



Barranquilla, veintisiete (27) de noviembre de dos mil veinte (2020).

PROCESO: 08001-40-53-003-2020-00419-00.
ACCIONANTE: GENARO CESAR GUELL FLOREZ
ACCIONADO: ALCALDIA DISTRITAL DE BARRANQUILLA

ACCION DE TUTELA

Procede el Despacho a decidir la presente acción de tutela impetrada por el señor GENARO CESAR GUELL FLOREZ, a través de apoderada judicial, en contra de la ALCALDIA DISTRITAL DE BARRANQUILLA, por la presunta violación a su(s) Derecho(s) Constitucional(s) Fundamental(s) a la especial protección de las personas de la tercera edad, estabilidad laboral reforzada por condición de padre cabeza de familia, prepensionado y persona con fuero sindical, al trabajo, a la salud, a la seguridad social, a la vida digna, a la familia, al mínimo vital y a la igualdad de los trabajadores.

1 ANTECEDENTES

1.1 SOLICITUD

El señor GENARO CESAR GUELL FLOREZ, a través de apoderada judicial, solicita se protejan los derechos fundamentales invocados, y en consecuencia de manera transitoria hasta que la justicia ordinaria resuelva de fondo la controversia del despido del servidor público, se ordene a la ALCALDIA DISTRITAL DE BARRANQUILLA a reintegrarle a un cargo igual o superior al que ocupaba al momento de la expedición de la Resolución 4003 del 2020 del 13 de octubre de 2020, que declaró la insubsistencia de su nombramiento provisional, sin solución de continuidad y cancelándosele todos los salarios y prestaciones dejadas de percibir desde el momento de su retiro hasta su reintegro; que se ordene el pago de la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y se otorgue el término de 4 meses para que acuda a la justicia ordinaria a discutir de manera definitiva la situación planteada.

1.2 HECHOS Y ARGUMENTOS DE DERECHO

En el caso de la referencia la pretensión del actor, se fundamenta en los hechos que se resumen a continuación.

1.2.1 Manifiesta que, fue nombrado y vinculado en provisionalidad por la ALCALDIA DISTRITAL DE BARRANQUILLA, en el cargo de INSPECTOR DE POLICIA URBANA CATEGORIA ESPECIAL Y CATEGORIA 1, desde el 27 de enero de 2006.

1.2.2 Relata que, en el año 2018 se convocó a concurso abierto para la provisión de cargos en vacancia definitiva del Sistema General de Carrera Administrativa, convocatoria 758 de 2018- Territorial Norte el día 10 de octubre de 2018 en el que se incluyó el cargo por él ocupado. Proceso que culminó y la Comisión Nacional del Servicio conformo la lista de elegibles para proveer las vacantes definitivas del empleo denominado "*Inspector de Policía Urbano Categoría Especial y 1ª Categoría, Grado 233-08*"



- 1.2.3 Indica que, mediante Resolución 4003 del 2020 del 13 de octubre de 2020, notificada virtualmente el 30 de octubre de 2020, se declaró la insubsistencia del nombramiento en provisionalidad para el cargo que ocupaba, a través de la SECRETARÍA DE GESTIÓN HUMANA DE DICHA ENTIDAD, sin haber hecho un análisis del puesto de trabajo.
- 1.2.4 Sostiene que, la accionada no tuvo en cuenta para declarar la insubsistencia del nombramiento en provisionalidad, que se encontraba amparado por el fuero de estabilidad reforzada, ya que, reúne la condición de prepensionado, por estar a menos de 3 años, para obtener la pensión de vejez en el régimen de ahorro individual, bien sea por aportes, ya que en menos de tres años suma los aportes necesarios para obtener la pensión o a menos de tres años, de obtener la pensión por garantía de pensión mínima. Al igual, que, por ser padre cabeza de familia, al tener a cargo a su compañera permanente ROSALBA MENDOZA CAÑAS, quien es una persona de la tercera edad, hipertensa y beneficiaria en el Sistema de Salud.
- 1.2.5 Sostiene que, no se tuvo en cuenta que esta cobijado por fuero sindical, en virtud de la condición de Vicepresidente del Sindicato ASOCIACION SINDICAL DE SERVIDORES PÚBLICOS DEL DISTRITO DE BARRANQUILLA, desde el 19 de diciembre de 2016.
- 1.2.6 Afirma que, por su edad, le será imposible conseguir una oportunidad laboral que le permita seguir cotizando y alcanzar su pensión de vejez, para obtener los ingresos mínimos de subsistencia.
- 1.2.7 Comenta que, la accionada, omitió remitir a la Comisión Nacional del Servicio Civil y al Ministerio encargado, el listado de trabajadores que se encontraban en Condiciones Especiales, al momento del concurso.
- 1.2.8 Expone que, las especiales condiciones en que se encuentran con su compañera permanente, eran conocidas por el empleador, ya que mediante escritos radicados el 10 de julio de 2020, les comunicó su situación y aportó los documentos soporte de estas; sin embargo la accionada, mediante respuesta del 07 de septiembre de 2020, le manifestó que todos los fueros ceden frente al concurso de méritos.
- 1.2.9 Sostiene que, en la Planta de Cargos de Inspectores de Policía del Distrito de Barranquilla, existen vacantes que no fueron ofertadas en el concurso de méritos, siendo obligatorio que en dichas plazas fuese reubicado por su especial protección constitucional y los fueros que lo cobijan
- 1.2.10 En escrito posterior, indica que si bien es propietario de dos bienes inmuebles, el primero de ellos ubicado en la carrera 34 N° 58-17 de Soledad con folio de matrícula inmobiliaria N° 041-68963, este corresponde a su domicilio; y el segundo de ellos ubicado en la calle 24 N° 29-18 de Barranquilla, con folio de matrícula inmobiliaria N° 040-327020, es donde residen sus hijos y su señora madre FANNY REALES POLO.

1.3 ACTUACION PROCESAL



Por llenar los requisitos de Ley, esta Agencia Judicial mediante auto de fecha 17 de noviembre de 2020, procedió a admitir la presente acción de tutela en contra del DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA, y como consecuencia de ello se vinculó por pasiva a la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y a la ASOCIACION SINDICAL DE SERVIDORES PUBLICOS DEL DISTRITO DE BARRANQUILLA "ASOSINSERPDIBAR", ordenándose al actor la notificación de esta última.

Posteriormente, mediante auto de fecha 26 de noviembre de 2020, se resolvió vincular al FONDO DE PENSIONES PROTECCIÓN.

1.4. CONTESTACIÓN DE LAS ACCIONADAS Y/O VINCULADAS.

1.4.1. CONTESTACION DE LA ACCIONADA, DISTRITO ESPECIAL DE BARRANQUILLA.

El DISTRITO ESPECIAL DE BARRANQUILLA., a través de Apoderada Especial, manifiesta que se opone a cada una de las pretensiones incoadas por el actor, por cuanto al hoy accionante no se le están vulnerando sus derechos anteriormente mencionados debido a que este contó con las mismas oportunidades de acceder a la oferta pública del cargo que se encontraba ocupando como provisional.

Arguye que, en la SU- 691/172 se expuso que, las personas nombradas en cargos de libre nombramiento y remoción no gozan de estabilidad laboral reforzada, por la naturaleza del cargo que desempeñan. Esta misma regla es, en principio, aplicable a las personas nombradas en provisionalidad. En segundo lugar, a los cargos de provisionalidad o de libre nombramiento y remoción no le son aplicables reglas de prepensionados o de retén social, menos aún en el caso de profesiones liberales.

Con relación a reducción de sus ingresos mensuales alegan que no es suficiente para hacer procedente la acción de tutela, pues lo que se pretende con la acción de tutela es proteger el mínimo vital de una persona y/o de su familia. Por lo tanto, quien alega la vulneración al derecho fundamenta/ al mínimo vital debe demostrar que, ante la situación como la del caso en concreto, no tiene las posibilidades de disfrutar de la satisfacción de necesidades como la alimentación, el vestuario, la salud, la educación, la vivienda y la recreación, como mecanismos para contar con una vida en condiciones dignas.

Establece que, el actor cuenta con un bien inmueble así mismo se evidencia que no tiene valor, embargo o crédito pendiente del mismo, y que la hoja de vida que se encuentra en los archivos del exfuncionario en la entidad refleja que el retiro de cesantías fue para remodelar su bien inmueble.

Además de ello sostiene que, la desvinculación del actor del cargo que desempeñaba no es por capricho de la entidad nominadora, ni de los despidos masivos, rechazados por el Gobierno Nacional, sino en cumplimiento de la orden constitucional de preservar el empleo de carrera administrativa.

Finalmente expone que, NO se puede invocar la existencia de un perjuicio irremediable, porque además de tener otra vía para dirimir la problemática planteada en sede



ordinaria su eventual mejor derecho, frente a quien le ganó en franca lid el derecho a ocupar la vacante sometida a concurso.

1.4.2. CONTESTACION DE LA VINCULADA, ASOCIACIÓN SINDICAL DE SERVIDORES PÚBLICOS DEL DISTRITO DE BARRANQUILLA “ASO SIN SERPDIBAR”.

La ASOCIACIÓN SINDICAL DE SERVIDORES PÚBLICOS DEL DISTRITO DE BARRANQUILLA a través de su Representante Legal, rindió informe manifestando que, en fecha 19 de diciembre de 2016, se realizó inscripción de la Junta Directiva del Sindicato, ante las oficinas del Ministerio de Trabajo Seccional Atlántico y conforme ello el actor ostenta la calidad de VICEPRESIDENTE del mismo. Aclarando que, el período de la Junta Directiva es del 19 de diciembre de 2016 al 18 de diciembre de 2020, teniendo en cuenta que el mismo es por 4 años.

1.4.3. CONTESTACIÓN DE LA VINCULADA, ADMINISTRADORA DE FONDOS Y PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.

La AFP PROTECCIÓN S.A., a través de Representante Legal Judicial, manifiesta que, el actor presenta afiliación al fondo desde el 1° de junio de 2007, con traslado proveniente de Horizonte y no tienen pendiente el reconocimiento de alguna prestación económica o de dar respuesta a algún derecho de petición.

2 CONSIDERACIONES DEL JUZGADO

2.1 COMPETENCIA

Este Juzgado es competente, para conocer de la presente acción de tutela, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 86, de la Constitución Política de Colombia, en concordancia con el artículo 37, inciso 1° del Decreto 2591 de 1991.

2.2 EL PROBLEMA JURIDICO

Para decidir sobre el caso expuesto, corresponde al Despacho analizar si se satisfacen los requisitos de legitimación, inmediatez y subsidiariedad. De otro lado superados estos aspectos, corresponde determinar si el actor goza de estabilidad laboral reforzada.

Así las cosas, para establecer si en efecto se produjo la vulneración de derechos fundamentales, este Juzgado examinará los siguientes asuntos: (i) Procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos que desvinculan a funcionarios públicos que ocupan cargos de carrera en provisionalidad. (ii) La estabilidad intermedia de los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad que desempeñan cargos de carrera administrativos. (iii) 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. Reiteración de jurisprudencia.

(i) Procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos que desvinculan a funcionarios públicos que ocupan cargos de carrera en provisionalidad



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

Así, entonces, la jurisprudencia constitucional ha entendido que por regla general la acción de tutela es improcedente cuando se solicita el reintegro de empleados públicos a sus cargos, pues para controvertir los actos administrativos por medio de los cuales la administración decide separarlos de los mismos, existe la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la cual desplaza a la acción de tutela.

No obstante, la Corte Constitucional ha admitido la procedencia excepcional de la tutela para solicitar el reintegro de servidores públicos a los cargos de los que han sido desvinculados, cuando en el caso concreto se advierte la vulneración de un derecho fundamental y se evidencia la ocurrencia de un perjuicio irremediable, toda vez que en estos eventos la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no proporciona una protección eficaz y adecuada a los derechos amenazados o vulnerados.

(ii) La estabilidad intermedia de los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad que desempeñan cargos de carrera administrativa

La Constitución Política estableció en el artículo 125 el régimen de carrera administrativa como el mecanismo para el ingreso y desempeño de cargos públicos en los órganos y entidades del Estado, salvo las excepciones constitucionales y legales, y los regímenes especiales de creación constitucional. El propósito de tal previsión constitucional es crear un mecanismo objetivo de acceso a los cargos públicos, en el cual las condiciones de ingreso, ascenso, permanencia y retiro respondan al mérito, conforme a criterios reglados, y no a la discrecionalidad del nominador.

La carrera administrativa es el mecanismo preferente para el acceso y la gestión de los empleos públicos, en donde quien supere satisfactoriamente las etapas del concurso de méritos adquiere un derecho subjetivo de ingreso al empleo público, exigible tanto frente a la Administración como a los funcionarios públicos que están desempeñando el cargo ofertado en provisionalidad. Por esta razón, la Corte ha sostenido que los cargos ejercidos en provisionalidad no pueden equipararse a los de carrera administrativa en cuanto a su vinculación y retiro, en tanto existen marcadas diferencias entre los funcionarios inscritos en carrera administrativa y los funcionarios públicos provisionales.

En relación con los primeros, se trata de funcionarios que acceden a estos cargos mediante un concurso de méritos, por lo que su permanencia en ellos implica mayor estabilidad al haber superado las etapas propias del concurso, lo que impide el retiro del cargo a partir de criterios meramente discrecionales. De ahí, que el acto administrativo por medio del cual se desvincula a un funcionario de carrera administrativa deba, además de otros requisitos, ser motivado para que la decisión sea ajustada a la Constitución.



Por su parte, los funcionarios públicos que desempeñan en provisionalidad cargos de carrera, gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que implica, sin embargo, que el acto administrativo por medio del cual se efectúe su desvinculación debe estar motivado, es decir, debe contener las razones de la decisión, lo cual constituye una garantía mínima derivada, entre otros, del derecho fundamental al debido proceso y del principio de publicidad.

Ahora bien, la Corte Constitucional ha reconocido que cuando un funcionario ocupa en provisionalidad un cargo de carrera y es, además, sujeto de especial protección constitucional, “concorre una relación de dependencia intrínseca entre la permanencia en el empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, particularmente el mínimo vital y la igualdad de oportunidades. De allí que se sostenga por la jurisprudencia que la eficacia de esos derechos depende del reconocimiento de estabilidad laboral en aquellos casos, a través de un ejercicio de ponderación entre tales derechos y los principios que informan la carrera administrativa”.

Si bien estas personas no tienen un derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, pues este debe proveerse por medio de un concurso de méritos, sí debe otorgárseles un trato preferencial como acción afirmativa, antes de efectuar el nombramiento de quienes ocuparon los primeros puestos en la lista de elegibles del respectivo concurso de méritos, con el fin de garantizar el goce efectivo de sus derechos fundamentales. Ello en virtud de los mandatos contenidos en los incisos 2º y 3º del artículo 13 Superior, relativos a la adopción de medidas de protección a favor de grupos vulnerables y personas en condición de debilidad manifiesta, y en las cláusulas constitucionales que consagran una protección reforzada para ciertos grupos sociales, tales como las madres cabeza de familia (art. 43 CP), los niños (art. 44 CP), las personas de la tercera edad (art. 46 CP) y las personas con discapacidad (art. 47 CP).

En relación con la estabilidad laboral relativa de que gozan los funcionarios que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, la Corte Constitucional ha señalado algunas medidas que pueden adoptarse para garantizar los derechos fundamentales de quienes ameritan una especial protección constitucional por estar en condiciones de vulnerabilidad. Por ejemplo, en la sentencia de unificación SU-446 de 2011, esta Corporación hizo un pronunciamiento en torno a la relación existente entre la provisión de cargos de carrera mediante concurso de méritos y la protección especial de las personas que ocupan dichos cargos en provisionalidad y se encuentran en circunstancias especiales tales como las madres y padres cabeza de familia, prepensionados o personas en situación de discapacidad.

Entonces, pese a la potestad de desvincular a los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad en un cargo de carrera, para no vulnerar los derechos fundamentales de aquellas personas que están en condición de vulnerabilidad deben observarse unos requisitos propios de la estabilidad relativa o intermedia de que son titulares, entre ellos (i) la adopción de medidas de acción afirmativa tendientes a proteger efectivamente el especial contexto de las personas vinculadas en provisionalidad, y (ii) la motivación del acto administrativo de desvinculación.

(iii) 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. Reiteración de jurisprudencia.



En varias oportunidades la Corte Constitucional, 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.

Ha señalado igualmente, 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, 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”.

(iv) Análisis del caso concreto.

Pues bien, en el caso bajo estudio tenemos que, el accionante GENARO CESAR GUELL FLOREZ, invoca la protección de sus derechos fundamentales, habida cuenta la desvinculación del cargo que en provisionalidad ostentaba de INSPECTOR DE POLICIA URBANA CATEGORIA ESPECIAL Y CATEGORIA 1, desde el 27 de enero de 2006,



adscrito a la Planta de Personal de la ALCADIA DISTRITAL DE BARRANQUILLA, en contravía de la estabilidad laboral reforzada en calidad de persona cabeza de familia, prepensionado y fuero sindical que le cobijaba al momento de declarar el cargo insubsistente.

En ese orden de ideas se encuentran reunidos los requisitos mínimos de procedibilidad de la acción constitucional.

Con relación a la legitimación, en la causa por activa tenemos que el actor es el titular de los derechos que invoca y por pasiva el DISTRITO ESPECIAL DE BARRANQUILLA-ALCALIA DE BARRANQUILLA, es la entidad estatal a la que se le atribuye la violación de las garantías fundamentales.

En cuanto a la inmediatez, la acción se ejerció de manera oportuna, si se tiene en cuenta que mediante Resolución N° 4003 del 13 de octubre de 2020, se declaró la insubsistencia del nombramiento en provisionalidad que ocupaba el actor.

Por último, frente al requisito de subsidiariedad, la protección que invoca el actor es con el fin de proteger un perjuicio irremediable, al poder verse inmersos los derechos a la estabilidad laboral reforzada.

Respecto de la estabilidad laboral reforzada tenemos que tiene como objeto garantizar el derecho al trabajo de aquellas personas que por su condición se encuentren en estado de vulnerabilidad manifiesta, obligando al empleador a garantizar su continuidad laboral.

El artículo 125 de la Constitución Nacional, estableció el régimen de carrera administrativa como el mecanismo para el ingreso y desempeño de cargos públicos en los órganos y entidades del Estado, salvo las excepciones constitucionales y legales y los regímenes especiales de creación constitucional.

La carrera administrativa es el mecanismo preferente para el acceso y la gestión de empleos públicos, en donde quien supere satisfactoriamente las etapas del concurso de méritos adquiere un derecho subjetivo de ingreso al empleo público, exigible tanto a la Administración como a los funcionarios que están desempeñando el cargo ofertado en provisionalidad. Por esta razón, la jurisprudencia ha sostenido que los cargos ejercidos en provisionalidad no pueden equipararse a los de carrera administrativa en cuanto a su vinculación y retiro, en tanto existen marcadas diferencias entre los funcionarios inscritos en carrera administrativa y los funcionarios públicos provisionales.

En relación a los primeros, se trata de funcionarios que acceden a estos cargos mediante un concurso de méritos, por lo que su permanencia en ellos implica mayor estabilidad al haber superado las etapas del concurso, lo que impide el retiro del cargo a partir de criterios meramente discrecionales. Por su parte, los funcionarios públicos que desempeñan en provisionalidad cargos en carrera administrativa, gozan de una estabilidad relativa o intermedia, que implica que, el acto administrativo por medio del cual se efectuó su desvinculación debe estar motivado.

Referido al tema, la Corte Constitucional, ha reconocido que cuando un funcionario ocupa en provisionalidad un cargo en carrera y es, además sujeto de especial protección, *“concorre una relación de dependencia intrínseca entre la permanencia en el*



empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, particularmente el mínimo vital y la igualdad de oportunidades. De allí que se sostenga por la jurisprudencia que la eficacia de esos derechos depende del reconocimiento de la estabilidad laboral en aquellos casos, a través de un ejercicio de ponderación entre tales derechos y los principios que informan la carrera administrativa”.

Si bien estas personas no tienen un derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, pues este debe proveerse por medio de un concurso de méritos, si debe otorgárseles un trato preferencial como acción afirmativa, antes de efectuar el nombramiento de quienes ocuparon los primeros puestos en la lista de elegibles del respectivo concurso de méritos, con el fin de garantizar el goce efectivo de sus derechos fundamentales.

En Sentencia de Unificación SU-446 de 2011, el Tribunal de Cierre Constitucional, hizo un pronunciamiento en torno a la relación existente, entre la provisión de cargos de carrera mediante concurso de méritos y la protección especial de las personas que ocupan dichos cargos en provisionalidad y se encuentran en circunstancias especiales tales como las madres y padres cabeza de familia, pre-pensionados o personas en situación de discapacidad.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Despacho procede a analizar si el actor se encuentra en alguna de las causales de estabilidad reforzada, esto es si reúne la calidad de prepensionado o si es padre cabeza de familia, como situaciones que dan lugar a la estabilidad laboral reforzada, sustrayéndose de analizar de fondo el fuero sindical alegado, en la medida en que este no propicia un trato preferencial como medida de acción afirmativa.

En el caso particular de pre-pensionado, la Honorable Corte Constitucional, en Sentencia de Unificación SU-003 de 2018, precisó:

“La resolución del segundo problema jurídico sustancial, a que se hizo referencia en el numeral 2 supra, supone, como seguidamente se precisa, unificar la jurisprudencia constitucional en cuanto alcance del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable. Para tales efectos, debe la Sala Plena determinar si cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, puede considerarse que la persona en esta situación es beneficiaria de dicha garantía de estabilidad laboral reforzada.

“Para la Sala Plena, con fines de unificación jurisprudencial, cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, no hay lugar a considerar que la persona es beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, dado que el requisito faltante de edad puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente. En estos casos, no se frustra el acceso a la pensión de vejez. Para fundamentar esta segunda regla de unificación jurisprudencial se hace referencia a la jurisprudencia constitucional que ha desarrollado la figura y a su finalidad específica, en aras de determinar por qué, en el supuesto de unificación, no se frustra el acceso a la pensión de vejez.



Conforme a los pronunciamientos de las distintas Salas de Revisión de esta Corte, la figura de la “prepensión” es diferente a la del denominado “retén social”, figura de origen legal, que opera en el contexto de la renovación, reestructuración o liquidación de entidades públicas. La “prepensión”, según la jurisprudencia de unificación de esta Corte, se ha entendido en los siguientes términos:

“[...] en la jurisprudencia constitucional se ha entendido que las personas beneficiarias de la protección especial, es decir los prepensionados, serán aquellos servidores que cumplan con los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez dentro de los tres años siguientes o, en otras palabras, aquellos a los que les falte tres años o menos para cumplir los requisitos que les permitirían acceder a la pensión de jubilación o vejez”.

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.

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.”

Hechas las anteriores, observaciones tenemos que el actor GENARO CESAR GUELL FLOREZ, que a la fecha cuenta con 68 años de edad, no cumple con el requisito de semanas cotizadas en pensión necesarias para acreditar la calidad de prepensionado, dado que actualmente sólo acredita un total de 963.43 semanas, de manera que no se encuentra acreditado que el actor dentro de los 3 años siguientes reúna el capital en la cuenta de ahorro individual necesario para reunir los requisitos para obtener la pensión de vejez a la luz de las exigencias del régimen de ahorro individual con solidaridad, pues recordemos que a diferencia del régimen de prima media con prestación definida, en el RAIS, la pensión de vejez se financia con los recursos de la cuenta de ahorro individual, el bono pensional y el aporte de la nación cuando a ello hubiere lugar, por lo que, en tal virtud, no reúne los requisitos de prepensionado.

De otro lado, en lo relativo al retén social por ser persona cabeza de familia, En sentencia T-084 de 2011, la Corte Constitucional, precisó que:

“El llamado “retén social” es una acción afirmativa que materializa el deber constitucional que tiene el Estado de conceder un trato diferenciado a las mujeres cabeza de familia que se encuentran en estado de debilidad manifiesta. Además, es uno de los mecanismos previstos por el Legislador para garantizar la estabilidad laboral de las madres y padres cabeza de familia. Esta medida de protección



especial deriva directamente de los mandatos constitucionales de protección a la igualdad material y a los grupos poblacionales anteriormente mencionados, dado que podrían sufrir consecuencias especialmente graves con su desvinculación.

La condición de madre cabeza de familia requiere la confluencia de los siguientes elementos, a saber: (i) que la mujer tenga a su cargo la responsabilidad de hijos menores de edad o de otras personas “incapacitadas” para trabajar; (ii) que la responsabilidad exclusiva de la mujer en la jefatura del hogar sea de carácter permanente; (iii) que exista una auténtica sustracción de los deberes legales de manutención por parte de la pareja o del padre de los menores de edad a cargo; y (iv) que exista una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia. De igual modo, la verificación de las circunstancias anteriormente enunciadas debe realizarse en el marco de un procedimiento administrativo, que otorgue la plenitud de las garantías propias del derecho fundamental al debido proceso.”

Así las cosas, en el presente asunto la parte demandante no acreditó los requisitos para acceder a la estabilidad laboral reforzada prevista para los padres cabeza de familia, por cuanto, el actor no demostró tener hijos a su cargo o personas en situación discapacidad; así como en relación a su compañera permanente, no cumplió con el requisito de probar la ausencia de una ayuda sustancial de los demás miembros de su familia; pues dentro de los escritos presentados por su apoderada, se tiene que este, manifiesta tener varios hijos, sin que haya acreditado en el plenario la imposibilidad de estos del brindar la ayuda sustancial para con sus progenitores, a quien por deber constitucional y legal deben alimentos.

En consecuencia, no es procedente acceder a la solicitud de protección de su derecho a la estabilidad laboral reforzada por medio de la acción de tutela de la referencia, que bajo los presupuestos de prepensionado y padre cabeza de familia pretende el actor.

3. DECISION

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO TERCERO CIVIL MUNICIPAL DE ORALIDAD de Barranquilla, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la constitución y la ley,

RESUELVE

PRIMERO: NO TUTELAR los derechos fundamentales invocados por el señor GENARO CESAR GUELL FLOREZ, a través de apoderada judicial, en contra de la ALCALDIA DISTRITAL DE BARRANQUILLA, con fundamento en las anteriores motivaciones.

SEGUNDO: En caso de no ser impugnado el presente fallo, remítase en su oportunidad a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

TERCERO: Líbrese telegrama u oficio a las partes, a fin de notificar la presente decisión, tal y como lo reclama el artículo 30 del decreto 2591 de 1991.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico
Juzgado Tercero Civil Municipal de Oralidad de Barranquilla

LUISA ISABEL GUTIERREZ CORRO
La Juez