



13001-33-33-007-2018-00224-01

Cartagena de Indias D. T. y C., diecinueve (19) de noviembre de dos mil dieciocho (2018).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES.

Medio de control	Impugnación - acción de tutela
Radicado	13001-33-33-006-2018-00224-01
Demandante	Eduardo del Rio Rodríguez
Demandado	Contraloría Distrital de Cartagena de Indias y otros
Magistrado Ponente	Edgar Alexi Vásquez Contreras
Asunto	Impugnación de tutela.

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala a decidir la impugnación presentada por la parte accionante contra la sentencia proferida el 03 de octubre de 2018 por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual declaró improcedente la acción de tutela de la referencia.

III.- ANTECEDENTES

3.1 DEMANDA.

El señor Eduardo del Rio Rodríguez presentó acción de tutela contra la Contraloría Distrital de Cartagena, Sociedad Administradora de Fondos de pensiones y Cesantías – PORVENIR S.A, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Defensa Nacional – Coordinación Archivo General, Consorcio ASD – SERVIS – CROMASOFT Centro Único de Certificaciones no ISS (CENISS) y Comisión Nacional del Servicio Civil, con el objeto de que le sean amparados sus derechos fundamentales de petición, debido proceso administrativo, trabajo, vida, dignidad humana, mínimo vital, seguridad social, estabilidad laboral reforzada y status de pensionado y, como consecuencia de ello, se ordene:

" 2. Al Fondo de Pensiones Porvenir S.A., dar respuesta definitiva al traslado hacia COLPENSIONES, teniendo presente que existen elementos de juicios suficientes, que permiten establecer con certeza, que mi historia laboral se encuentra debidamente acreditada y actualizada, para solicitar dicho traslado de Fondo de Pensiones y de esta manera Colpensiones proceda a gestionar mi pensión de jubilación.



13001-33-33-007-2018-00224-01

3. Al Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Oficina de Bonos Pensionales, Ministerio de Defensa Nacional, Coordinadora Archivo General, Consorcio ASD - SERVIS - CROMASOFT CENTRO ÚNICO DE CERTIFICACIONES NO I.S.S. (CENISS), para que con celeridad apliquen lo establecido en el artículo 40 de la Ley 48 de 1993, que en el caso de pensiones que se rigen por el principio de cotización, no supone excluir a la Nación de la obligación de realizar un aporte, como reiteradamente lo ha señalado la jurisprudencia, y de que no existe una razón válida y objetiva que permita justificar su exclusión, cuando se trata de proceder al reconocimiento de una pensión de vejez, ya sea que la misma dependa del cómputo de tiempo de servicio o de cotizaciones efectivamente realizadas. Así lo ha previsto el Consejo de Estado en sus distintos pronunciamientos y lo ha ratificado la Corte Constitucional en la Sentencia T-275 de 2010.

4. A la Contraloría Distrital de Cartagena, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo de la tutela, profiera el correspondiente acto administrativo mediante el cual disponga el reintegro de Eduardo Del Río Rodríguez en uno de los cargos de Profesional Universitario Código 219 Grado 20 o en el de Profesional Especializado Código 222 Grado 21, que existen actualmente en la planta de empleos de la Contraloría Distrital de Cartagena de Indias con funcionarios nombrados en provisionalidad desde el 26 de julio de 2018; dando aplicación a lo establecido en el Decreto No. 1083 del 26 de mayo de 2015 del Departamento Administrativo de la Función Pública en donde se establece: artículo 2.2.5.3.4. Terminación de encargo y nombramiento provisional. Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados.

Lo anterior, hasta cuando sea materializada mi inclusión en nómina de pensionados y se me pague la primera mesada pensional".

3.2 HECHOS

El accionante fundó sus pretensiones, en los hechos que a continuación se resumen:

El 1º de abril de 1994 contaba con 691 semanas cotizadas lo que le impedía acogerse a la Sentencia SU-062 de 2010 proferida por la Corte Constitucional, razón por la cual en reiteradas ocasiones solicitó a Porvenir S.A. el cómputo del tiempo en el que prestó el servicio militar obligatorio equivalente a 93 semanas efectivamente cotizadas al sistema, con las que completaría 784 semanas y así podría cumplir con el requisito de las 750 semanas necesarias para trasladarse al régimen de prima media con prestación definida.

El 17 de mayo de 2017 presentó ante Porvenir S.A. solicitud de traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al de prima media con prestación definida, a la cual anexó los Formatos No 1 y 2 correspondientes



13001-33-33-007-2018-00224-01

al certificado de periodo de vinculación laboral para bonos pensionales emitido por el Ministerio de Defensa.

El 09 de junio de 2017, Porvenir S.A. dio respuesta la petición del accionante manifestando que *"una vez se tenga normalizada su historia laboral se podrá iniciar el proceso de traslado hacia COLPENSIONES, pues hasta tanto no se vean reflejados los tiempos laborados con el Ministerio de Defensa no se tendrían las 750 semanas requeridas para el traslado"*.

A la fecha Porvenir S.A. no ha hecho efectivo el traslado solicitado, lo que ha ocasionado graves perjuicios al accionante quien se ha visto impedido de disfrutar su pensión pese a haber realizado todas las gestiones tendientes a obtenerla.

Su hija de 13 años padece síndrome nefrótico lesiones glomerulares focales y segmentarias, y él a su vez padece desde hace más de 10 años afecciones en su estado de salud mental siendo diagnosticado con trastorno de ansiedad, depresión y trastorno del sueño.

Laboró en la Contraloría Distrital de Cartagena desde el 1º de agosto de 2001 hasta el 02 de septiembre de 2018, en el cargo de Profesional Universitario Código 219 Grado 20, el cual ocupaba mediante nombramiento provisional.

El 23 de agosto de 2018, recibió copia de la Resolución No. 258 de 03 de agosto de 2018, mediante la cual le comunicaron su insubsistencia en el cargo que venía desempeñando por el nombramiento en propiedad del señor Crisanto Tilbes Cantillo.

Mediante Oficio T.H. 1164 de 31 de agosto de 2018, se le informó que el señor Crisanto Tilbes Cantillo tomaría posesión del cargo el 03 de septiembre de 2018.

La actuación del Contralor Distrital de Cartagena, relacionada con su declaratoria de insubsistencia se apartó de los criterios de razonabilidad establecidos por la Corte Constitucional en las Sentencias T-326 de 2014 y SU-446 de 2011, pues teniendo conocimiento de su situación pensional, familiar y de salud, decidió proveer su cargo cuando en la planta de personal existían tres cargos de libre nombramiento y remoción iguales al ocupado por el actor, pudiendo este reintegrarse hasta tanto sea resuelta su solicitud pensional.



3.3 CONTESTACIÓN

Porvenir S.A. (fs. 135-139), sostuvo, con fundamento en lo establecido en el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, que se incurrió en una acción temeraria al acreditarse que el accionante presentó con anterioridad otra acción de tutela radicada con el No. 2015-00159 la cual cursó en el Juzgado Segundo de Familia de Cartagena, con identidad de partes, hechos y pretensiones.

Sostuvo que mediante providencia de 14 de octubre de 2015, el Juzgado Segundo de Familia de Cartagena resolvió no amparar los derechos fundamentales del accionante, en consecuencia las pretensiones de la demanda ya fueron objeto de decisión por parte del juez constitucional, por lo que operó el fenómeno de la cosa juzgada.

Afirmó que el accionante está a menos de 10 años de cumplir la edad para acceder a la pensión de vejez establecida para el régimen de prima media con prestación definida, razón por la cual no es posible efectuar su traslado de régimen, adicionalmente a 1º de abril de 1994 no contaba con 15 o más años cotizados, por lo que tampoco es viable acceder a su pretensión de conformidad con lo dispuesto en las Sentencias C-789 de 2002, C-1024 de 2004 y SU-062 de 2010 de la Corte Constitucional.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Oficina de Bonos Pensionales – (fs. 149-159) afirmó que su competencia se limita a la liquidación, emisión, expedición, rendición, pago o anulación de bonos pensionales, sin que le sea posible autorizar el traslado de un afiliado del régimen de ahorro individual con solidaridad al de prima media con prestación definida.

Sostuvo que para el accionante se ha generado un bono pensional complementario por el incremento en el número de semanas cotizadas, el cual se encuentra en estado de liquidación provisional, debido a que Porvenir S.A. no ha efectuado la solicitud de emisión y redención del bono en mención, para lo cual es necesario que previamente el titular acepte la liquidación efectuada.

La Contraloría Distrital de Cartagena (fs. 208-223) sostuvo que efectivamente el actor laboró para esa entidad desde el 1º de agosto de 2001 en el cargo de Profesional Universitario Código 219 Grado 20.

Mediante Acuerdo No.465 de 02 de octubre de 2013, la CNSC convocó a concurso de méritos para proveer los empleos vacantes en carrera



13001-33-33-007-2018-00224-01

administrativa de la Contraloría Distrital de Cartagena, ofertando a través de la Convocatoria No.288 de 2013, el cargo que ocupaba el demandante.

El accionante reúne los requisitos para acceder a la pensión de vejez y su reconocimiento y solicitud de traslado de régimen pensional es de competencia de otras entidades vinculadas a la presente acción.

En la hoja de vida del actor no reposa ningún documento que acredite la situación de salud descrita en la demanda ni su condición de padre cabeza de familia.

La decisión de desvincular al accionante de la entidad se fundó en la implementación del concurso de méritos para proveer los empleos definitivos en carrera administrativa, por lo que quienes conformaron la lista de elegibles poseen las cualidades idóneas para desempeñar el cargo y ostentan el derecho de ser nombrados en el mismo.

Señaló que *"respecto a los cargos que manifiesta el actor que se encuentran disponibles para que el pudiera ser reubicado, me permito manifestar que los mismos no están vacantes, pues se encuentran ocupados por funcionarios por más de cinco años en la entidad, los cuales si gozan de protección por fuero sindical y además son cargos de vinculación totalmente diferente al que el ostentaba"*

La Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES – (fs. 340-349) sostuvo que no se evidencia pretensión por parte del accionante contra COLPENSIONES ya que las solicitudes de traslado y reintegro están dirigidas a Porvenir S.A., y la Contraloría Distrital de Cartagena, respectivamente.

Solicitó su desvinculación de la presente acción por falta de legitimación en la causa por pasiva.

El Ministerio de Defensa Nacional (f.372) sostuvo que no se encuentra registro ni pendiente por resolver ni ya resuelto a nombre del accionante, quien no ha radicado ninguna petición ante esta entidad relacionada con el bono pensional.

Consultó la página web de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público en la cual no figura historia laboral del actor, lo cual imposibilita la obtención de información para la liquidación y actualización del bono.



IV.- FALLO IMPUGNADO (FS. 381-392).

El A- quo, mediante fallo de 03 de octubre de 2018, declaró improcedente la acción de tutela de la referencia en los siguientes términos:

"PRIMERO: Declárase improcedente la solicitud de amparo deprecada por el ciudadano Eduardo del Río Rodríguez contra Porvenir S.A., Colpensiones y la Contraloría Distrital de Cartagena, en su orden y en relación con sus pretensiones de traslado del régimen de ahorro individual al de prima media con prestación definida, a efectos que se tramite su pensión en este último régimen y su reintegro al mismo cargo o al de similares condiciones al que se encontraba laborando en la Contraloría Distrital de Cartagena. Lo anterior, por los motivos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Declárese que la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., viene vulnerando los derechos de petición y debido proceso del actor, al no notificarle una respuesta de fondo, completa y congruente con su pedido de traslado de régimen pensional de fecha 17 de mayo de 2017.

TERCERO: Como medida de protección de los derechos cuya vulneración se ha declarado, se ordena a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, emita y notifique al accionante, respuesta de fondo, congruente y completa frente a la solicitud elevada por este, dirigida a obtener el traslado del régimen pensional fechada el 17 de mayo de 2017.

CUARTO: Deniéguese las demás pretensiones del actor.

QUINTO: No acceder a la solicitud de vinculación expuesta por la Contraloría Distrital de Cartagena, por los motivos expuestos en la parte motiva del presente fallo.

SEXTO: Como medida afirmativa se exhorta a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., para que no incurra nuevamente, en la omisión que origina la presente solicitud de amparo. (...)"

Para sustentar su decisión, el A-quo afirmó que en el presente caso no están dadas las condiciones excepcionales para que por vía de tutela se ordene a las entidades accionadas realizar el traslado del régimen de ahorro individual al de prima media con prestación definida, reconocer la pensión del accionante de conformidad con este último régimen y reintegrarlo a su cargo anterior o a uno de similares condiciones, ya que no hay prueba de afectación al mínimo vital.

En cuanto a la protección de los derechos de petición y debido proceso sostuvo que en reiteradas oportunidades el accionante ha solicitado el traslado del régimen pensional, sin que a la fecha se haya producido un pronunciamiento de fondo por parte de Porvenir S.A. lo que limita su acceso



13001-33-33-007-2018-00224-01

efectivo a la administración de justicia, por lo que ordenó emitir y notificar una respuesta de fondo a la solicitud de 17 de mayo de 2017.

V.- IMPUGNACIÓN (FS. 407-424)

La parte accionante sostuvo que en su condición de prepensionado, persona de la tercera edad con afecciones de salud física y mental, debe ser considerado una persona en situación de debilidad manifiesta con derecho a la estabilidad laboral reforzada, por lo que no podía ser desvinculado de su trabajo.

Afirmó que, aunque dispone de la jurisdicción ordinaria laboral para reclamar la protección de sus derechos, este no es el medio idóneo y eficaz para tal efecto, teniendo en cuenta su estado de salud y situación económica.

Solicitó el reintegro a uno de los cargos de profesional universitario código 219 grado 20 que existen actualmente en la planta de empleos de la Contraloría Distrital de Cartagena, con funcionarios nombrados en provisionalidad, teniendo en cuenta las Sentencias T-373 de 2017 y T-225 de 2012, proferidas por la Corte Constitucional, igualmente solicitó el pago de los salarios y prestaciones dejadas de percibir desde la fecha en que fue declarado insubsistente y el pago de la correspondiente indemnización por despido sin justa causa.

VI.- CONTROL DE LEGALIDAD

La presente acción de tutela no adolece de vicios o nulidades procesales que afecten el correcto trámite de la misma.

VII.- CONSIDERACIONES

7.1 COMPETENCIA

El Tribunal Administrativo de Bolívar, según lo establecido por el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991, es competente para conocer en segunda instancia la impugnación de la sentencia de tutela de la referencia.

7.2 PROBLEMA JURIDICO

Corresponde a la Sala establecer si el accionante tiene la condición de prepensionado y en tal caso si sus derechos fundamentales al trabajo, la



13001-33-33-007-2018-00224-01

estabilidad laboral reforzada, la seguridad social y el mínimo vital han sido violados por la negativa de la accionada a reintegrarlo al cargo igual, similar o superior al que venía desempeñando.

7.3 TESIS DE LA SALA

El actor tiene la condición de prepensionado; sin embargo, la Sala estima que sus derechos no están siendo violados porque no se demostró que en la entidad accionada se encuentren vacantes cargos que puedan ser desempeñados en provisionalidad. Por tal razón se debe modificar el fallo en el sentido de que, en vez de declarar improcedente la acción frente a la pretensión de amparo descrita, se deniegue; sin perjuicio de que exhorte a la demandada a reintegrar al actor al cargo para amparar sus derechos en caso de que se produzca alguna vacante que pueda desempeñar, con el cumplimiento de las condiciones exigidas por la jurisprudencia constitucional para el efecto.

7.4 MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

- La procedencia excepcional de la acción de tutela para solicitar el reintegro laboral

La Corte Constitucional en Sentencia T-357 de 2016 sostuvo frente a la procedencia de la acción de tutela para solicitar el reintegro laboral lo siguiente:

"El artículo 86 de la Constitución consagra la acción de tutela y establece que esta podrá ser invocada por cualquier ciudadano para la protección de sus derechos fundamentales cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades. El ejercicio de la misma está condicionado por la existencia los mecanismos ordinarios de defensa judiciales por lo que la precitada norma dispone que esta "solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Lo anterior significa que el recurso de amparo tiene un carácter subsidiario en la medida en que solo es posible acudir a este cuando los otros mecanismos judiciales son insuficientes para proteger los derechos fundamentales presuntamente vulnerados o amenazados. En desarrollo de la precitada norma constitucional, el artículo 6 del Decreto Estatutario 2591 de 1991 dispone aun cuando existan otros mecanismos de defensa judiciales, esta acción procederá como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. El juez que conozca de una tutela deberá estimar si en el caso concreto los mecanismos ordinarios son eficaces para lograr la protección del derecho invocado. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.



13001-33-33-007-2018-00224-01

Esta apreciación del caso concreto implica tener en cuenta las condiciones particulares de la persona cuyo derecho está siendo presuntamente vulnerado o amenazado, así como los supuestos fácticos que constituyen la conducta vulneradora, y la potencialidad de los mecanismos ordinarios para proporcionar una protección oportuna y efectiva en caso de existir un desconocimiento de los derechos invocados. El que exista un mecanismo de defensa judicial previsto en el ordenamiento para ventilar la controversia llevada a cabo ante el juez constitucional, no es óbice para que el juez de tutela conozca del asunto si se requieren acciones urgentes.

En el caso específico de los reintegros laborales, la Corte ha establecido que la tutela, por regla general, no es el mecanismo idóneo para ventilar controversias de esta naturaleza. Sobre este particular, la sentencia T-341 de 2009 indicó:

La jurisprudencia de esta corporación ha establecido que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para solicitar el reintegro laboral, sin miramientos a la causa que generó la terminación de la vinculación respectiva, al existir como mecanismos establecidos la jurisdicción ordinaria laboral o la contencioso administrativa, según la forma de vinculación del interesado, salvo que se trate de sujetos en condición de debilidad manifiesta, como aquéllos a quienes constitucionalmente se les protege con una estabilidad laboral reforzada.

En relación con las personas protegidas constitucionalmente con estabilidad laboral reforzada, la jurisprudencia constitucional ha considerado tradicionalmente que estas son los menores de edad, los adultos mayores, las mujeres en estado de embarazo y los trabajadores discapacitados. No obstante, se ha establecido que las personas próximas a pensionarse pueden ser sujetos de especial protección constitucional cuando en los hechos presentados al juez de tutela se hace evidente que estas están en riesgo de sufrir una afectación a su mínimo vital.

En la sentencia T-693 de 2015, donde se estudió el caso de una persona de 62 años cuyo contrato de trabajo a término fijo no fue renovado por parte de la Empresa Social del Estado Pasto Salud a pesar de estar próxima a pensionarse, la Corte se manifestó sobre la procedencia de la acción de tutela en este tipo de situaciones:

En innumerables oportunidades, las diferentes Salas de Revisión han precisado que cuando exista un conflicto de índole laboral que comprometa significativamente los derechos fundamentales de una persona de avanzada edad y, además, la acción ordinaria prevista jurídicamente para resolver el conflicto no garantice de manera oportuna y plena las prerrogativas constitucionales comprometidas; la acción de tutela es procedente.

En el mismo sentido, la sentencia T-824 de 2014 se ocupó del caso del reintegro de un trabajador oficial que fue desvinculado por expiración del plazo presuntivo cuando estaba próximo a pensionarse, indicando lo siguiente:

Así bien, la jurisprudencia constitucional ha admitido, de manera excepcional, la procedencia de la tutela para ordenar reintegros laborales, siempre que el juez constitucional se percate de que el medio de defensa existente no resulta eficaz para la protección efectiva de los



13001-33-33-007-2018-00224-01

derechos fundamentales invocados. Ahí podrá, válidamente, garantizar la protección preeminente y efectiva de los derechos fundamentales, aceptando la procedencia de la acción de tutela y estará habilitado para conceder la protección constitucional de manera definitiva, si por la gravedad de las circunstancias del caso resulta ineficaz ventilar el debate ante la jurisdicción laboral.

En este orden de ideas, concluye la Sala que si bien por regla general la tutela no es procedente para solicitar el reintegro de un trabajador, puede suceder que esta sea la vía indicada para ventilar asuntos de esta naturaleza cuando quiera que de las circunstancias del caso concreto se observe que los mecanismos ordinarios no resultan eficaces para lograr una protección efectiva de los derechos fundamentales invocados. En el caso particular de los prepensionados, la edad y el hecho de que el antiguo salario sea el único medio de sustento de quien solicita la protección son indicadores de la precariedad de su situación y, en consecuencia, de la necesidad de que su asunto sea tramitado a través de un mecanismo judicial preferente y sumario como lo es el recurso de amparo.

- La provisión de cargos de la lista de elegibles previo concurso de méritos y la protección especial de las personas en situación de discapacidad, las madres y padres cabeza de familia y los prepensionados.

La Corte Constitucional se ha pronunciado de forma reiterado acerca de la especial protección de los prepensionados y demás sujetos de especial protección constitucional con relación a la provisión de cargos de la lista de elegibles resultante de un concurso de méritos, estableciendo que de ser posible éstos deben ser reintegrados a un cargo similar al que venían desempeñando.

Sobre el particular la Sentencia T-373 de 2017 de la Corte Constitucional estableció lo siguiente:

"En varias oportunidades esta Corporación ha sostenido que los servidores públicos que ocupan en provisionalidad un cargo de carrera gozan de una estabilidad laboral relativa, lo que implica que únicamente pueden ser removidos por causas legales que obran como razones objetivas que deben expresarse claramente en el acto de desvinculación, dentro de las que se encuentra la provisión del cargo que ocupaban, con una persona de la lista de elegibles conformada previo concurso de méritos. En esta hipótesis, la estabilidad laboral relativa de las personas vinculadas en provisionalidad cede frente al mejor derecho de quienes superaron el respectivo concurso.

En ese sentido, la situación de quienes ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa, encuentra protección constitucional, en la medida en que, en igualdad de condiciones pueden participar en los concursos y gozan de estabilidad laboral, condicionada al lapso de duración del proceso de selección y hasta tanto sean reemplazados por quien se haya hecho acreedor a ocupar el cargo en virtud de sus méritos evaluados previamente.



13001-33-33-007-2018-00224-01

Ha señalado igualmente la jurisprudencia de esta Corte, que si bien los actos administrativos que desvinculan a una persona nombrada en provisionalidad en un cargo de carrera, requieren de su respectiva motivación para garantizar el derecho al debido proceso, esto no significa que quienes han sido nombrados en provisionalidad ostentan la misma estabilidad laboral de quien se encuentra en el sistema de carrera por haber accedido al cargo por concurso de méritos.

Sin embargo, esta Corte ha reconocido que dentro de las personas que ocupan en provisionalidad cargos de carrera, pueden encontrarse sujetos de especial protección constitucional, como las madres y padres cabeza de familia, quienes están próximos a pensionarse y las personas en situación de discapacidad, a los que, si bien por esa sola circunstancia no se les otorga un derecho indefinido a permanecer en ese tipo de vinculación laboral, en virtud del derecho ostentado por las personas que acceden por concurso de méritos, sí surge una obligación jurídico constitucional (art. 13) de propiciarse un trato preferencial como medida de acción afirmativa.

Por lo anterior, antes de procederse al nombramiento de quienes superaron el concurso de méritos, han de ser los últimos en removerse y en todo caso, en la medida de las posibilidades, deben vincularse nuevamente en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que venían ocupando, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones especiales al momento de su desvinculación y al momento del posible nombramiento. La vinculación de estos servidores se prolongará hasta tanto los cargos que lleguen a ocupar sean provistos en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional, contenidos, entre otras, en la sentencia SU-917 de 2010.

En conclusión, siguiendo lo indicado por la Sala Plena de esta Corporación en la sentencia de unificación de jurisprudencia SU-446 de 2011, cuando con fundamento en el principio del mérito (art. 125 C.P.) surja en cabeza del nominador la obligación de nombrar de la lista de elegibles a quien superó las etapas del concurso, en un cargo de carrera ocupado en provisionalidad por un sujeto de especial protección como los padres o madres cabeza de familia, limitados físicos, psíquicos o sensoriales y prepensionados, en aplicación de medidas afirmativas dispuestas en la constitución (art. 13 numeral 3º), y en la materialización del principio de solidaridad social (art. 95 ibídem), se debe proceder con especial cuidado previendo dispositivos tendientes a no lesionar sus derechos y en caso de no adoptarse tales medidas, de ser posible, han de ser vinculados de nuevo en provisionalidad en un cargo similar o equivalente al que venían ocupando, de existir la vacante, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones, tanto para la época de su desvinculación, como en el momento del posible nombramiento.



VIII. PRUEBAS RELEVANTES PARA DECIDIR

Con el fin de resolver el problema jurídico planteado en segunda instancia, la Sala encuentra las siguientes pruebas:

- Copia de la Resolución No. 153 de 25 de julio de 2001 mediante la cual se nombró al accionante en el cargo de Profesional Universitario código 340 grado 2 en la Contraloría Distrital de Cartagena. (f.269).

- Copia del Oficio T.H. de 30 de junio de 2010 mediante el cual se le informa al accionante que fue nombrado en el cargo de Profesional Universitario código 340 grado 15. (f.271).

- Copia del Oficio de 2 de mayo de 2002 mediante el cual se le informa al accionante que fue nombrado en el cargo de Profesional Universitario código 219 grado 20. (f.273).

- Copia de la Resolución CNSC-20162110033155 de 26 de septiembre de 2016 por medio de la cual se conformó la lista de elegibles para proveer 24 vacantes del empleo de carrera denominado Profesional Universitario código 219 grado 20 de la Contraloría Distrital de Cartagena, ofertado a través de la convocatoria No. 288 de 2013. (fs. 279-289).

- Copia de la Resolución No. 258 de 3 de agosto de 2018 expedida por la Contraloría Distrital de Cartagena, mediante la cual se declaró insubsistente al accionante y se nombró en periodo de prueba al señor Crisanto Tilbes Cantillo. (fs. 297-299).

- Copia de la historia laboral del accionante en la que consta que tiene 1663 semanas cotizadas efectivamente al sistema. (fs. 248-255).

- Copia de la historia clínica del accionante en la que consta que padece una enfermedad metal crónica. (fs. 69-75).

- Copia del registro civil de nacimiento de la menor Valentina Daniela del Río Jiménez en el que consta que es hija del accionante. (f.114).

- Copia de la historia clínica de la menor Valentina del Río Jiménez en la que consta que padece de síndrome nefrótico lesiones glomerulares focales y segmentarias. (fs. 95-97).



13001-33-33-007-2018-00224-01

- Copia de las certificaciones expedidas por los bancos Av Villas, BBVA, COOPSERP – Cooperativa de Servidores – y GNB Sudameris, en las que constan las obligaciones financieras adquiridas por el accionante. (fs. 98-102).

Copia de la Resolución No. 245 de 26 de julio de 2018, mediante la cual la Contraloría Distrital de Cartagena ajusta la naturaleza de algunos empleos entre los cuales se encuentra el que ocupaba el actor pasando de libre nombramiento y remoción a carrera administrativa. (fs. 63-67).

Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico

En el asunto bajo estudio el actor solicita el reintegro al cargo que desempeñaba en la Contraloría Distrital de Cartagena, así como el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir desde la fecha en que fue declarado insubsistente y el pago de la indemnización por despido injusto.

Por regla general, la acción de tutela es improcedente para solicitar el reintegro laboral de un trabajador, sin embargo, frente al caso particular, observa la Sala que esta resulta ser el medio más idóneo y expedito para lograr el amparo de los derechos fundamentales de accionante, toda vez que, teniendo en cuenta su edad (66 años), estado de salud, situación económica al no disponer de otra fuente de ingresos que le permita solventar sus necesidades básicas y calidad de prepensionado el medio ordinario de defensa carece de eficacia.

Mediante la Resolución CNSC-20162110033155 de 26 de septiembre de 2016 se conformó la lista de elegibles para proveer 24 vacantes del empleo de carrera denominado Profesional Universitario código 219 grado 20 de la Contraloría Distrital de Cartagena, ofertado a través de la convocatoria No. 288 de 2013, y en virtud de lo anterior fue nombrado en el cargo que venía desempeñando el actor el señor Crisanto Tilbes Cantillo.

La motivación de la desvinculación de actor es razonable, toda vez que se sustenta en la lista de elegibles del concurso de méritos en el que fue ofertado el cargo que desempeñaba.

Como se encontró probado, tiene 66 años y para este momento ha cotizado 1300 semanas, por lo que cumple con los requisitos para adquirir el status pensional; sin embargo, aún no se ha consolidado su estatus en atención a que no se ha resuelto su solicitud de cambio de régimen de ahorro individual con solidaridad al de prima media con prestación definida;



13001-33-33-007-2018-00224-01

que aún se encuentra en trámite administrativo y cuya demora no puede imponérsele como carga.

De modo que solo cuando dicha solicitud de traslado sea resuelta, y en el momento actual no depende de él, puede solicitarse el reconocimiento pensional con la respectiva inclusión en nómina de pensionados.

Si bien el derecho a la estabilidad laboral reforzada que le asiste al actor no puede desplazar los derechos de la persona que luego de superar el proceso de selección fue nombrada en el cargo que él desempeñaba, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que en los casos en que la entidad demandada cuente con otros cargos vacantes que puedan ser ocupados por el sujeto de especial protección debe proceder a reintegrarlo, siempre que cumpla la condición de prepensionado en el momento de la desvinculación y la conserve al momento de ser reintegrado.

En el presente caso no se demostró que se encuentren cargos vacantes iguales, similares o de superiores condiciones al que venía ejerciendo el actor, pues conforme a lo informado por la demandada, los que podría ocupar están siendo desempeñados en provisionalidad por empleados con fuero sindical, que tienen igualmente derecho a estabilidad laboral reforzada.

La situación descrita impide acceder a las pretensiones del actor, y por ello se denegarán las pretensiones de amparo y de reintegro fundados en la condición de prepensionado.

Por lo anterior, se modificará la sentencia de primera instancia, en el sentido de que frente a la solicitud de amparo de los derechos fundamentales al trabajo, la estabilidad laboral reforzada, la seguridad social y el mínimo vital del accionante, dada su condición de prepensionado, en vez de declarar improcedente la acción de tutela, se denieguen dichas pretensiones.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

X.- FALLA

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia de 3 de octubre de 2018, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, en el sentido de que, frente las solicitudes de amparo de los derechos fundamentales al



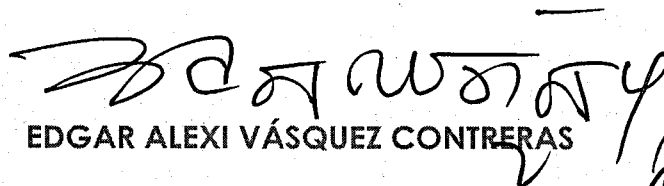
13001-33-33-007-2018-00224-01

trabajo, la estabilidad laboral reforzada, la seguridad social y el mínimo vital del accionante, dada su condición de prepensionado, y el reintegro deprecado, en vez de rechazarse por improcedente se deniegan. En lo demás, se confirma.

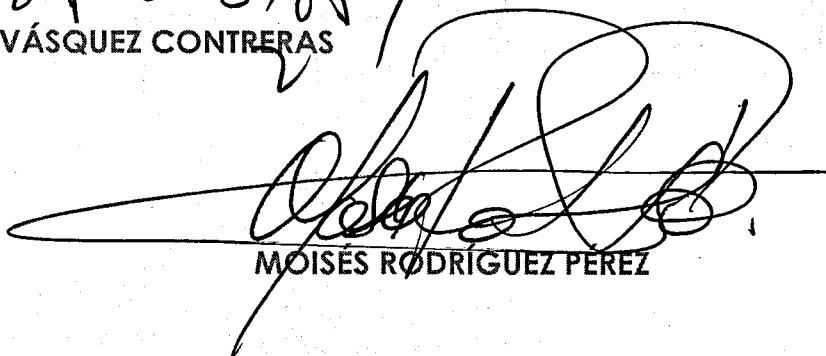
SEGUNDO: ENVIAR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS


CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

