



**JUZGADO CUARENTA Y UNO (41) LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**  
[j41ctolbta@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:j41ctolbta@cendoj.ramajudicial.gov.co)

Bogotá, Veinte (20) de abril de dos mil veintidós (2022)

**ACCIÓN DE TUTELA** promovida por **HENRY EDUARDO DUARTE HURTADO** en contra de la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES** y vinculados la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, COLPENSIONES** y los ciudadanos **JAIR ANTONIO MONTAÑO LÓPEZ, ANDREA ISABEL CARRILLO BLANCO** y **MIGUEL ARMANDO RODRIGUEZ AVILA**.

**ANTECEDENTES**

**HENRY EDUARDO DUARTE HURTADO**, en nombre propio, instauró acción de tutela en contra de la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**, para que por este medio le sean tutelados los derechos fundamentales a la salud, a la vida, al mínimo vital, a la seguridad social, a la estabilidad laboral reforzada y al de petición, por ser sujeto especial de protección por tener la calidad de pre pensionado, y como consecuencia de ello, se ordene a la accionada abstenerse de efectuar nombramiento alguno para ocupar el cargo que desempeña como Profesional de Defensa Código 3 – 1 Grado 15, en el Grupo de Negocios Judiciales de la Oficina Asesora Jurídica. Como pretensión subsidiaria, solicita que se adopten las medidas necesarias, tendientes a proteger su situación de pre pensionado, ordenándole a la accionada, reubicarlo o reinstalarlo en un cargo igual o superior al que viene desempeñando.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones, en síntesis, manifestó qué: nació el 14 de octubre de 1960, se vinculó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares como servidor público el 1º de junio de 2001 según Resolución No. 1481 del 1 de junio de 2001, posesionado mediante acta No. 029 de la misma fecha, con un tiempo de servicio mayor a veinte (20) años.

Así mismo, declaró que la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, mediante Acuerdo No. 20181000002666 del 19 de julio de 2018, convocó a concurso de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a través de la Convocatoria No. 626 de 2018 – Sector Defensa, como consecuencia de ello, el 23 de noviembre de 2021, la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió la Resolución No. 12594 CNCS por medio de la cual se conformó la lista de elegibles para proveer el empleo No. OPEC 73797, fue así que, mediante Resolución No. 2211 del 24 de febrero de 2022 la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares dispuso nombrar en periodo de prueba al señor JAIR ANTONIO MONTAÑO LÓPEZ en el cargo que a la fecha se encuentra laborando.

Sin embargo, expresa el actor que el 29 de octubre de 2021, puso en conocimiento a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, su calidad de prepensionado por cumplir con las semanas mínimas requeridas para obtener dicha prestación y estar próximo a cumplir los 62 años de edad, de esta manera, mediante comunicación del 28 de diciembre de 2021, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares le informó lo siguiente:

*“Así mismo y teniendo en cuenta que no existe en la planta de personal un empleo en vacancia definitiva que cuente con las características salariales y funcionales del que viene*

*ocupando, la Entidad le ofrece como medida de protección de sus derechos la celebración de un contrato de prestación de servicios profesionales. Por lo anterior, solicitamos que mediante escrito, informe al Grupo de Talento Humano antes del 29 de diciembre de 2021, su respuesta a la propuesta mencionada”*

En consecuencia de lo anterior, el 29 de diciembre de 2021 le manifestó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares lo siguiente:

“(…) El valor del contrato que oferte la entidad, debe conservar las condiciones laborales, económicas y prestacionales con relación al salario que devengo en el cargo de PROFESIONAL DE DEFENSA GRADO QUINCE (15) que ostento a la fecha, vgr. Vacaciones, que estas sean canceladas en dinero dentro de los honorarios, y que no se desmejoren las prenombradas condiciones, mismo que no debe ser inferior al tiempo que me resta para acceder a mi pensión de vejez y en lo posible extenderse hasta que el pago de la primera mesada de mi pensión ingrese en nómina”.

En igual forma, indicó que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares no ha dado respuesta a su solicitud de reubicación laboral, vulnerando así sus derechos fundamentales de petición, estabilidad laboral reforzada, vida, salud, dignidad humana, entre otros.

Finalmente manifestó que es una persona diagnosticada con hipertensión arterial (I10x), que continuamente debe acudir a controles médicos y tomar medicamentos diariamente, igualmente indicó que su esposa es una persona de 52 años, que depende económicamente de él, que desde el año 2017 fue diagnosticada con trastorno afectivo bipolar y que en el año 2020 fue diagnosticada con hipertensión arterial (I10x), por lo que se encuentra en tratamiento médico para sobre llevar sus patologías.

### **TRÁMITE PROCESAL**

La acción de tutela correspondió por reparto a este Despacho el día cuatro (4) de abril de 2022, mediante proveído del mismo día se admitió en contra de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, así mismo, se dispuso vincular a la Comisión Nacional del Servicio Civil, a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, y al ciudadano Jair Antonio Montaña López, por tener interés eventual en las resultados de esta acción constitucional. Así mismo, se ordenó su notificación, para que en el término de dos (2) días presenten el informe previsto en el artículo 19 del Decreto 2591 de 1991, y se pronuncien acerca de los hechos que dan origen a la presente acción, en la forma en que estimen conducente.

De igual manera, mediante el mismo proveído, se negó la solicitud de medida provisional elevada por el accionante, quien pretendía que se le ordenara a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, la *“suspensión provisional de los efectos jurídicos de la Resolución No. 2211 del 24 de febrero de 2022 “Por medio de la cual se efectúa un nombramiento en periodo de prueba y se da por terminado un nombramiento provisional”.*”, dado que el objeto de la presente acción es garantizar, la eventual, estabilidad laboral del actor, y por tal razón, dicha situación debe ser resulta al momento en que se adopte la decisión de fondo, asimismo, el accionante no aportó dentro del plenario prueba alguna que evidencie su desvinculación con la entidad accionada (artículo 167 del CGP), la cual no permitió probar la ocurrencia de un perjuicio al momento en que radicó la acción de tutela, por tal motivo y para garantizar el debido proceso a la entidad accionada y a los vinculados, no se accedió a la medida provisional elevada.

Por otro lado, mediante respuesta radicada el día 7 de abril de 2022, la accionada Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, allegó pronunciamiento sobre la presente acción manifestando en primera medida que:

“Mediante correo electrónico del 05 de abril de 2022 a las 15:46 horas, enviado a la dirección electrónica [jaanmolo@hotmail.com](mailto:jaanmolo@hotmail.com) se puso en conocimiento del señor Jair Antonio Montaña López la presente acción de tutela:

Sin embargo, mediante correo electrónico RADICADO 2022033303 recibido el seis (6) de abril de 2022 a las 20:43, el señor JAIR ANTONIO MONTAÑO LOPEZ, declinó el nombramiento en periodo de prueba que se le efectuaría el próximo 11 de abril del corriente...”

Así mismo, la accionada frente a la solicitud de reubicación laboral realizada por el accionante, argumento que:

“La administración al respecto no accedió a lo requerido por el TUTELANTE, y por ello expidió la Resolución N° 2211 del 24 de febrero del 2022 que le fue comunicada oportunamente.

Al respecto, es importante establecer que la solicitud planteada no es posible acogerla debido que de fondo implicaría crear una planta paralela a los funcionarios de carrera, toda vez que parangonar sus prestaciones para pagarlas a través de un contrato de prestación de servicios no es legalmente viable ya que de esta manera se estaría introduciendo en la escalar salarial de la entidad un salario integral, concepto que no existe en la Administración Pública”

Igualmente, allegó copia de la certificación suscrita por el subdirector administrativo de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares de fecha 7 de abril de 2022, en la que refrenda que:

“La planta global de personal de CREMIL cuenta con 146 empleos de acuerdo con el Decreto 4173 de 2007 “por el cual se ajusta la nomenclatura y clasificación de empleos de la planta de personal de empleados públicos de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares”.

Que la Entidad sometió a concurso 126 empleos conforme lo indican los Acuerdos No. CNSC 20181000002666 del 19-07-2018 y No. 20191000002446 del 14-03-2019.

(...)

Por lo anterior, se certifica que a la fecha la planta Global de Personal de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares no cuenta con empleos vacantes equivalentes o superiores al que desempeñaba el señor Henry Duarte.” (Folios 35 y 36 de la contestación de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares).

También acercó al proceso, circular N° 621– 001 emitida por el Director General de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares de fecha 28 de octubre de 2021, en donde se proporciona los lineamientos sobre provisión de empleos de carrera administrativa y medidas afirmativas sobre estabilidad laboral reforzada, estableciendo frente a la calidad de prepensionado lo siguiente:

“(…)

No obstante, dada la garantía de los derechos legítimamente adquiridos por quienes se encuentren en condición de prepensionados y les hiciere falta le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio a semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez, es decir; continúan gozando de especial protección constitucional y por ende, exige el desarrollo de las acciones afirmativas a cargo de las entidades y organismos distritales en relación con que sean los Últimos en ser desvinculados de sus cargos o vinculados de nuevo en provisionalidad en un cargo similar a equivalente al que venían ocupando, de existir la vacante y sin perjuicio del derecho preferencial al encargo que le asiste a los servidores de carrera.

Al respecto, la Corte señala:

**"62. 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.20 (En negrilla fuera del texto).**

Por esta razón, los servidores provisionales que cuentan con la calidad de pre pensionados gozan de la especial protección constitucional antes referida.

Así las cosas, la protección especial de la cual gozan los servidores nombrados en provisionalidad antes mencionados debe entenderse sin perjuicio del imperativo constitucional (Art. 125 Constitucional) de proveer de manera definitiva los empleos objeto de concurso, con quienes han consolidado la posición meritatoria y el derecho a ser nombrados en periodo de prueba por haber superado satisfactoriamente los procesos de selección meritocráticos realizados por la CNSC.

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares insiste en aplicar medidas afirmativas de conformidad con la normatividad y jurisprudencia expuesta, tendientes en garantizar que los servidores provisionales que acrediten una situación de especial protección constitucional o legal según los criterios aquí expuestos y, que con ocasión de los concursos de méritos realizados por la CNSC deban ser separados de los cargos que venían desempeñando, puedan ser los últimos en ser desvinculados o vinculados nuevamente en empleos que se encuentren vacantes y que sean de igual o equivalente jerarquía a los que venían ocupando, según las condiciones institucionales, la garantía en la prestación de los servicios a su cargo y, sin desmedro del derecho de los servidores de carrera.

Por lo anterior, los servidores públicos que cuenten con las condiciones antes descritas deberán informar tal situación, a través de oficio acompañado de los debidos soportes, debidamente justificado al Grupo de Talento Humano, con el fin de contemplar acciones afirmativas que se encuentren a la mano de la Entidad, para gestionar en lo posible la protección de sus derechos.”

De igual manera, allego copia de la Resolución N° 12594 del 23 de noviembre de 2021, por la cual se conforma y adopta la Lista de Elegibles para proveer una vacante definitiva del empleo denominado PROFESIONAL DE SEGURIDAD O DEFENSA, Código 3-1, Grado 15, identificado con el Código OPEC No. 73797, proceso de selección N° 626 de 2018 - CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, del Sistema Especial de Carrera Administrativa del Sector Defensa, conformando la siguiente lista de elegibles:

<b>RESUELVE:</b>				
<b>ARTÍCULO PRIMERO. Conformar y adoptar la Lista de Elegibles para proveer uno (1) vacante(s) definitiva(s) del empleo denominado PROFESIONAL DE SEGURIDAD O DEFENSA, Código 3-1, Grado 15, identificado con el Código OPEC No. 73797, PROCESO DE SELECCIÓN NO. 626 DE 2018 - CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, del Sistema Especial de Carrera Administrativa del sector Defensa así:</b>				
<b>POSICIÓN</b>	<b>DOCUMENTO</b>	<b>NOMBRES</b>	<b>APELLIDOS</b>	<b>PUNTAJE</b>
1	1032440909	JAIR ANTONIO	MONTAÑO LOPEZ	79.89
2	52199127	ANDREA ISABEL	CARRILLO BLANCO	73.52
3	1049631186	MIGUEL ARMANDO	RODRIGUEZ AVILA	62.74

De otro lado, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares en concordancia con la circular N° 621– 001 y con la Sentencia SU 446 de 2011 estableció que no existe empleo igual o superior vacante para ser provisto en provisionalidad por el accionante por las siguientes razones:

- 1) No existe lista de elegibles con menor número de empleos convocados 2) No existen cargos por proveer que no hayan sido convocados a concurso y 3) No existen cargos convocados sin listas de elegibles y 4) No existen vacantes equivalentes luego de garantizado el derecho preferencial de los funcionarios de carrera.

Por último, y frente al estado de salud del accionante, la entidad accionada argumentó que en la hoja de vida del actor, no reposa ningún antecedente medio y que el accionante no ha tenido incapacidades para los años 2020 a 2021.

De esta manera, la entidad accionada solicita declarar improcedente la presente acción de tutela toda vez que, el actor no acreditó el perjuicio irremediable y por cuanto las acciones realizadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares han estado bajo el margen legal.

Una vez recibida la contestación por parte de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se evidenció que al no aceptar el nombramiento en periodo de prueba el señor Jair Antonio Montaña López, la accionada debe continuar con las etapas del concurso, y producir el acto administrativo de nombramiento en período de prueba de la persona ubicada en segundo lugar de la lista de elegibles, es por eso que, mediante auto de fecha 18 de abril de 2022, se ordenó vincular a la presente acción a los ciudadanos Andrea Isabel Carrillo Blanco y a Miguel Armando Rodríguez Ávila quienes conforman la lista de legibles para el cargo denominado PROFESIONAL DE SEGURIDAD O DEFENSA, Código 3-1, Grado 15, identificado con el Código OPEC No. 73797, por tener interés eventual en las resultados de esta acción, ordenándole a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares notificarlos por el medio más expedito.

Por otro lado, la Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC en calidad de vinculada, allegó el informe previsto en el artículo 19 del Decreto 2591 de 1991 solicitando la improcedencia de la acción de tutela toda vez que ésta no es la vía idónea para cuestionar la legalidad de los acuerdos reglamentarios del concurso de méritos. Así mismo, manifestó que el accionante no demostró la existencia de un perjuicio irremediable que lo exima de acudir a los mecanismos ordinarios previstos en la ley para obtener las pretensiones solicitadas.

Igualmente, expuso la normatividad del proceso de selección de la convocatoria del Sector Defensa, explicando el actuar que realizó el accionante frente al concurso de méritos, indicando lo siguiente:

“El empleo al que se inscribió el accionante exige los siguientes requisitos:

Estudio: Título profesional en disciplina académica del núcleo básico del conocimiento en: Derecho y Afines Título de Posgrado en la modalidad de especialización.

Experiencia: Seis (6) meses de experiencia profesional relacionada.

En este sentido, en la etapa de Verificación de Requisitos Mínimos fue validado el título Profesional de Abogado expedido por la Universidad Católica de Colombia, el 12 de abril del 2000 y el título de Especialista en Derecho Comercial, expedido por la Universidad Católica de Colombia, con fecha del 28 de septiembre de 2001, a fin de acreditar el cumplimiento de lo exigido en el factor de educación, por otra parte, de la certificación laboral expedida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, fue validado el periodo comprendido entre el 16 de febrero de 2019 hasta el 15 de agosto de 2019, para el cumplimiento del requisito de experiencia profesional relacionada de 6 meses.

Conforme lo expuesto, el aspirante obtuvo la calificación de admitido, por lo que continuó en la siguiente etapa del Proceso de Selección correspondiente a las pruebas escritas, donde obtuvo un puntaje de 59.35 en la Prueba Específica Funcional y 77.55 en la Prueba de Valores en Defensa y Seguridad, en este orden, al no haber superado el puntaje mínimo aprobatorio correspondiente a 65 en la prueba específica funcional, la cual tiene el carácter

de eliminatoria, el concursante no continuó en las siguientes etapas del Proceso de Selección.”

Así mismo, manifestó que los empleados vinculados mediante un nombramiento provisional gozan de una estabilidad relativa o intermedia, los cuales están sujetos a una posible desvinculación cuando como producto de un concurso de méritos una persona gane el derecho a proveer el empleo ofertado.

De la misma forma, declaró que después de realizar las etapas del respectivo concurso de méritos, se profirió la Resolución N° 2021RES-400.300.24-12594 *“Por la cual se conforma y adopta la Lista de Elegibles para proveer uno (1) vacante(s) definitiva(s) del empleo denominado PROFESIONAL DE SEGURIDAD O DEFENSA, Código 3-1, Grado 15, identificado con el Código OPEC No. 73797, PROCESO DE SELECCIÓN NO. 626 DE 2018 - CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, del Sistema Especial de Carrera Administrativa del Sector Defensa”, y que una vez quedó e firme la lista de elegibles, la “CNSC pierde competencia, trasladándose la misma a la entidad nominadora para continuar lo establecido en la norma, correspondiente a nombramiento en periodo de prueba de las personas elegidas en estricto orden de mérito en los actos administrativos.”*

Por lo anterior, solicita sea desvinculada y/o se declare improcedente el presente trámite, toda vez que no existe vulneración alguna a los derechos fundamentales del accionante por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Por otro lado, la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES en calidad de vinculada, allegó copia actualizada del reporte de semanas cotizadas en pensiones por el señor Henry Eduardo Duarte Hurtado y solicitó ser desvinculada de la presente acción toda vez que, no ha vulnerado ningún derecho al accionante y no tiene competencia para pronunciarse frente al escrito tutelar.

Así mismo, Miguel Armando Rodríguez Ávila en calidad de vinculado, allegó pronunciamiento a la presente acción de tutela indicando que al acceder a las pretensiones principales del accionante, se perjudica directamente sus derechos así como los de la persona que se encuentra en el segundo lugar en la lista de elegibles, igualmente manifestó que la entidad accionada está en la obligación de realizar la provisión definitiva del cargo de Profesional de Seguridad o Defensa Código 3-1 Grado 15, lo cual debe hacerse en el estricto orden de la lista de elegibles conformada para tal efecto.

Por último, los ciudadanos Jair Antonio Montaña López y Andrea Isabel Carrillo Blanco en calidad de vinculados y quienes conforman la lista de legibles para el cargo denominado PROFESIONAL DE SEGURIDAD O DEFENSA, Código 3-1, Grado 15, identificado con el Código OPEC No. 73797, no se pronunciaron sobre la presente acción, pese a que fueron notificados en debida forma por la entidad accionada Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

### **CONSIDERACIONES**

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es procedente para reclamar la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales de una persona, cuando quiera que estos resulten amenazados o vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, o de los particulares en los casos expresamente señalados por el inciso final de este precepto.

Puestas así las cosas, corresponde este Despacho determinar si se han vulnerado los derechos fundamentales a la salud, a la vida, al mínimo vital, a la seguridad social, a la estabilidad laboral reforzada y al de petición, alegados por el actor a fin de que se ordene a

la accionada, abstenerse de efectuar nombramiento alguno para ocupar el cargo que desempeña como Profesional de Defensa Código 3 – 1 Grado 15, en el Grupo de Negocios Judiciales de la Oficina Asesora Jurídica o en caso de que hubiere realizado algún nombramiento para proveer dicho empleo con base en la lista de elegibles, suspenda los efectos del acto administrativo dictado, así mismo, y como pretensión subsidiaria, solicita ordenarle a la accionada, que adopten las medidas de acciones afirmativas, tendientes a proteger efectivamente su situación de prepensionado, reubicándolo o reinstalándolo en un cargo igual o superior al que viene desempeñando.

En primer lugar, este Despacho verificará si la acción de tutela interpuesta por Henry Eduardo Duarte Hurtado contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares cumple con los requisitos de procedencia formal.

Conforme al artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es procedente para reclamar la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales de una persona, cuando quiera que estos resulten amenazados o vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, o de los particulares en los casos expresamente señalados por el inciso final de este precepto, la acción de tutela solo puede ser ejercida cuando se cumplan los siguientes criterios de procedibilidad: (i) legitimación en la causa por activa y legitimación en la causa por pasiva; (ii) inmediatez; y (iii) subsidiariedad.

En cuanto a la legitimación en la causa por activa, se debe verificar que la acción de tutela debe ser formulada por la persona a quien presuntamente se le está vulnerando o amenazando algún derecho fundamental o alguien que esté acreditado para actuar en su nombre. Por su parte, la legitimación en la causa por pasiva presupone que la tutela debe ser dirigida contra la entidad pública o privada que presuntamente ha vulnerado o amenazado los derechos fundamentales de la accionante.

Acercas del requisito de inmediatez, el amparo debe ser presentado en un término razonable desde el momento en que se ha vulnerado o amenazado el derecho fundamental alegado. Por otro lado, la subsidiariedad significa que el accionante no cuenta con otro mecanismo de defensa judicial, porque agotó los que tenía a su disposición, o por que no existen, no son idóneos, o pese a existir, no sea el eficaz para salvaguardar sus derechos fundamentales, en este caso, la acción de tutela se interpone como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Igualmente, se debe tener en cuenta las particularidades de cada caso pues, el fin último, no es reemplazar los mecanismos ordinarios del ordenamiento jurídico. (Sentencia de tutela T 161 de 2019).

En el caso que nos ocupa, el requisito de la legitimación en la causa por activa se encuentra superado, habida cuenta de que el señor Henry Eduardo Duarte Hurtado es el titular de los derechos fundamentales a la salud, a la vida, al mínimo vital, a la seguridad social, a la estabilidad laboral reforzada y al de petición que presuntamente están siendo vulnerados por la negativa de la accionada Caja de Retiro de las Fuerzas Militares de mantenerlo en el puesto de trabajo que actualmente está desempeñando vinculado mediante nombramiento provisional.

Así mismo, está satisfecho el presupuesto de legitimación en la causa por pasiva en cuanto que el accionante al estar vinculado en la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares mediante nombramiento provisional, instaura acción de tutela contra esta, por ser el nominador y quien tiene la obligación y la competencia para continuar con el trámite correspondiente del concurso de méritos y producir el acto administrativo de nombramiento en período de prueba de la persona ubicada en segundo lugar de la lista de elegibles, de esta manera, encuentra el Despacho acreditado la legitimación por pasiva.

Siguiendo con el estudio de procedibilidad, se evidencia que entre la fecha de la Resolución N° 2211 del 24 de febrero de 2022, por la que se efectuó el nombramiento en periodo de prueba del señor Jair Antonio Montaña López y se dio por terminado el nombramiento provisional del señor Henry Eduardo Duarte Hurtado, y la fecha en que el accionante interpuso la presente acción de tutela (4 de abril de 2022) no transcurrieron más de tres meses, término que la jurisprudencia ha considerado como prudencial y razonable, razón por la cual se encuentra superado el requisito de inmediatez. (Sentencia T 055 de 2020).

Por último, frente al requisito de subsidiaridad, se evidencia que el actor cuenta con otro mecanismo de defensa de sus derechos fundamentales como lo es el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, sin embargo, mediante providencia SU 003 de 2008, la Corte Constitucional en un caso similar indicó que:

“38. En el presente asunto, el mecanismo judicial principal para la garantía de los derechos invocados por el tutelante es el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, que regula el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso - CPACA-, pues permite cuestionar la constitucionalidad y legalidad del acto administrativo que declaró insubsistente el cargo del accionante, con plena garantía del debido proceso. En ejercicio de este es posible que el Juez de lo Contencioso Administrativo, con fundamento en la jurisprudencia constitucional, valore si, efectivamente, el tutelante podía ser sujeto de protección constitucional en virtud de la figura de la “preensión”. Es prima facie eficaz pues, en el marco del proceso contencioso administrativo, es posible solicitar una de las múltiples medidas cautelares de que trata el artículo 230 de esta codificación, incluso desde el momento de presentación de la demanda, en caso de que se pretenda la garantía provisional de los derechos comprometidos al interior de la actuación administrativa que se cuestiona. Entre estas, es posible exigir la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo que se considera vulnera los derechos fundamentales que alega la parte actora.

39. Ahora bien, puesto que en este tipo de asuntos formalmente existe otro medio o recurso de defensa judicial, para efectos de la garantía de los derechos constitucionales fundamentales, de conformidad con las disposiciones previamente citadas, que regulan el carácter subsidiario de la acción de tutela, es necesario apreciar, en concreto, la existencia del mecanismo “en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante”. Estas exigen valorar la situación personal del tutelante en relación con la pretensión en sede de tutela.”

Dicho lo anterior y de acuerdo con la situación del señor Henry Eduardo Duarte Hurtado quien nació el 14 de octubre de 1960 y que en la actualidad tiene 61 años de edad, y en concordancia con el numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, considera el Despacho satisfecho el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela toda vez que, está a menos de seis (6) meses de cumplir la edad para acceder al reconocimiento de su pensión de vejez en el Sistema General de Pensiones y que el acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para proteger sus derechos no sería eficaz por cuanto después de agotar el requisito de procedibilidad para iniciar la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho y hasta que el Juez ordene la suspensión de los efectos del acto que se demanda, transcurrirían más de 6 meses motivo por el cual este medio de defensa no sería eficaz, en este orden de ideas, se procederá a analizar de fondo la solicitud de amparo invocada por el actor.

Ahora bien, la Constitución Política de 1991 en el artículo 125 estableció el régimen de carrera administrativa para la provisión de los empleos en los órganos y entidades del Estado, creando así el mecanismo de acceso a los cargos públicos, en este mismo sentido, la Corte ha sostenido que:

“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, el cual puede ser exigible frente a la Administración como a los funcionarios públicos que se encuentran desempeñando el cargo ofertado en provisionalidad. Por este motivo, la Corte ha reiterado que los cargos ejercidos en provisionalidad no pueden equipararse a los cargos de carrera administrativa, debido a que existen marcadas diferencias entre los funcionarios inscritos en carrera administrativa y los funcionarios públicos provisionales, en especial en cuanto a su vinculación y retiro.

Los funcionarios que acceden a los cargos públicos a través de un concurso de méritos y aquellos que desempeñaban en provisionalidad los cargos de carrera tienen diferencias marcadas. Por una parte, los funcionarios que acceden a los cargos mediante el concurso de méritos cuentan con una mayor estabilidad, al haber superado las etapas propias del concurso, impidiendo así el retiro del cargo a partir de criterios meramente discrecionales. El acto administrativo por medio del cual se desvincula a un funcionario de carrera administrativa debe ser motivado para que la decisión sea ajustada a la Constitución, además de otros requisitos que determina la ley.

Por otra parte, los funcionarios que desempeñan en provisionalidad cargos de carrera, gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que implica que el acto administrativo por medio del cual se efectúe su desvinculación debe establecer únicamente las razones de la decisión, lo cual para este Tribunal Constitucional constituye una garantía mínima derivada del derecho fundamental al debido proceso y al principio de publicidad.

En el mismo sentido, en cuanto a la estabilidad laboral de los prepensionados, la Corte Constitucional ha señalado que:

“la condición de prepensionado de un trabajador y la protección que de esta se deriva no se circunscribe a las relaciones laborales afectadas por los planes de renovación de la administración pública sino que cobija a todos los trabajadores próximos a pensionarse definidos como aquellos a quienes les falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez.” (T 357 de 2016)

Sin embargo, la jurisprudencia constitucional mediante providencia SU 003 de 2018, indicó que tal protección, solo se aplica a los trabajadores que le faltare el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización para acceder a la pensión de vejez, toda vez que el requisito faltante con relación a la edad, puede ser cumplido de manera posterior con o sin vinculación laboral vigente

Así mismo, la Máxima Corporación, mediante Sentencia T 055 de 2020 presentó, cuatro (4) situaciones que podría enfrentar el solicitante de la protección de prepensionado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, graficándolas de esta manera:

<b>Contexto de la persona</b>	<b>Condición de prepensionado</b>
a) Está a tres años o menos de cumplir edad y semanas cotizadas.	Sí
b) Está a tres años o menos de cumplir la edad, pero ya cuenta con las semanas mínimas requeridas.	No
c) Está a tres años o menos de completar las semanas, pero ya cuenta con la edad.	Sí
d) Está a tres años o menos de cumplir la edad, pero a más de tres años de cumplir las semanas.	No

En este orden de ideas, y de acuerdo con la postura unificada de la Corte Constitucional, solo en los contextos a y c podrá asumirse que la persona cuenta con la condición de prepensionado, pues en estas situaciones, el empleador con la desvinculación de su trabajador, estaría frustrándole su derecho a acceder a la pensión de vejez por cuanto

impediría que este pudiera seguir efectuando las cotizaciones a pensión requeridas para obtener su pensión de vejez.

Descendiendo al caso de estudio, y revisado el reporte actualizado de semanas cotizadas en pensiones por el señor Henry Eduardo Duarte Hurtado allegado por COLPENSIONES, (folios 8 a 22 de la Respuesta allegada por COLPENSIONES), se evidencia que el accionante está afiliado a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES desde el 10 de diciembre de 1986, que en la actualidad su afiliación se encuentra en estado ACTIVO - COTIZANTE y que cuenta con un total de 1.690, 86 semanas cotizadas a COLPENSIONES y con 189,00 semanas no cotizadas al ISS hoy COLPENSIONES, para un total de **1.879,86** semanas cotizadas.

De esta manera, el Despacho concluye que el accionante HENRY EDUARDO DUARTE HURTADO no cumple con los requisitos establecidos por la jurisprudencia para ser beneficiario del fuero de estabilidad laboral reforzada en calidad de prepensionado por cuanto ya cuenta con las semanas mínimas requeridas por la legislación para obtener la pensión de vejez, cabe recordar que la ley 797 de 2003 en su artículo 8 dispuso que a partir del 1° de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

De acuerdo a lo anterior, se establece que para el accionante, no se encuentra en riesgo su expectativa pensional por cuanto la única exigencia restante es el cumplimiento de la edad, condición que puede acreditar con o sin vinculación laboral vigente

Por otro lado, y una vez examinadas las actuaciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil y de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se pudo comprobar que mediante Acuerdo 20181000002666 del 19 de julio de 2018 se convocó a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al sistema General de Carrera Administrativa de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, convocatoria N° 626 de 2018 Sector Defensa, que agotadas las etapas del proceso de selección, se expidió la Resolución N° 2021RES-400.300.24-12594 “*Por la cual se conforma y adopta la Lista de Elegibles para proveer uno (1) vacante(s) definitiva(s) del empleo denominado PROFESIONAL DE SEGURIDAD O DEFENSA, Código 3-1, Grado 15, identificado con el Código OPEC No. 73797, PROCESO DE SELECCIÓN NO. 626 DE 2018 - CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, del Sistema Especial de Carrera Administrativa del Sector Defensa*”, y que se cumplió con los plazos para realizar el respectivo nombramiento, nombramiento que no fue aceptado por el señor Jair Antonio Montaña López, procediendo de esta manera la entidad accionada emitir la Resolución N° 4375 del 11 de abril de 2022 en la que se declara la pérdida de fuerza de ejecutoria de la Resolución No. 2211 del 24 de febrero de 2022, por medio de la cual se efectúa un nombramiento en periodo de prueba y se da por terminado un nombramiento provisional.

De esta manera, el Despacho NO evidencia la vulneración de los derechos fundamentales al actor por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil y de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, pues los procedimientos realizados por las accionadas, han sido de conformidad con los presupuestos legales y constitucionales que regulan el concurso de méritos, y más cuando la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares le ofreció como medida de protección de sus derechos, la celebración de un contrato de prestación de servicios .

Ahora bien, frente a la solicitud del accionante de ordenar a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares abstenerse de efectuar nombramiento alguno para ocupar el cargo que desempeña, por cuanto manifiesta que tanto él como su esposa depende económicamente de su sueldo, este Despacho no puede acceder a tal pretensión toda vez que vulneraría los derechos fundamentales de los ciudadanos ANDREA ISABEL CARRILLO BLANCO y

MIGUEL ARMANDO RODRIGUEZ AVILA quienes integran la lista de elegibles del empleo denominado *PROFESIONAL DE SEGURIDAD O DEFENSA, Código 3-1, Grado 15*, y que están a la espera de que se realice su respectivo nombramiento, situación que iría en contra de la Jurisprudencia Constitucional que reconoce la carrera administrativa como el mecanismo preferente para el acceso y la gestión de empleos públicos.

Con la misma suerte corre la pretensión subsidiaria en la que solicita se reubique o reinstale en un cargo igual o superior al que viene desempeñando, toda vez que, así como lo manifestó la accionada en el escrito de contestación “1) *No existe lista de elegibles con menor número de empleos convocados* 2) *No existen cargos por proveer que no hayan sido convocados a concurso* 3) *No existen cargos convocados sin listas de elegibles* y 4) *No existen vacantes equivalentes luego de garantizado el derecho preferencial de los funcionarios de carrera.*”

Consecuente con las anteriores consideraciones, es claro que la presente acción no está llamada a prosperar por cuanto el accionante HENRY EDUARDO DUARTE HURTADO no cumple con los requisitos establecidos por la jurisprudencia para ser beneficiario del fuero de estabilidad laboral reforzada en calidad de prepensionado por cuanto ya cuenta con las semanas mínimas requeridas establecidas en el artículo 8º la ley 797 de 2003 para obtener la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida RPM.

### DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CUARENTA Y UNO (41) LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### RESUELVE

**PRIMERO: NEGAR** el amparo deprecado por el señor **HENRY EDUARDO DUARTE HURTADO** por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

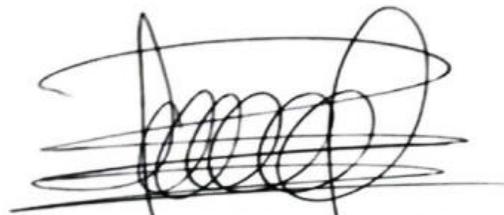
**SEGUNDO: DESVINCULAR** de la presente acción constitucional a la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL** y a **COLPENSIONES**.

**TERCERO: NOTIFICAR** esta providencia a las partes en los términos del artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

**CUARTO: REMITIR** el presente expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, siempre y cuando la decisión aquí proferida no fuere impugnada.

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

*Se remite notificación virtual sin la firma original en virtud del estado de emergencia sanitaria y lo dispuesto en el Acuerdo PCSJA20-11521 del 19 de marzo del 2020.*



**LUIS GERARDO NIVIA ORTEGA**  
**Juez**

*Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020*

**JUZGADO CUARENTA Y UNO LABORAL DEL  
CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**

La providencia que antecede se notificó por Estado

**No. 57 del 21 de abril de 2022.**



**YENNY MARCELA SÁNCHEZ LOZANO  
Secretaria**