

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO TERCERO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE
DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI-SEDE DESCONCENTRADA SILOE
SENTENCIA No. 085

Santiago de Cali, tres (3) de junio de dos mil veinte (2020).

ASUNTO A RESOLVER

Proferir la sentencia que en derecho corresponda en la Acción de Tutela que ha propuesto la señora MARTHA YOMAIRA CASTRO ALVAREZ contra el MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI-SECRETARIA DE EDUCACION MUNICIPAL, ante la presunta vulneración a sus Derechos Fundamentales al MÍNIMO VITAL y MÓVIL, TRABAJO, A LA SALUD en conexidad con la VIDA, VIDA DIGNA, SEGURIDAD SOCIAL, y a la ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA por encontrarme en debilidad manifiesta.

I. INFORMACIÓN PRELIMINAR

LA ACCION. Considera la accionante, vulnerados los Derechos Fundamentales reseñados con antelación, ante la actuación en que ha incurrido el MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI-SECRETARIA DE EDUCACION, al cancelarle el contrato que había suscrito en provisionalidad, solicitando el amparo y reintegro al cargo que venía ocupando, y/o a uno de iguales o mejores condiciones.

Las pretensiones están fundadas en los siguientes,

HECHOS:

Manifiesta la accionante que en la actualidad cuenta con 60 años de edad, habiendo sido nombrada de forma provisional para ocupar el cargo de Profesional Universitario Código 219 Grado 4 de Fortalecimiento de la Cali, desde el 29 de junio de 2011, el cual fue prorrogado el 27 de diciembre de 2020; Que dicho cargo fue ofertado dentro del concurso de méritos llevado a cabo por la Comisión Nacional del Estado del Estado Civil, en el que no participó, por estar próxima al reconocimiento de su pensión de vejez.

Respecto al Fondo de Pensiones, advierte que tomó la decisión de trasladarse del Fondo de Pensiones PROTECCIÓN S.A., a COLPENSIONES a través de proceso que conoce actualmente el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Cali, bajo el Rad. 7600131-05-014-2018-0014500, dentro del cual se ha fijado fecha para proferir sentencia el 13 de agosto de 2020, agregando la pretensión de reconocimiento de pensión por vejez.

Refiere que según su historia laboral, cuenta con más de 1460 semanas, es decir, cumple con los requisitos mínimos para la pensión de vejez, pero al estar incurso en un proceso judicial relacionado con su pensión, no le es posible disfrutar de una mesada hasta tanto el Juez Laboral defina su situación y ordene a la entidad que corresponda, pagar la mesada pensional.

Informa que el 25 febrero de 2020 informó por escrito al secretario de educación de Cali, respecto a sus especiales condiciones de protección, adjuntando copia de las actuaciones dentro del proceso judicial, informando sobre su estado, a fin de ser protegida en su derecho a permanecer en el empleo.

Indica que desde el inicio de las medidas de cuarentena por el Covid 19, la administración le recomendó y ordenó gestionar trabajo desde casa, siendo parte de la población de mayor riesgo (hipertensión arterial, episodios de bronquitis y neumonía).

Que el día 4 de abril del año en curso, se le comunicó de la existencia del Decreto No. 4112.010.2015 de febrero 06/2020 emitido por el Alcalde Municipal, por medio del cual se le declara insubsistente de manera tácita, del cargo que venía ocupando como Profesional Universitaria Grado 04, acto administrativo por el cual se nombró a la señora DIANA PATRICIA MONTES PEÑA, identificada con CC 66847959, sin tener en cuenta sus condiciones especiales (salud y pre-pensionable).

Señala que sus ingresos dependen únicamente del salario devengado, dependiendo de ello los gastos básicos de manutención y pago de créditos bancarios, además de los gastos de mantenimiento de su señora madre de nombre Dioselina Álvarez (93 años) a su cargo.

II. TRÁMITE.

Mediante Auto Interlocutorio No. 1141 del 20 de mayo de 2020, se admitió la acción en contra del MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI-SECRETARIA DE EDUCACION MUNICIPAL, vinculando a la AFP PROTECCIÓN S.A. y a la señora DIANA PATRICIA MONTES PEÑA en su calidad de Litis Consortes necesarios, notificándoles en debida forma, concediéndole el término legal para que se manifestaran sobre los hechos enunciados y las actuaciones adelantadas en relación a los mismos.

RESPUESTA DE LA ACCIONADA MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI-SECRETARIA DE EDUCACION MUNICIPAL

La entidad accionada a través del secretario de educación, corrobora que la Alcaldía de Santiago de Cali, nombró de manera provisional a la señora MARTHA YOMAIRA CASTRO ÁLVAREZ, en el cargo de Profesional Universitario, Código 219, grado 04 mientras se efectuara la provisión definitiva de dicho empleo a través del concurso de méritos, cuyo resultado posterior fue el nombramiento en periodo de prueba de la señora DIANA PATRICIA MONTES PEÑA mediante Decreto No 4112.010.20.0215 del 6 de febrero de 2020, y como consecuencia de lo anterior, se dio por terminado el nombramiento

Reitera respecto al reintegro pretendido por la accionante, en otro cargo como el que venía desempeñando, la naturaleza provisional de la vinculación de ésta, hasta la provisión del cargo, el cual fue provisto mediante la realización de un concurso público y abierto de méritos.

Respecto a lo indicado por la accionante de contar con fuero constitucional por ser cabeza de hogar, no basta la manifestación de una mujer, pues dicha protección no es automática, por el contrario, es indispensable acreditar las condiciones específicas para su aplicación, sin que durante la vigencia de la relación laboral, la señora Martha Yomaira, haya solicitado el reconocimiento de tal condición, ni aportado pruebas para acreditarlo.

Respecto al fuero constitucional por salud, indican que éste solo procede ante el padecimiento de enfermedades catastróficas o de algún tipo de discapacidad debidamente calificada, pues no se trata de patologías comunes sino de afecciones de gran envergadura, que permitan predicar de un persona, una situación de salud que amerite cualquier tipo de trato diferencial de carácter laboral.

Respecto al aducido FUERO CONSTITUCIONAL DEL PREPENSIONADO, indican que para la Corte Constitucional, 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, amparando 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.

Reseñan algunas normas contentivas de los requisitos para acceder a la pensión; el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, consagra que para tener derecho a la pensión de vejez el afiliado debe (i) haber cumplido 57 años de edad en el caso de la mujer y 62 años para el hombre y (u) haber cotizado 1300 semanas. Sin que baste con que una persona acredite el cumplimiento de uno de los dos requisitos.

Advierte que en forma idéntica, opera para quienes pretendan hacer valer su condición de pre-pensionados, es decir, para que a una persona le sea reconocido el beneficio de la estabilidad laboral por encontrarse próxima a pensionarse, su rango de edad puede variar entre los 54 y 57 años si es mujer, y entre los 59 y 62 años si es hombre, e incluso puede ser mayor, pero, además, le debe faltar máximo 156 semanas por cotizar, que corresponden a 3 años. (Sentencia T-595 de 2016, Corte Constitucional).

En consecuencia, cuando un servidor cumple con los requisitos para acceder a la pensión de vejez, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización y la edad, en caso de desvinculación, no se frustra el acceso a la pensión, de allí que no haya lugar a considerar que la persona sea beneficiaria del fuero constitucional de "prepensionable", dado que ya adquirió el status pensional y su inclusión en nómina de pensionados podrá efectuarse de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente.

Reseñan que conforme a la historia laboral, la señora MARTHA YOMAIRA actualmente cuenta con la edad de 60 años y con 1.493 semanas cotizadas, esto es, ya goza del status pensional consolidado, con lo que se desvirtúa que goce de fuero constitucional de prepensionada, lo cual solo le asiste a aquellos funcionarios a quienes les falten los requisitos antedichos, situación diametralmente opuesta a la de la accionante.

Refieren que en todo caso, y aún en el equivocado supuesto de que a la hoy accionante se le considere como pre-pensionable, madre cabeza de familia o el padecimiento de una enfermedad catastrófica y en atención a esta, se configuren los presupuestos para ser merecedora del fuero constitucional por ese hecho, las acciones afirmativas a su favor prosperarían únicamente si existe un margen de maniobra para la administración en razón de la diferencia entre las plazas ofertadas y aquellas efectivamente fueron proveídas mediante la lista de elegibles correspondiente y si la respuesta es negativa, entonces solo subsistirá la acción afirmativa de desvincularla en el mayor tiempo posible, dado que a los empleados públicos nombrados en provisionalidad no se les otorga un derecho indefinido a permanecer en un empleo, disfrutando de las prerrogativas propias de los funcionarios de carrera.

Consideran que la accionante tiene asegurado su Mínimo Vital y Móvil, puesto que ha obtenido el status pensional, puesto que el litigio que adelanta con los fondos de pensiones, no versa sobre la negación de dicho derecho, sino sobre el cambio de régimen, lo cual en cualquier caso le asegura una mesada pensional.

Refieren que el despacho debe tener en cuenta que se debe realizar una valoración bajo los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, acotando que resultaría irrazonable y desproporcionado condenar a la Secretaría de Educación a reintegrar a un funcionario que no tiene la condición de prepensionado (por haber cumplido el status), aún a sabiendas de que esta entidad no cuenta con margen de maniobra para efectuar dicho reintegro.

Conforme a las consideraciones antecedentes, solicitan declarar la IMPROCEDENCIA de la presente acción, arguyendo no haber incurrido en vulneración a Derecho Fundamental alguno de la accionante.

RESPUESTA DE LA VINCULADA FONDO DE PENSIONES PROTECCIÓN

Notificado debidamente a través de correo electrónico, dan respuesta a través de la representante legal, afirmando que la señora **Martha Yomaira Castro Álvarez**, presenta afiliación al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por ING, hoy Protección S.A, desde el día 07 de marzo de 1997, como traslado de régimen proveniente del ISS, hoy Colpensiones, y la efectividad de dicha afiliación se presentó el día 01 de mayo de la misma anualidad; Que revisados los registros no encontraron solicitud formal de prestación económica por vejez por parte de la accionante; Informa que la accionante interpuso un proceso ordinario laboral en contra de dicha administradora y Colpensiones, pretendiendo la nulidad de la afiliación en el Régimen de Ahorro Individual y el retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, el cual está siendo conocido por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Cali, con radicado N° 2018 – 00145, a la fecha en trámite.

Precisan que la AFP PROTECCIÓN S.A., desconoce los hechos relacionados con la terminación del contrato laboral suscrito entre la accionante y el **MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI – SECRETARIA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL** ya que no participó en dicho trámite de desvinculación, por lo que no han vulnerado derecho fundamental alguno a la accionante.

Reiteran que la señora Castro Álvarez no ha presentado solicitud de pensión de vejez ante el AFP Protección S.A., y que una vez presentada, deberán verificar si cumple con los requisitos para acceder a ella.

Finalmente solicitan se desvincule a AFP PROTECCIÓN S.A.S., de la presente acción, al no haber conculcado Derecho Fundamental alguno y no tener incidencia en el trámite que ha seguido el empleador de la accionante para la terminación de su relación contractual.

RESPUESTA DE LA VINCULADA SEÑORA DIANA PATRICIA MONTES PEÑA

Habiendo sido notificada a través de correo electrónico da respuesta, informando ser profesional en Psicología, con especialización en Talento Humano, actualmente finalizado la maestría en Alta Dirección en Servicios Educativos, con experiencia en Docencia Universitaria, ejerciendo cargos en la Gobernación del Valle del Cauca y en el Municipio de Santiago de Cali en provisionalidad, por más de veinte años.

Indica que en el año 2017, la Comisión Nacional del Servicio Civil, convocó a concurso abierto de méritos, ofertando cargos para proveer de manera definitiva las vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la Planta de Personal de la Alcaldía de Santiago de Cali, convocatoria a la cual accedió, superando todas las etapas, con el cumplimiento de los requisitos exigidos para el cargo.

Que previas las etapas del proceso, el 6 de febrero de 2020, se profirió el Decreto 4112.010.20.0215, por el cual se le nombró en periodo de prueba, como Profesional Universitario, código 219 Grado 4, en la posición número 1, identificado con Código OPEC No.74010, adscrito a la Secretaria de Educación Municipal de Santiago de Cali, en prestación del Servicio Educativo Subsecretaria de la Calidad Educativa –Evaluación de la Calidad del Servicio Educativo Nivel Central.

Que el día 15 de abril del 2020, tomó posesión del cargo de Profesional Universitario Grado 04 código 2019, reiterando haber superado las etapas del concurso, habiendo ocupado el primer puesto de la lista de elegibles, estimando haberse ganado el derecho a ostentar el cargo.

Solicita se le desvincule de la presente acción constitucional como Litis Consorte necesario, considerando que los hechos no son consecuencia de su acción u omisión.

III. CONSIDERACIONES DE LA INSTANCIA

CONSIDERACIONES PREVIAS.

La Acción de Tutela se encuentra consagrada en la Constitución Política de Colombia en su artículo 86, a fin de que toda persona pueda reclamar, ante los jueces, en todo momento y lugar, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando quiera que estos resulten amenazados o quebrantados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares por excepción.

El inciso tercero de la citada disposición, contempla que dicha acción sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En desarrollo del precitado canon, se expide el Decreto 2591 de 1991, el cual establece en su artículo 6° que la existencia de otros medios de defensa judiciales debe ser apreciada en concreto, en cuanto a su eficiencia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.

Asimismo, el artículo 14 del mismo decreto establece que la acción puede ser ejercida sin ninguna formalidad o autenticación, por memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito.

Por último, el artículo 22 ibídem preceptúa que el juez, tan pronto llegue al convencimiento respecto de la situación litigiosa, puede proferir el fallo sin necesidad de practicar las pruebas solicitadas; en el caso, se han aportado las siguientes copias:

IV. PRUEBAS DOCUMENTALES:

Se aportaron a la acción las siguientes pruebas:

ACCIONANTE

- Copia de la cédula de ciudadanía de la accionante
- Copia Acta de Posesión 29/06/2011
- Copia cartas de designación de funciones
- Copia de Decreto 27/12/2011 nombramiento
- Copia de la historia clínica
- Copia informe sobre proceso de Nulidad de Traslado
- Copia del Decreto 06/02/2020 referente a la terminación del contrato
- Copia de recibos de obligaciones bancaria y personales
- Copia de la cédula de ciudadanía

VINCULADA

- Copia del Acta de Posesión
- Copia de la cédula de ciudadanía
- Copia de certificado de experiencia
- Copia de la lista de elegibles
- Copia de notificación del nombramiento

V. PROBLEMÁTICA JURÍDICA PLANTEADA.

Se contrae a determinar si el MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI-SECRETARIA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL, y/o las vinculadas han incurrido en vulneración a los Derechos Fundamentales a la Estabilidad Reforzada del Pre-pensionable, al Mínimo Vital y Móvil, a la Seguridad Social de la señora MARTHA YOMAIRA CASTRO ALVAREZ, al dar por terminado su contrato laboral sin tener en cuenta sus condiciones de salud, su condición de cabeza de hogar y/o de pre-pensionable, y/o en su defecto la accionada ya detenta dicho derecho.

TESIS DEL DESPACHO.

La tesis que sostiene esta instancia, con fundamento en múltiple jurisprudencia constitucional, de cara a los hechos y documentos allegados, es que el MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI-SECRETARIA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL, no ha incurrido en vulneración a los Derechos Fundamentales a la Estabilidad Reforzada, al Mínimo Vital y Móvil, a la Seguridad Social de la señora MARTHA YOMAIRA CASTRO ALVAREZ, al dar por terminado su contrato laboral, puesto que la accionante ya detenta el status pensional y su inclusión a nómina se puede realizar antes o después de terminado el contrato, conforme a los siguientes argumentos:

VI. CONSIDERACIONES NORMATIVAS.

La Acción de Tutela se encuentra consagrada en la Constitución Política de Colombia en su artículo 86, para que toda persona pueda reclamar, ante los jueces, en todo momento y lugar, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando quiera que estos resulten amenazados o quebrantados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares por excepción.

El inciso tercero de la citada disposición contempla que dicha acción sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En desarrollo del precitado canon, se expide el Decreto 2591 de 1991, el cual establece en su artículo 6° que la existencia de otros medios de defensa judiciales debe ser apreciada en concreto, en cuanto a su eficiencia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.

Igualmente, la Corte Constitucional ha afirmado que en atención que la Acción de Tutela ha sido establecida para proteger los derechos fundamentales de las personas, no basta sólo con determinar si existen medios alternos de defensa judicial sino que se debe analizar 1) si es idóneo y eficaz y, 2) si es inminente la ocurrencia de un perjuicio irremediable que vulnere los derechos alegados.

Para determinar lo anterior, resulta indispensable realizar un estudio de cada caso en concreto y establecer lo siguiente:

- Si la utilización del medio o recurso de defensa judicial existente ofrece la misma protección que se lograría a través de la acción de tutela¹.
- El tiempo de decisión de la controversia ante la jurisdicción ordinaria
- El agotamiento de la posibilidad de ejercicio del derecho fundamental durante el trámite²

¹ Sentencia T-068 de 2006.

² Sentencia T-979 de 2006.

- La existencia de medios procesales a través de los cuales puedan exponerse los argumentos relacionados con la protección de los derechos fundamentales³
- Las circunstancias que excusen o justifiquen que el interesado no haya promovido o no espere promover los mecanismos ordinarios que tiene a su alcance⁴
- La condición de sujeto de especial protección constitucional del peticionario, que exige una particular consideración de su situación⁵.

Así entonces, es claro para ésta instancia que en los casos descritos con anterioridad se ha admitido excepcionalmente el amparo definitivo en materia de tutela de los derechos fundamentales.

Ahora bien, si la acción de amparo se instaura con el fin de evitar la consumación de un perjuicio irremediable, el accionante debe demostrar de forma suficiente la necesidad de la medida y, para tal fin la Jurisprudencia ha determinado los elementos que deben concurrir para el acaecimiento de un perjuicio irremediable, a saber⁶:

- Que se esté ante un **perjuicio inminente** o próximo a suceder, lo que exige un grado suficiente de certeza respecto de los hechos y la causa del daño.
- El **perjuicio debe ser grave**, esto es, que conlleve la afectación de un bien susceptible de determinación jurídica, altamente significativo para la persona.
- Se requiera de **medidas urgentes** para superar el daño, las cuales deben ser adecuadas frente a la inminencia del perjuicio y, a su vez, deben considerar las circunstancias particulares del caso
- Las **medidas de protección deben ser impostergables**, lo que significa que deben responder a condiciones de oportunidad y eficacia, que eviten la consumación del daño irreparable.

A partir de lo anterior, se infiere que, la carga probatoria recae en la parte actora al tener que acreditar ante el Juez de Tutela la importancia de su solicitud y las consecuencias adversas que generaría para sus derechos fundamentales la no implementación de medidas de protección.

A partir de lo expuesto es claro entonces, que en principio la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para resolver las controversias laborales en las que se pretende el reintegro laboral, el pago de las acreencias dejadas de percibir, y se atiendan las recomendaciones del médico laboral, puesto que es la jurisdicción ordinaria laboral o la de lo contencioso administrativo la encargada de dirimir tal controversia. No obstante, el legislador ha provisto por vía de excepción dicho mecanismo cuando: (i) resulte irrazonable o desproporcionado someter a la persona que se encuentra en circunstancias excepcionales, al tiempo que tarda la adopción de la decisión en un proceso ordinario judicial y (ii) la intervención del juez de tutela sea indispensable para evitar la consumación de un perjuicio irremediable⁷, pues de no darse tales criterios aun cuando se trate de una persona con debilidad manifiesta, será la jurisdicción ordinaria o la contenciosa administrativa (según la calidad del trabajador), quien tendrá a cargo el conocimiento del asunto.

³ Sentencia T-843 de 2006.

⁴ Sentencia T-512 de 2009.

⁵ Sentencia T-656 de 2006.

⁶ Sentencia T-107 de 2010.

⁷ Sentencia T-566 de 2011, T-125 de 2009 y T-041 de 2014.

Referente al caso que aquí se trata la Corte Constitucional

“74. De manera preliminar, la sentencia C-795 de 2009⁸, antes referida, pese a que se limitó a analizar la constitucionalidad de una norma atinente a la liquidación de entidades públicas de la Rama Ejecutiva, aclaró que la estabilidad laboral de las personas próximas a pensionarse es de origen suprallegal, pues responde a imperativos constitucionales, erigidos como fines esenciales del Estado Social de Derecho:

“23. Aunque la protección laboral reforzada que el legislador otorgó a aquellas personas que se encontraban en las condiciones descritas por el artículo 12 de la ley 790 de 2002, se circunscribió en su momento, a aquellos trabajadores que eventualmente pudieran verse afectados en desarrollo del programa de renovación de la administración pública, la Corte Constitucional ha sentenciado[26] que dicha protección, es de origen suprallegal, la cual se desprende no solamente de lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución que establece la obligación estatal de velar por la igualdad real y efectiva de los grupos tradicionalmente discriminados y de proteger a las personas en circunstancias de debilidad manifiesta, sino de los artículos 42, 43, 44 y 48 superiores; se trata en consecuencia de una aplicación concreta de las aludidas garantías constitucionales que están llamadas a producir sus efectos cuando quiera que el ejercicio de los derechos fundamentales de estos sujetos de especial protección pueda llegar a verse conculcado.

En suma, la implementación de este tipo de medidas responde a imperativos constitucionales que se desprenden de los artículos 13, 42, 43 y 44 superiores, entre otros, y que constituyen en sí mismos fines esenciales en el Estado Social de Derecho[27]⁹”

75. En concordancia con lo anterior, mediante sentencia T- 186 del 2013¹⁰ la Corte accedió a las súplicas de la demanda en el caso de una señora vinculada en provisionalidad al INCODER y declarada insubsistente con ocasión al concurso de méritos realizado. En esa oportunidad se advirtió que no debe confundirse la estabilidad laboral de las personas próximas a pensionarse con la figura del retén social, cuyo margen de aplicación se encuentra circunscrito a los procesos de renovación de la Administración Pública, comoquiera que el retén social es uno de los múltiples mecanismos previstos para garantizar los derechos fundamentales de los prepensionados.

“Con todo, debe hacerse una distinción conceptual de especial importancia para la solución de los problemas jurídicos materia de esta decisión. El fundamento del reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada de los prepensionados no es un asunto que dependa de un mandato legislativo particular y concreto, sino que tiene raíz constitucional. 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, 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.

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

⁸ Ver punto 71.3.

⁹ Las notas de pie visibles en el texto corresponden a las citas realizadas en la sentencia C-795 de 2009.

¹⁰ M.P. Luis Ernesto Vargas.

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 prepensionado y del aspirante.”

76. Del mismo modo, en un pronunciamiento reciente, sentencia T-357 de 2016¹¹, la Corte Constitucional estudió el caso de un señor desvinculado del Banco Agrario de Colombia S.A. pese a su condición de prepensionado y decidió revocar la tutela de segunda instancia, a fin de que al actor le fuera amparado su derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada. Al respecto, se manifestó que la protección otorgada a los prepensionados ha trascendido la esfera de la restructuración estatal, hasta el punto de incluir a los trabajadores del sector privado que han sido desvinculados de su lugar de trabajo:

*En este orden de ideas, la condición de prepensionado, 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 **cobija 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. Por otro lado, el derecho a la estabilidad laboral reforzada que de esta condición se deriva se concretiza en la garantía de no desvinculación del servicio por el mero acaecimiento del plazo pactado o presuntivo como causa suficiente de terminación, por lo que deberá ordenarse el reintegro de los trabajadores próximos a pensionarse cuyos contratos hayan sido terminados por estas causales** cuando quiera que la finalización de la relación laboral signifique para el trabajador una afectación de sus derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital, verificable por el hecho de que el sustento del trabajador y se derive del salario que percibía. (Negrilla fuera del texto)*

En la misma providencia, esta Corporación precisó que en todo caso, “a pesar de haberse superado el contexto de la renovación de la administración pública como requisito para ser considerado sujeto de especial protección constitucional en el caso de los prepensionados, la Corte ha protegido los derechos de estas personas cuando su desvinculación suponga una afectación de su mínimo vital derivada del hecho de que su salario y eventual pensión son la fuente de su sustento económico.”

77. En síntesis, la Sala colige que la estabilidad laboral reforzada de la que gozan los prepensionados no es solo aquella que se desprende del retén social, sino que es una garantía susceptible de exigirse (i) ante la existencia de un vínculo laboral administrativo de funcionarios nombrados en propiedad¹² o en provisionalidad y (ii) en los eventos en los que al solicitante desvinculado de su lugar de trabajo le falten 3 años o menos para cumplir los requisitos, edad y tiempo de servicio o semanas cotizadas, para adquirir el derecho pensional. En todo caso, el examen en sede de tutela de estas hipótesis exige un estricto examen de subsidiariedad, tal y como la Corte lo ha hecho en esta oportunidad.

No obstante, dicha estabilidad laboral reforzada para los prepensionados no constituye un derecho absoluto, pues en caso de existir una justa causa el empleador podrá desvincular al trabajador de su

¹¹ M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹² No puede tomarse como causal de desvinculación válida la edad de retiro forzoso sin antes verificar que el funcionado hubiese cumplido con todos los requisitos para adquirir el estatus de pensionado. En consecuencia, en estos eventos la estabilidad laboral reforzada de los prepensionados, también se activa. Al respecto ver sentencia T-376 de 2016, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

lugar de trabajo. Contrario a ello, si el empleado es apartado de su cargo debido a su condición de persona próxima a pensionarse o sin tomar en cuenta tales condiciones y sin existir justa causa que lo amerite, se activa la protección laboral...”¹³

VII. CONSIDERACIONES FÁCTICAS.

Sea lo primero señalar que la accionante solicita protección a sus Derechos Fundamentales al Mínimo Vital, Trabajo, Vida Digna, Seguridad Social, Estabilidad Laboral Reforzada por debilidad manifiesta, y/ó status de pre-pensionable, pretendiendo se ordene su reintegro al cargo provisional que venía ocupando hasta febrero del corriente año, o a uno de iguales o mejores condiciones, el cual fue proveído por persona vinculada al presente trámite.

Por su parte la entidad accionada, informó que la desvinculación de la accionante, obedeció al hecho de haber aplicado la lista de opcionados de la Comisión Nacional del Servicio Civil para el cargo desempeñado por la accionante en provisionalidad, nombrando a la señora DIANA PATRICIA MONTES PEÑA en periodo de prueba, considerando no haber vulnerado derecho fundamental alguno a la accionante por estar investida por el fuero constitucional de prepensionada, toda vez que en la actualidad cuenta con 60 años de edad y 1493 semanas cotizadas, encontrándose consolidado su status pensional, sin haber acreditado ser cabeza de hogar, ni soportar enfermedad catastrófica.

A su vez la vinculada, señora DIANA PATRICIA MONTES PEÑA, manifiesta que llegó al cargo, una vez aprobado todas las etapas de concurso de méritos convocado por la Comisión Nacional del Servicio Civil, ocupando el primer puesto para el cargo desempeñado en forma antecedente por la accionante, no habiendo vulnerado ningún derecho fundamental.

En el mismo, sentido el Fondo de Pensiones PROTECCIÓN S.A., manifiesta no ser vulnerador de Derechos Fundamentales de la accionante, quien a la fecha no ha efectuado la solicitud correspondiente para obtener el reconocimiento de la pensión de vejez, siendo conocedores del proceso ordinario laboral instaurado a efecto de declarar la nulidad del traslado de fondo pensional.

Entra este despacho a analizar si procede la protección del fuero constitucional de prepensionabilidad de la accionante, esto es que se encuentre en un rango de edad entre 54 y 57 años de edad, y que le falten semanas cotizadas, determinándose que la señora CASTRO ALVAREZ en actualidad cuenta con 60 años de edad, y ha superado el número de semanas cotizadas para obtener su pensión de vejez, con lo que se tiene que ha adquirido su status pensional, siendo su decisión solicitar o no el reconocimiento del mismo, ante el Fondo de Pensiones Protección S.A., lo cual no ha realizado, según los hechos y el dicho de la AFP.

Se deberá declarar la improcedencia de la presente acción de tutela al no advertirse la existencia de un perjuicio irremediable o afectación a un derecho fundamental alguno, porque la accionante tiene consolidado su derecho, a solicitar el reconocimiento de su pensión de vejez, desde el momento de haber cumplido con todos los requisitos legales de acuerdo al artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, esto es desde sus 57 años de edad y 1300 semanas de cotización, sin que se pueda predicar que sea pre-pensionable.

Igualmente no ha acreditado la accionante estar afectada por una enfermedad catastrófica, en situación de indefensión y/ó ser cabeza de familia, lo cual hace improcedente la incursión del Juez Constitucional.

¹³ T-595/16 Mag. Pon. Alejandro Linares Cantillo

VIII. DECISIÓN

Por lo anteriormente expuesto, el Juzgado Tercero De Pequeñas Causas Y Competencias Múltiples De Cali- Sede Desconcentrada de Siloé, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la Ley.

RESUELVE:

PRIMERO.- DENEGAR POR IMPROCEDENTE EL AMPARO A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA ESTABILIDAD REFORZADA (PREPENSIONABLE-CABEZA DE HOGAR), SEGURIDAD SOCIAL, SALUD TRABAJO, Y MÍNIMO VITAL Y MÓVIL de la ciudadana MARTHA YOMAIRA CASTRO ALVAREZ, identificada con cédula de ciudadanía No. 31.520.689, ante la presunta vulneración de éstos, por parte de la **ALCALDIA DE SANTIAGO DE CALI-SECRETARIA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL** y/o las vinculadas acorde a los argumentos fácticos, legales y reseñas jurisprudenciales expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- NOTIFICAR la presente decisión a las partes, en los términos del artículo 30 del Decreto No. 2591 de 1991.

TERCERO.- ES IMPUGNABLE lo resuelto dentro de los tres (03) días siguientes a su notificación, de conformidad con lo reglado en el artículo 31 del Decreto No. 2591 de 1.991.

CUARTO.- REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, de no ser impugnado este proveído.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

(ORIGINAL FIRMADO)
SONIA DURAN DUQUE
JUEZA

Chris.-

RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO TERCERO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MULTIPLE
CARRERA 52 # 2-00 PISO 3 BARRIO EL LIDO
CASA DE LA JUSTICIA DE SILOE
j03pqccmcali@cendoj.ramajudicial.gov.co
CALI-VALLE

Cali, 3 de junio de 2020

Oficio No.
URGENTE

Señores:
MUNICIPIO SANTIAGO DE CALI- SECRETARIA DE EDUCACION MPAL.
La Ciudad,

Señores:
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A
La Ciudad,

Señora:
DIANA PATRICIA MONTES PEÑA
diana.montes@cali.gov.co
diamont72@hotmail.com
La Ciudad,

Señora:
MARTHA YOMAIRA CASTRO ALVAREZ
mayitocali@gmail.com
La Ciudad,

ACCIONANTE: MARTHA YOMAIRA CASTRO ALVAREZ ACCIONADO : MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI VINCULADO: ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., y otros. RADICACION : 76001-41-89003-2020-00375-00
--

Para los efectos legales, por medio del presente NOTIFICO que mediante Sentencia No. 085 del 3 de junio de 2020 proferido en el asunto en referencia, éste Despacho dispuso: “PRIMERO.- DENEGAR POR IMPROCEDENTE EL AMPARO A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA ESTABILIDAD REFORZADA (PREPENSIONABLE- CABEZA DE HOGAR), SEGURIDAD SOCIAL, SALUD TRABAJO, Y MÍNIMO VITAL Y MÓVIL de la ciudadana MARTHA YOMAIRA CASTRO ALVAREZ, identificada con cédula de ciudadanía No. 31.520.689, ante la presunta vulneración de éstos, por parte de la ALCALDIA DE SANTIAGO DE CALI-SECRETARIA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL y/o las vinculadas acorde a los argumentos fácticos, legales y reseñas jurisprudenciales expuestas en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO.- NOTIFICAR la presente decisión a las partes, en los términos del artículo 30 del Decreto No. 2591 de 1991. TERCERO.- ES IMPUGNABLE lo resuelto dentro de los tres (03) días siguientes a su notificación, de conformidad con lo reglado en el artículo 31 del Decreto No. 2591 de 1.991. CUARTO.- REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, de no ser impugnado este proveído. NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE. SONIA DURAN DUQUE JUEZA”.

Atentamente,
(ORIGINAL FIRMADO)
ANA CRISTINA GIRON CARDOZO
Secretaria