



REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL  
JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE SOLEDAD ATLÁNTICO

---

Soledad, cuatro (04) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Sentencia de 2° Instancia

Referencia Clase de acción: TUTELA.  
Demandante: PIEDAD ESCALANTE DE LA BARRERA  
Demandado: MUNICIPIO DE SOLEDAD.  
Radicado: No. 2021-00038-01.

Procede a pronunciarse el despacho sobre la impugnación instaurada por la parte accionante, contra la sentencia de fecha veintiséis (26) de enero de dos mil veintiuno (2021), por medio de la cual el Juzgado Segundo Civil Municipal de Soledad - Atlántico, negó la acción de tutela interpuesta por la señora PIEDAD ESCALANTE DE LA BARRERA.

#### I. Antecedentes.

La señora PIEDAD ESCALANTE DE LA BARRERA, actuando en nombre propio, presentó acción de tutela en contra de la ALCALDIA DE SOLEDAD -ATLCO, a fin de que se le amparen su derecho fundamental al, mínimo vital, trabajo, estabilidad laboral reforzada, seguridad social, vida digna y protección estatal en caso de debilidad manifiesta, elevando las siguientes,

#### II. Pretensiones.

*“.... Se le ordene al señor alcalde de Soledad, RODOLFO UCROS ROSALES, a REVOCAR, el decreto 276 de agosto 31 de 2020, donde se da por terminada mi vinculación en provisionalidad.*

*se le ordene al señor alcalde de soledad, reintegrarme de manera inmediata sin ninguna dilación en el cargo de profesional universitario código 219 grado 02 en la secretaría de educación o en otro similar con la misma asignación salarial y jerarquía sin llegar a desmejorar mis salario, y mi condición laboral, u expedir un decreto donde se ordene la continuidad del servicio por la existencia de una situación administrativa de pre pensionada, y mantenerme en nómina hasta tanto ocurra el evento que se señala a continuación.*

*1.- hasta que termine de cotizar el número de semanas que me hacen falta, para obtener los requisitos de ley, que me permitan solicitar mi derecho a la Pensión de vejez, y reciba una respuesta sobre la solicitud de pensión por parte de la entidad pensional correspondiente Colpensiones.*

T-2021-00038-01

*En caso que mi solicitud sea aceptada, deberá mantenerme vinculada hasta que sea incluida en nómina de pensionados y reciba mi primera mesada pensional.*

*Se le ordene al señor alcalde suspender la posesión del elegible KELLY MARIA SUAREZ FERNANDEZ, hasta tanto sea resuelta mi situación laboral de reintegro...”.*

### **III. Hechos planteados por el accionante.**

Indica que fue vinculada mediante Decreto No. 0015 de enero 13 de 2004, en provisionalidad, posesionada el día 16 de enero del año 2004, en el cargo de profesional universitario en la Oficina Jurídica de la Alcaldía de Soledad, código 340 grado 06 donde estuvo por 5 años y posteriormente fue trasladada a la Oficina Jurídica de la Secretaría de Educación de Soledad, desde febrero 18 hasta la fecha, con más de 12 años cumpliendo funciones jurídicas de educación.

Relata que tiene 59 años de edad y 1.217 semanas cotizadas a pensión faltándole (83) semanas para obtener su pensión, que a su edad no tiene oportunidad laboral alguna, y el señor Alcalde de Soledad, está desconociendo sus derechos de pre pensionada.

Afirma que el día 26 de diciembre de 2018, la C.N.S.C. publicó la convocatoria de la oferta de 153 cargos en provisionalidad.

Agrega que el día 16 de enero de 2019, comunicó a la Secretaria de Talento Humano de la Alcaldía de Soledad, que se encontraba en prepension, por haber alcanzado el día 8 de noviembre de 2017, sus 57 años de edad, y le faltaban menos de tres años como lo contempla la norma, de conformidad con la ley 790 de 2002, y que se comunicara a la C.N.S.C.

Añade que la administración pasada incurrió en un prevaricato por acción y omisión, al no reportar a la C.N.S.C., el listado de los pre pensionados entre los cuales se encontraba, y dejó el listado de los pre pensionados, que hasta la fecha no se ha corregido esa omisión, y la secretaria de talento humano sigue desconociendo los derechos que tiene en calidad de funcionaria en provisionalidad y con el estatus de pre pensionada poniéndola frente a un peligro inminente.

Señala que concursó en dicha convocatoria y obtuvo un puntaje de 63.38 en pruebas básicas y fundamentales no alcanzando el puntaje que era de 65.

Asegura que nuevamente el día 15 de septiembre de 2020, le comunicó a la accionada, que la exponen a un peligro inminente, a su salud y vida ya que tiene tratamientos pendientes de reumatólogo por artrosis degenerativa en las manos-oncólogo y endocrinólogo por un quiste en el lóbulo izquierdo, y además es hipertensa.

Manifiesta que la respuesta que le dieron al oficio del día 15 de septiembre de 2020, fue el Decreto 276 de agosto 31 de 2020, donde dan por terminada su provisionalidad, por haber nombrado a la elegible KELLY MARIA SUAREZ FERNANDEZ.

T-2021-00038-01

Indica que al posesionarse la elegible queda inmediatamente fuera de la administración sin ninguna protección, sin respetar su mínimo vital- salud- vida y demás, que su mínimo vital es su sueldo, con esos ingresos puede satisfacer sus necesidades y las de su familia, su señora madre, ANA DE LA BARRERA, quien cuenta con 81 años de edad, y depende económicamente de su salario, es hipertensa, está en tratamiento por un linfoma Nohoking, paga los servicios públicos en su residencia, los alimentos, colabora con la mensualidad de un sobrino de 10 años que estudia y le debe a Serfinanza.

#### **IV. La Sentencia Impugnada.**

El Juzgado Segundo Civil Municipal de Soledad - Atlántico, mediante providencia del 26 de enero de 2021, negó la presente acción de tutela instaurada por la accionante, al considerar que:

*“... El Juzgado al efectuar la valoración de los fundamentos facticos alegados por la actora, y de conformidad con la reiterada jurisprudencia emanado de nuestro alto Tribunal Constitucional, no es de recibo que acuda por esta vía excepcional aduciendo una presunta vulneración de sus derechos fundamentales, cuando sabe que dada su condición de empleada vinculada en provisionalidad goza de una estabilidad relativa o intermedia, y por lo tanto, la posible protección que le está permitido reclamar solo procede mientras el cargo no sea provisto de manera definitiva para cubrir la vacante a consecuencia de que se haya agotado un concurso de méritos donde una persona gane el derecho a ocupar el cargo ofertado, no siendo oponible a ese derecho las condiciones especiales alegadas por la accionante, ya que estas no le otorgan mejor derecho que el adquirido por quienes superaron el concurso de méritos en legal forma.*

*La accionante contó con la posibilidad de participar en la precitada convocatoria y acceder a todas las etapas en igualdad de condiciones, por lo que dándole un total alcance al objeto del concurso de méritos, debía ganar el derecho en igual forma como lo hicieron los que hoy conforman la lista de elegibles, quienes ya no ostentan una mera expectativa dentro del proceso de selección de personal, sino que por el contrario cuentan con un derecho plenamente adquirido por haber superado satisfactoriamente las etapas del concurso, constituyendo una amenaza a sus derechos fundamentales lo pretendido por la accionante.*

*De otra parte, para atacar la firmeza del Acto Administrativo contenido en el decreto 276 del 31 de Agosto de 2020, cuya revocatoria persigue mediante el ejercicio de este mecanismo excepcional, la actora cuenta con la posibilidad de acudir ante la jurisdicción contenciosa administrativa, al igual que puede acudir ante la Fiscalía General de la Nacional a efectos de que denuncie la comisión de cualquier delito en que considere ha incurrido el Alcalde Municipal de Soledad, accionado dentro del trámite tutelar que nos ocupa, ya que va en contra de la naturaleza de este mecanismo constitucional, que se pretenda utilizar para pretermir las acciones que deba adelantar ante la justicia ordinaria, en uso de los mecanismos otorgados por la ley para tal fin, y en salvaguarda del derecho al Debido proceso de los terceros involucrados...”.*

#### **V. Impugnación.**

T-2021-00038-01

La parte accionante presentó memorial de impugnación, donde insiste en los hechos de la tutela, relacionados con su calidad de pre pensionada.

## **VI. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO.**

### **VI.I Competencia.**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 y en el Decreto 1382 de 2000, este despacho resulta competente para conocer de la impugnación del fallo de la acción de tutela en referencia, por resultar ser el superior funcional de la agencia judicial que la profirió.

### **VI.II Problema Jurídico.**

Deberán despejarse los siguientes interrogantes:

¿Resulta procedente formalmente la acción de tutela en el caso que nos ocupa?

En caso positivo,

¿Si el MUNICIPIO DE SOLEDAD, está vulnerando los derechos, AL FUERO DE PREPENSIONADA, DEBIDO PROCESO, ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA, VIDA, SALUD, IGUALDAD, MINIMO VITAL, de la actora al desvincularla de su cargo en calidad de funcionaria en provisionalidad, sin tener en cuenta su estatus de prepensionada?

- **Carácter subsidiario y residual de la acción de tutela.**

Desde su primera generación la H. Corte Constitucional ha fijado a través de su jurisprudencia el alcance que reviste la Acción de Tutela, así como su naturaleza jurídica, concluyendo de una manera uniforme hasta la actualidad que dicho medio resulta ser excepcional, cuyo carácter es residual y subsidiario, en tanto que a ella no puede acudir de manera directa y desconociendo los medios ordinarios que el legislador otorga para controvertir aquellas circunstancias o decisiones que lesionen los intereses de ciudadanos y ciudadanas, dejando solo como excepción algunos casos particulares, pero reafirmando en la mayoría que tal amparo constitucional no es óbice para desnaturalizar las acciones legales, y es así como ha dicho:

*“...3.1. El artículo 86 de la Constitución Política dispone:*

*“...Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.*

*(...)*

*Esta acción 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.”*  
*(Negrilla fuera del texto original).*

*Por su parte, el numeral 1° del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 establece:*

T-2021-00038-01

“ARTICULO 6o. CAUSALES DE IMPROCEDENCIA DE LA TUTELA. La acción de tutela no procederá:

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. **La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante. (...)**” (Negrilla fuera del texto original)

Bajo este derrotero, la Corte Constitucional ha sostenido que la acción de tutela obedece al principio de subsidiariedad, “es decir: no constituye un mecanismo de defensa judicial alternativo o supletorio de los recursos o medios ordinarios previstos por el legislador para el amparo de un derecho; no puede ser empleada para revivir oportunidades procesales vencidas como consecuencia de la inactividad injustificada del interesado; y, no constituye un último medio judicial para alegar la vulneración o afectación de un derecho”.

En efecto, dada su naturaleza constitucional, la acción de tutela es el mecanismo judicial de protección inmediata de derechos fundamentales, que está dirigido a obtener el amparo efectivo e inmediato de esos derechos frente a los actos u omisiones que los amenacen o vulneren. Así las cosas, la acción de tutela no puede ser concebida como una instancia idónea para tramitar y decidir conflictos de orden legal, pues para ello el legislador dispuso las autoridades competentes, así como los medios y los recursos adecuados...”.

De acuerdo con el requisito de SUBSIDIARIEDAD, la acción de tutela solo será procedente cuando (i) no exista en el ordenamiento jurídico un mecanismo judicial, o (ii) existiendo sea ineficaz y/o (iii) inidóneo. En todo caso, (iv) será procedente de manera transitoria cuando se constate la existencia de un perjuicio irremediable. Pues bien, en materia laboral el requisito de subsidiariedad adquiere una connotación particular. La Corte ha sostenido que cuando se trate de controversias relativas al derecho al trabajo, la acción de tutela en principio no es el mecanismo adecuado para debatirlas pues en “el ordenamiento jurídico colombiano prevé para el efecto acciones judiciales específicas cuyo conocimiento ha sido atribuido a la jurisdicción ordinaria laboral y a la de lo contencioso administrativo, según la forma de vinculación de que se trate, y afirmar lo contrario sería desnaturalizar la acción de tutela, concretamente su carácter subsidiario y residual...”.

- **EMPLEADO NOMBRADO EN PROVISIONALIDAD EN CARGO DE CARRERA ADMINISTRATIVA**-Requisitos para su desvinculación cuando goza de estabilidad relativa o intermedia.

En relación con la estabilidad laboral relativa de que gozan los funcionarios que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, la Corte Constitucional ha precisado algunas medidas adoptadas para garantizar los derechos fundamentales de quienes ameritan una especial protección constitucional por estar en condiciones de vulnerabilidad. 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.

T-2021-00038-01

- **ACCION DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CARACTER PARTICULAR Y CONCRETO.**

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 contencioso administrativa, la cual desplaza a la acción de tutela. No obstante lo anterior, 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.

Atendiendo dichas líneas generales, a continuación, se procede a abordar el asunto concreto sometido a consideración.

#### **VII. Análisis del despacho.**

De acuerdo con el memorial que impulsa la presente acción, el accionante solicita que se le ampare sus derechos fundamentales, a la IGUALDAD, SALUD EN CONEXIDAD CON LA VIDA DIGNA, TRABAJO, EDUCACIÓN DE LOS MENORES DE EDAD.

De lo que se puede extraer de los hechos plasmados por el accionante es que mediante Decreto 276 de agosto 31 de 2020, donde dan por terminada su provisionalidad, nombrando a la elegible Karen Suarez Fernández, sin tener en cuenta su estatus de prepensionada al tener 59 años de edad y 1.217 semanas cotizadas a pensión faltándole (83) semanas para obtener su pensión.

El Juzgado Segundo Civil Municipal de Soledad - Atlántico, negó la presente acción de tutela instaurada por el accionante, decisión que fue objeto de impugnación conforme a los argumentos arriba expuestos.

Expuesto el asunto puesto a consideración, se trae a colación la Sentencia T-326/14 que dispuso en relación a la procedencia de excepcional de la tutela para solicitar el reintegro de servidores públicos por ser prepensionados:

*“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 contencioso administrativa, la cual desplaza a la acción de tutela. No obstante lo anterior, 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.*”

T-2021-00038-01

Así mismo, en relación a la estabilidad intermedia de los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad que desempeñan cargos de carrera administrativa, consideró:

*“...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.*

*Esta Corporación ha reconocido que cuando un funcionario ocupa en provisionalidad un cargo de carrera y es, además, sujeto de especial protección constitucional, como por ejemplo, madres o padres cabeza de familia sin alternativa económica, funcionarios que están próximos a pensionarse o personas en situación de discapacidad, “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”*

*En relación con la estabilidad laboral relativa de que gozan los funcionarios que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, la Corte Constitucional ha precisado algunas medidas adoptadas 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<sup>1</sup>, 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 por tratarse de madres y padres cabeza de familia, prepensionados o personas en situación de discapacidad. Al respecto expresó:*

*“Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación<sup>2</sup>, gozan de una estabilidad relativa, en la medida en que sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera, tal como ocurrió en el caso en estudio o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación<sup>3</sup>. En consecuencia, la terminación de una vinculación en*

<sup>1</sup> MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; SV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Humberto Antonio Sierra Porto; AV Luis Ernesto Vargas Silva. En esta ocasión correspondió a la Corte, entre otros asuntos, resolver dos interrogantes: *i*) si la Fiscalía General de la Nación vulneró los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, a la seguridad social y al debido proceso de quienes estaban en una situación de especial protección constitucional, al desvincularlos del cargo que ocupaban en provisionalidad, pese a su condición especial que obligaba a que se les brindara un trato preferente, cuando era posible desvincular a otros servidores en provisionalidad no sujetos a un trato preferente, y *ii*) determinar si la entidad demandada desconoció los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso de los demás provisionales –no sujetos de especial protección– al no señalar de antemano los criterios de selección de los cargos específicos que serían provistos con personas que superaron el concurso. Concluyó que “[e]n el caso de los provisionales que son sujetos de especial de (sic) protección, si bien la Corte no concederá la tutela porque no ostentaban un derecho a permanecer en el empleo, sí se ordenará a la Fiscalía General de la Nación que, en el evento en que a la fecha de expedición del fallo existan vacantes disponibles en cargos iguales o equivalentes a aquellos que venían ocupando, sean vinculados en provisionalidad mientras se realiza un nuevo concurso. La desvinculación de estos servidores sólo será posible previo acto administrativo motivado en los términos de la sentencia SU-917 de 2010”.

<sup>2</sup> La línea jurisprudencial en esta materia se encuentra recogida en la sentencia SU-917 de 2010, MP Jorge Iván Palacio Palacio (cita del texto).

<sup>3</sup> Cfr. Corte Constitucional T-1011 de 2003; T-951 de 2004; T-031 de 2005; T-267 de 2005; T-1059 de 2005; T-1117 de 2005; T-245 de 2007; T-887 de 2007; T-010 de 2008; T-437 de 2008; T-087 de 2009 y T-269 de 2009. Así mismo, la sentencia SU-917 de 2010, que recoge toda la jurisprudencia sobre este particular y fija las órdenes que debe dar el juez de tutela en estos casos (cita del texto).

T-2021-00038-01

*provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos”*

En relación a la estabilidad laboral relativa en el marco del Decreto 3905 de 2009 señaló:

*“La estabilidad laboral relativa de los empleados nombrados en cargos de carrera en provisionalidad y que se acogieron al beneficio establecido en el Decreto 3905 del ocho (8) de octubre de dos mil nueve (2009), hace referencia a aquellos funcionarios que (i) fueron nombrados en tales empleos antes del veinticuatro (24) de septiembre de dos mil cuatro (2004) y (ii) a la fecha de la expedición del Decreto 3905 les falte tres (3) años o menos para causar el derecho a la pensión de jubilación, en cuyo caso (iii) sus puestos serán ofertados por la Comisión Nacional del Servicio Civil una vez el servidor cause su respectivo derecho pensional<sup>4</sup>.*

*El Presidente de la República expidió el Decreto 3905 de 2009, “por el cual se reglamenta la Ley 909 de 2004 y se dictan normas en materia de carrera administrativa”, con el fin de otorgar una protección consistente en la permanencia en el empleo, en el marco de la realización de un concurso de méritos, a los funcionarios públicos que desempeñan cargos de carrera en provisionalidad y se encuentran próximos a pensionarse. Esto, en aras de evitar la desvinculación del servicio de manera inmediata y sin consideración alguna de su condición de prepensionados.*

*Mediante el Acuerdo 121 de 2009, “por medio del cual se establece el procedimiento a seguir para implementar lo dispuesto en el Decreto 3905 de 2009”, se determinó en el artículo 1° que los jefes de los organismos o entidades deberán reportar a la CNSC, en virtud de lo previsto en el Decreto 3905, dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha de publicación del referido Decreto, los empleos que se encuentren ocupados en las siguientes condiciones: (i) que se trate de un empleo vacante en forma definitiva que pertenezca al sistema de carrera general, a los sistemas específicos y al sistema especial del Sector Defensa; (ii) que esté siendo desempeñado con personal vinculado mediante nombramiento provisional efectuado antes del veinticuatro (24) de septiembre de dos mil cuatro (2004); (iii) que quien esté desempeñado dicho empleo en las anteriores condiciones, a la fecha de expedición del Decreto 3905 de 2009, esto es, ocho (8) de octubre, le falten tres (3) años o menos para causar su derecho a la pensión de jubilación, y (iv) entendiéndose que se ha causado el derecho a la pensión cuando se cumpla con la totalidad de los requisitos, que conforme con las normas vigentes, le permitan al servidor solicitar su reconocimiento pensional.*

*El artículo 12 del Acuerdo en cita, consagra la condición suspensiva en que queda sometida la posibilidad de ofertar en un concurso de méritos un cargo ocupado en provisionalidad por un prepensionado: “Los empleos reportados ante la CNSC desempeñados por servidores provisionales en condición de prepensionados que cumplan con los requisitos establecidos en el*

---

<sup>4</sup> El artículo 1° del Decreto 3905 de 2009 estableció: “Los empleos vacantes en forma definitiva del sistema de carrera general, de los sistemas específicos y especial del Sector Defensa, que estén siendo desempeñados con personal vinculado mediante nombramiento provisional efectuado antes del veinticuatro (24) de septiembre de dos mil cuatro (2004) a cuyos titulares a la fecha de expedición del presente decreto les falten tres (3) años o menos para causar el derecho a la pensión de jubilación, serán ofertados por la Comisión Nacional del Servicio Civil una vez el servidor cause su respectivo derecho pensional. || Surtido lo anterior, los empleos deberán proveerse siguiendo el procedimiento señalado en la Ley 909 de 2004, en los Decretos-ley 765, 775, 780, 790 de 2005, 91 de 2009 y en sus decretos reglamentarios...”.

T-2021-00038-01

Decreto 3905 de 2009, estarán sometidos a una condición suspensiva, en la medida en que sólo serán ofertados por la CNSC una vez el servidor cause su respectivo derecho pensional”.

Como se observa, el Decreto 3905 y el Acuerdo 121, ambos de dos mil nueve (2009), tienen entre sus finalidades que aquellos empleos que se encuentren ocupados por funcionarios provisionales nombrados antes del veinticuatro (24) de septiembre de dos mil cuatro (2004) y que tengan la calidad de prepensionados, puedan ser identificados y excluidos del concurso de méritos por estar sometidos a una condición suspensiva, en la medida en que sólo serán ofertados por la CNSC una vez el servidor cause su respectivo derecho pensional. Para ello, deberá seguirse el procedimiento previsto para reportar ante la CNSC los empleos vacantes en forma definitiva provistos de manera provisional con prepensionados, que señala el artículo 2 del Acuerdo 121: “El trámite sólo podrá iniciarse por solicitud del interesado ante el representante legal de la entidad donde se encuentre vinculado el servidor, acompañando para tal fin la información necesaria para que la entidad pueda constatar su situación de prepensionado, de acuerdo con los términos establecidos en el Decreto 3905 de 2009”.

Lo expuesto pone de presente la relevancia constitucional de garantizar una protección especial en relación con la estabilidad en el empleo de las personas próximas a pensionarse, que se encuentren bien sea en el marco de un proceso de reestructuración del Estado, de liquidación de una entidad o de cualquier otra situación en la cual entren en tensión los derechos al mínimo vital, al trabajo, frente a la aplicación de disposiciones que impliquen el retiro del cargo, en aras de garantizar el disfrute de la pensión de vejez como manifestación del derecho a la seguridad social.”

Y en sentencia reciente la Honorable Corte Constitucional en sentencia SU- 003 de 2018, dispuso la diferencia entre la denominación de reten social y pre pensionable, estableciendo la regla a seguir:

“... Conforme a los pronunciamientos de las distintas Salas de Revisión de esta Corte<sup>5</sup>, 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<sup>6</sup>. 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”<sup>7</sup>.

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.

<sup>5</sup> Cfr., Corte Constitucional, Sentencia SU-897 de 2012.

<sup>6</sup> Esta figura, a nivel legal, se consagró en la Ley 790 de 2002, “Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República”.

<sup>7</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-897 de 2012.

T-2021-00038-01

*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.*

(...)

*En consecuencia, cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de la edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, en caso de desvinculación, no se frustra el acceso a la pensión de vejez, de allí que no haya lugar a considerar que la persona sea beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, dado que el requisito faltante, relativo a la edad, puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente...”.*

En atención al precedente jurisprudencial arriba citado, este fallador de instancia, concluye que no es vinculante la afirmación de la accionada en relación a la acreditación de los requisitos del Decreto 3905 del 8 de octubre de 2009, pues la misma se trata de una interpretación o concepto de la CNCS sobre el mismo para ser considerado una persona como pre pensionable, en atención a lo arriba expuesto por la Corte Constitucional, al ser enfática que tiene dicha calidad corresponde a las personas 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.

Aclarado lo anterior, revisada la documental aportada, tenemos que la accionante nació el 08 de noviembre de 1960, y por tanto a la fecha de su desvinculación contaba con 59 años de edad, y, según certificación de fondo de pensiones COLPENSIONES, con fecha de corte 25 de agosto de 2020 fecha de última cotización por parte de la accionada, contaba con 1.217.86 semanas cotizadas, frente a los requisitos para pensionarse en fondo privado, de **edad**, 57 años y haber cotizado 1.300 **semanas**, se logra concluir que la accionante cumple con el requisito de semanas exigidos por la Corte Constitucional en la sentencia SU-003 de 2018, atendiendo que ya cuanto con el requisito de edad y le faltan menos de 3 años para completar las semanas exigidas, pues actualmente cuenta con 1.217.86, resultando un faltante de 82.14 semanas para las 1.300, y atendiendo que 3 años laborales equivalen 154,26 semanas, debe ser catalogada en calidad de pre pensionable.

En conclusión, tenemos que el Municipio de Soledad, vulneró los derechos de la accionante, por cuanto como se dijo, le faltan menos de 3 años para completar las semanas mínimas requeridas, gozando de la estabilidad relativa arriba referenciada.

En el sentido anotado en el párrafo precedente se dispondrá revocar la sentencia de 1° instancia, y en su lugar se ordenará a la ALCALDIA MUNICIPAL DE SOLEDAD, dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia proceda a reintegrar a la accionante a un empleo de igual o superior jerarquía al que venía desempeñando, hasta tanto cumpla el número de semanas requeridas para obtener

T-2021-00038-01

su derecho a la pensión, teniendo en cuenta las consideraciones vertidas en la parte motiva de este proveído.

Atendiendo a las motivaciones precedentes, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Soledad administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia de tutela dictada el veintiséis (26) de enero de dos mil veintiuno (2021), proferido por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Soledad - Atlántico, conforme lo expuesto en la parte motiva, y en su lugar:

**TUTELAR** los derechos constitucionales fundamentales a la **ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA, SALUD, VIDA, SEGURIDAD SOCIAL**, mínimo vital, igualdad, trabajo, vulnerados a la señora **PIEDAD ESCALANTE DE LA BARRERA**.

*Para su efectiva protección, ORDENAR al representante legal de LA ALCALDÍA MUNICIPAL DE SOLEDAD, doctor RODOLFO UCROS ROSALES, o quien haga sus veces, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia de tutela, designar en provisionalidad a la señora PIEDAD ESCALANTE DE LA BARRERA, a un empleo de igual o superior jerarquía al que venía desempeñando, hasta tanto cumpla el número de semanas requeridas para obtener su derecho a la pensión, teniendo en cuenta las consideraciones vertidas en la parte motiva de este proveído.*

**SEGUNDO:** Notifíquese esta sentencia a las partes, por el medio más expedito de conformidad con el Decreto 2591 de 1991.

**TERCERO:** Remítase a la H. Corte Constitucional, para su eventual revisión, al día siguiente de su ejecutoria.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**GERMAN RODRIGUEZ PACHEO**

Juez

**Firmado Por:**

**GERMAN EMILIO RODRIGUEZ PACHECO**

**JUEZ**

**JUEZ - JUZGADO 001 DE CIRCUITO CIVIL DE LA CIUDAD DE SOLEDAD-  
ATLANTICO**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

T-2021-00038-01

Código de verificación:

**88f026f97b187f94279c23b5a73e8f53b833a7af2b17eedb0c15c885d399901c**

Documento generado en 04/03/2021 08:29:37 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**

**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**