01

²³ Sabiendo que el mes representa 4.33 semanas de cotizaciones a pensión, y que el año tiene 12 meses, correspondería a 52 semanas anuales, que en 3 años resultaría en 156 semanas.

13001-33-33-004-2023-00325-01

No obstante, esta Sala no puede pasar por alto que, el actor realmente ha causado más semanas de cotización en el RAIS que las reportadas en su historia laboral, por cuanto el Distrito de Cartagena no ha pagado los aportes pensionales correspondientes al periodo 29-04-2009 al 15-09-2014, pese a que existe en favor del accionante una sentencia judicial emitida por el Juzgado Segundo Administrativo de Cartagena²⁴ y confirmada por esta Corporación²⁵, mediante la cual se declaró la nulidad del acto de insubsistencia y se ordenó pagar todos los emolumentos dejados de percibir desde su desvinculación (el 29 de abril de 2009) hasta su reintegro (15 de septiembre de 2014), entre ellos, el pago de los aportes pensionales. De igual forma, obra sentencia de tutela²⁶ por medio de la cual se ordenó dar cumplimiento a las órdenes impartidas contra el Distrito de Cartagena, sin embargo, el ente territorial no ha acatado los fallos emitidos.

Así las cosas, el actor realmente ha causado un total de 1.254,47 semanas cotizadas²⁷ pero por la omisión de su empleador en el pago de los aportes pensionales a Porvenir, solo le ha sido reconocida en su historia laboral 975 semanas, circunstancia que lo sitúa en una condición vulnerable, pues la inconsistencia en la historia laboral del actor constituye una barrera o frustración para acceder a su derecho pensional y ante el desarrollo de un proceso de selección para proveer definitivamente el cargo que ocupa en la entidad, se vulnera su derecho al trabajo, mínimo vital y seguridad social.

Lo anterior, también ha sido óbice para que la misma entidad accionada reconozca y tenga en cuenta dentro del proceso de convocatoria pública, las particularidades de la situación del actor, en aras de adoptar las medidas afirmativas de protección, pues en forma reiterada ha informado que el señor Arce Gutiérrez no reúne las condiciones de prepensionado que darían lugar a una protección especial, de lo cual no se evidencia su intención de brindar protección a este.

En ese orden, no es dable que las consecuencias negativas del incumplimiento de sus deberes por parte del Distrito de Cartagena sean trasladadas al tutelante, pues ello resultaría injustificado y desproporcional.

Ahora bien, el Distrito de Cartagena sostiene que la presente acción se sustenta en un hecho futuro e incierto, consideración que no es compartida por esta Sala, pues las razones plasmadas con precedencia dan cuenta que si bien, hasta el momento ocupa el cargo ofertado, una vez expedida la lista de elegibles y llegada la etapa de nombramiento, el accionante sería desvinculado del cargo, pues han reiterado que el cargo debe ser ocupado por méritos, además han negado que el actor se encuentre en una condición

²⁴ Fols. 24-25 doc. 01 Exp. Digital.

²⁵ Fols. 26-35 doc. 01 Exp. Digital.

²⁶ Fols. 36-37 doc. 01 Exp. Digital.

²⁷ Un año tiene 52 semanas según el parágrafo 1 del artículo 20 del Decreto 758 de 1990, y el tiempo no cotizado equivale a 5 años, 4 meses y 16 días que corresponde a 5,374 años.

13001-33-33-004-2023-00325-01

especial que le permita gozar de estabilidad laboral reforzada. De lo anterior se evidencia la inminente configuración de un perjuicio irremediable, ante la amenaza demostrada de sus derechos.

Por ende, la desvinculación del actor, sin contar con la totalidad de las semanas, frustra su expectativa legítima de acceder a una pensión, afectando a su vez, sus derechos a la seguridad social y mínimo vital, toda vez que dentro del expediente no se demuestran actuaciones tendientes a pagar los aportes pensionales adeudados que den lugar a la corrección y actualización de la historia laboral, ni actos encaminados a adoptar medidas diferenciales en su favor.

En ese orden, se concluye que ante la omisión injustificada y persistente de la accionada, junto con las condiciones especiales en las cuales se encuentra el actor, este se debe mantener vinculado a la entidad. Ahora bien, la H. Corte Constitucional en aras de no desconocer los derechos fundamentales de quienes participaron en el concurso de méritos y lograron obtener el cargo ofertados ha determinado que en el caso de empleados nombrados en provisionalidad en cargos de carrera a proveer que tengan estabilidad laboral reforzada, podrán ser reubicados en cargos afines o con funciones similares, hasta tanto logren garantizar su derecho pensional.

Por lo anterior, esta Sala confirmará el amparo concedido en primera instancia modificará la orden impuesta en el sentido de incluir dentro de las medidas a adoptar para mantener su vinculación, la reubicación en un cargo similar y en iguales o mejores condiciones, hasta que cumpla con los requisitos legales para acceder a la garantía de pensión mínima en el RAIS.

Bajo estos supuestos, esta Corporación MODIFICARÁ la decisión adoptada en primera instancia.

VI.- DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley;

FALLA:

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal segundo del fallo de primera instancia, por las razones expuestas, el cual quedará así:

“SEGUNDO: En consecuencia, para su garantía efectiva, ordenase al DISTRITO DE CARTAGENA, que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, adopte las medidas necesarias para mantener la vinculación del señor MARTIN ALONSO ARCE GUTIÉRREZ bien sea en el cargo de Inspector de Policía Rural Código 306 Grado 35 de la Inspección de Policía de Pontezuela, o en un cargo de funciones similares, en iguales o mejores condiciones, hasta que cumpla con los requisitos legales para acceder a la garantía de pensión mínima en el RAIS.”

13001-33-33-004-2023-00325-01

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás el fallo impugnado, conforme a las razones expuestas con anterioridad.

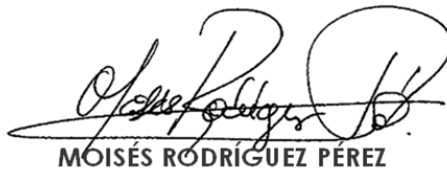
TERCERO: NOTIFÍQUESE las partes y al Juzgado de primera instancia, en la forma prevista en el artículo 30 del decreto 2591 de 1991.

CUARTO: REMÍTASE el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión (art. 32 Decreto 2591 de 1991).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No.067 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS


JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ

SALVAMENTO DE VOTO