



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

Soledad, veintitrés (23) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Sentencia de 2° Instancia

Referencia Clase de acción: TUTELA
Demandante: AGUSTÍN ALEJANDRO PACHECO ORTIZ.
Demandado: ALCALDÍA MUNICIPAL DE SOLEDAD – ATLCO.
Radicado: No. 2021-00069-00

Procede a pronunciarse el despacho sobre la impugnación instaurada por la parte accionante, contra la sentencia de fecha doce (12) de enero de dos mil veintiuno (2021), por medio de la cual el Juzgado Primero de Pequeñas Causas y Competencias Múltiples de Soledad - Atlántico, declaró improcedente lo solicitado en la acción constitucional.

I. ANTECEDENTES

Procede el Despacho a resolver la Acción de Tutela presentada por el señor **AGUSTÍN ALEJANDRO PACHECO ORTIZ**, en contra de la **ALCALDÍA MUNICIPAL DE SOLEDAD**, por la presunta vulneración a sus derechos fundamentales al fuero prepensionado, mínimo vital, salud, vida, estabilidad laboral reforzada, igualdad y trabajo.

II. PRETENSIONES

1. *“...Al amparo constitucional al fuero de pre pensionado, al debido proceso a la estabilidad laboral reforzada, vida, salud, igualdad, mínimo vital y demás.*
2. *Se le ordene al señor alcalde de soledad RODOLFO UCROS ROSALES, a HUGO PRADO, YESENIA OCAMPO, REVOCAR en su totalidad el decreto N. 272 de 31 de agosto de 2020, donde se da por terminado mi vinculación en provisionalidad y realiza un nombramiento.*
3. *Se le ordene al señor alcalde de soledad reintégreme de manera inmediata en el cargo de Profesional universitario código 219 grado 02 en la secretaria general o en otros similar con la misma asignación salarial y jerarquía sin llegar a desmejorar mi salario, y mi condición laboral hasta que termine de cumplir los tramites o inicien del reconocimiento de mi pensión, y no sea desvinculado hasta que sea incluido en nómina de pensionado...”*

III. HECHOS PLANTEADOS POR EL ACCIONANTE

“...

1. *Fui vinculado mediante decreto N. 0310 del mes de agosto del 2.003, en provisionalidad, posesionado días posteriores, en el cargo de profesional universitario, oficina de impuestos, la Alcaldía de Soledad, código 219, grado 2, planta global, donde*

T-2021-00069-00

estuve laborando por más de 17 años. Tengo 62 años de edad y más de 1.400 semanas cotizadas a pensión no faltándome ninguna semana exigible para pensionarme u obtener mi pensión; meses anteriores obtuve la calidad de pre pensionado; su señoría a mi edad no tengo oportunidad laboral alguna ninguna, al desvincularme se están desconociendo mis derechos de conformidad con la ley 790 de 2002, artículo 12 decreto 3905 de 2009 por la cual reglamento la ley 909 de 2004, acuerdo 121 de 2009 por medio del cual se establece el procedimiento a seguir para implementar lo dispuesto en la ley 3905 de 2009.

2. El día 26 de diciembre de 2018 la C.N.S.C publica convocatoria de la oferta de 153 cargos en provisionalidad que fueron ofertados en ese entonces por la señora FADIA CURE secretaria de Talento Humano y JOSE JOAO HERRERA en calidad de alcalde. Al conocer tal situación, comuniqué de manera verbal y escrita a la secretaria de Talento Humano de la Alcaldía de Soledad y Despacho del alcalde que me encuentro en la situación especial de PREPENSION, como lo contempla la norma de conformidad con la Ley 790 de 2002, y que se comunicara a la C.N.S.C. El día 06 de noviembre de 2018, comuniqué a la Administración actual ALCALDE Y SECRETARIA DE TALENTO HUMANO, que establece en pre pensión, aportando fotocopia de la cedula y semana cotizadas actualizadas, entre otros documentos.
3. En mes anterior mandan el decreto N. 272 de 31 de agosto de 2020, donde me dan por terminado mi provisionalidad por haber nombrado a JENIFFER TORREGROSA FONTALVO, en la actualidad como lo dije en líneas anteriores gozo de calidad de PRE PENSIONADO, por la estabilidad laboral reforzada a personas próximas a pensionarse teniendo en cuenta que NO ME HACE FALTA SEMANAS, solo que el municipio inicie los trámites ante Colpensiones, y así obtener el estatus de pensionados, conforme a lo que reitera sentencia T-357-2016 sentencia del consejo de estado N. 110010315000020190174400 de julio 15 de 2019, SENTENCIA DE UNIFICACION 003 de Julio de 2018, entre otras sentencia en protección al pre pensionado que le faltare tres o menos de tres años para obtener la edad o tiempo de servicio semana cotizadas; es por eso, que se me tiene que respetar mis derechos para continuar y completar los trámites administrativos, máxime que la ley y la jurisprudencia protege hasta faltándole al trabajador tres años de cotización y al suscrito no me hace falta ninguna.
4. Ignora por completo el municipio de soledad que estamos frente a una pandemia mundial, y el señor presidente de la república ha expedido varios decretos entre los que se encuentran el decreto N., 491 de marzo 2020, en su artículo 14 es claro y los términos se encuentran supeditado cuando hay lista elegible en firme hasta el 30 de noviembre de 2020, fecha en que extendió la emergencia sanitaria, sin embargo la Alcaldía me comunico la terminación de nombramiento por haber nombrado al elegible. El elegible que gano mi cargo ya se posesionó según el cronograma de secretaria de talento humano de la Alcaldía de Soledad, lo que trajo como consecuencia mi salida de la administración central del municipio sin ninguna protección ya que me terminaron mi vinculación en provisionalidad, y de una manera ilegal, arbitraria inconstitucional, sin respetar mis derechos fundamentales al mi mínimo vital, a la salud, a la vida y demás. Mi mínimo vital es mi sueldo con eso ingresos puedo satisfacer mis necesidades y las de mi familia.
5. Reposa en la secretaria de talento humano el listado de los funcionarios que estamos en PRE PENSION entre los cuales se encuentra el suscrito, como también uno de los sindicatos SIMUSOL de la Alcaldía de soledad el día 29 de septiembre del 2020 radico al despacho del alcalde donde le solicitaba la protección a los empleados con fuero a la estabilidad laboral reforzada y le mando el listado, según la ley se requiere para

T-2021-00069-00

pensionarse en el régimen de prima media, Colpensiones, 62 años, los cuales tengo 62, y 1300 semanas cotizadas, teniendo más 1400 yo tengo el tiempo, y las semanas.

6. *El año pasado para el mes de julio del 2019 Colpensiones llamo a unos funcionarios para una charla de pre pensionados, esa vez un funcionario pregunto si no tiene la edad y el tiempo si lo tiene, si lo podían despedir y el funcionario de Colpensiones fue claro en manifestar que se afectaría el mínimo vital y se llegare a suceder algo lo que tiene en cuenta Colpensiones para una pensión de invalidez es estar ACTIVO, en las últimas 50 semanas ósea que tengo que seguir laborando hasta completar mi edad para radicar por ley. Al desvincularme en la Alcaldía de soledad, quedo desprotegido me encuentro enfermo tengo tratamiento por salud, padezco de DIABETE E HIPERTENSION, soy padre, cabeza de hogar, mi señora esposa y mis hijos dependen económicamente de mi salario...”.*

IV. LA SENTENCIA IMPUGNADA.

El Juzgado Primero de Pequeñas Causas y Competencias Múltiples de Soledad, a través de sentencia del 12 de febrero de 2021, declaró improcedente la acción de tutela, con sustento en que la presente acción de tutela es **improcedente** para solicitar la revocatoria del Decreto 272 del 31 de agosto del 2020 y ordenar el reintegro laboral, por cuanto el accionante, cuenta con otros mecanismo judiciales para propender la defensa de sus derechos fundamentales presuntamente conculcado por la ALCALDÍA MUNICIPAL DE SOLEDAD, tal es el caso, de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, mediante el medio de control de la nulidad y restablecimiento del derecho.

V. IMPUGNACIÓN

La parte accionante, a través de correo electrónico presenta impugnación contra la sentencia de primera instancia, manifestando que se pasa por alto cuando el accionado no presentó los informes en la tutela, lo que se tendrá como indicio grave en su contra.

Así mismo insiste en que lo más importante a analizar es el estado PREPENSIONABLE del que goza, y de una manera sorprendente tampoco hace alusión al tema, lo desconoce, lo ignora en sus consideraciones lo que incurrir en una vía de hecho notable.

VI. PRUEBAS RELEVANTES ALLEGADAS.

- Fotocopia de la cedula de ciudadanía.
- Fotocopia de las semanas reportadas.

VII. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

VII.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.

T-2021-00069-00

VII.II. De la acción de tutela.

La acción de tutela tal como fue consagrada en el artículo 86 de nuestra Constitución Política se constituye en un mecanismo judicial idóneo, puesto al alcance de todas las personas, el cual indudablemente, facilita su acceso a la administración de justicia, en todas aquellas circunstancias donde sus derechos fundamentales resulten vulnerados o amenazados por el proceder antijurídico de la autoridad pública o de los particulares y no se disponga de otro medio de defensa judicial, salvo el caso que de no proceder el juez, se configure un perjuicio irremediable. Se trata de una herramienta procesal desprovista de formalismos, sometida a un procedimiento preferente y sumario.

La procedencia de esta acción constitucional se encuentra determinada por la concurrencia de un conjunto de elementos, emanados de los parámetros fijados por la Constitución y la ley, los cuales se pueden resumir de la siguiente manera:

1. Que se persiga la protección de un derecho constitucional fundamental.
2. Que se configure una vulneración o amenaza de uno o varios derechos fundamentales de cualquier persona.
3. Que tal vulneración o amenaza sea imputable a una conducta (acción u omisión) de cualquier autoridad pública o de particulares en las condiciones constitucionales.
4. Ausencia de otro medio de defensa judicial, pero que en caso de existir únicamente puede interponerse como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

VIII. Problema jurídico.

De acuerdo con lo anotado, el problema jurídico que debe resolverse consiste en determinar:

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

En caso positivo,

¿La ALCALDIA MUNICIPAL DE SOLEDAD – ATLCO y la CNSC, está vulnerando los derechos al debido proceso, seguridad social, vida digna, trabajo, acceso a cargos públicos, estabilidad laboral reforzada, igualdad, integridad física y mental y mínimo vital del actor al desvincularle laboralmente estando en estado de vulnerabilidad manifiesta según lo expuesto por el accionante?

- **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

T-2021-00069-00

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:

“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...”.

T-2021-00069-00

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

- **DESVINCULACION EN CARGO DE CARRERA EN PROVISIONALIDAD- Procedencia de tutela cuando afecta derechos fundamentales.**

Al respecto la Corte Constitucional ha dicho: “... 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...”.

- **PROVISION DE CARGOS DE LA LISTA DE ELEGIBLES PREVIO CONCURSO DE MERITOS Y LA PROTECCION ESPECIAL DE LAS PERSONAS EN SITUACION DE DISCAPACIDAD, MADRES Y PADRES CABEZA DE FAMILIA Y PREPENSIONADOS- Reiteración de jurisprudencia.**

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

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

Ha señalado igualmente la jurisprudencia de esta Corte, que si bien los actos administrativos que desvinculan a una persona nombrada en provisionalidad en un cargo de carrera, requieren de su respectiva motivación para garantizar el derecho al debido proceso, esto no significa que quienes han

T-2021-00069-00

sido nombrados en provisionalidad ostentan la misma estabilidad laboral de quien se encuentra en el sistema de carrera por haber accedido al cargo por concurso de méritos.

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

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

IX. Análisis del despacho.

De acuerdo con el memorial que impulsa la presente acción el accionante, solicita se le ampare su derecho fundamental al DEBIDO PROCESO, que considera conculcado por parte de la accionada, al desvincularlo sin tener en cuenta su calidad de prepensionable.

El Juez de primera instancia declaró improcedente el amparo por vía de tutela de los derechos invocados 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.

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

T-2021-00069-00

“...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 2011¹, 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 Corporación², 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 desvinculación³. En consecuencia, la terminación de una vinculación en 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,

¹ 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”.

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

³ 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-2021-00069-00

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 pensional⁴.

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 1º 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 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”.

⁴ El artículo 1º 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-2021-00069-00

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 Corte⁵, 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 públicas⁶. 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”⁷.

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,

⁵ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia SU-897 de 2012.

⁶ 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”.

⁷ Corte Constitucional, Sentencia SU-897 de 2012.

T-2021-00069-00

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 el accionante nació el 14 de julio de 1958, y por tanto a la fecha de su desvinculación agosto de 2020, contaba con 62 años de edad, y según certificación de fondo de pensiones COLFONDO, contaba con 1.413 semanas cotizadas, frente a los requisitos para pensionarse en fondo privado, de **edad**, 62 años y haber cotizado 1.150 **semanas**, se logra concluir que el accionante cumple con los requisitos de tiempo y edad exigidos por la normatividad y por la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la sentencia SU-003 de 2018, para solicitar el beneficio de la Pensión de Vejez, por lo que deviene improcedente la solicitud de amparo por fuero de prepensionado.

En conclusión, tenemos que el Municipio de Soledad, no vulneró los derechos del accionante, por cuanto como se dijo, no gozaba a la fecha de desvinculación no era acreedor de la estabilidad relativa arriba referenciada.

En el sentido anotado en el párrafo precedente se dispondrá confirmar la sentencia de 1° instancia.

En mérito de lo expuesto, 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: CONFIRMAR la sentencia de tutela de fecha doce (12) de enero de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Primero de Pequeñas Causas y Competencias Múltiples de Soledad - Atlántico, por las razones expuestas en la parte motiva.

T-2021-00069-00

SEGUNDO: Notificar ésta providencia a las partes, así como al Defensor del Pueblo, por el medio más expedito y eficaz.

TERCERO: Remítase el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, según lo dispuesto en el Decreto 2591 de 1991.

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

Código de verificación:

cc214ec33821c4621d5d2f6e7fc6e31b67506d7bb59ecc3da2e5a6c1418edc0e

Documento generado en 23/03/2021 05:01:52 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**