

Constancia secretarial

Para todos los efectos legales pertinentes hace constar:

Que durante el día 20 de abril de 2023 el titular del Despacho hizo uso de comisión de servicios concedido por el H. Tribunal Superior de Medellín.

Medellín, 28 de abril de 2023

Juliana Restrepo Hinestroza
Secretaria ad hoc



Rama Judicial
República de Colombia

JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD. -
Medellín, veintiocho de abril de dos mil veintitrés. -

| | |
|-------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| ACCIÓN | TUTELA |
| ACCIONANTE | GERMÁN DARÍO GRACIANO germandariograciano400@gmail.com |
| ACCIONADA | FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN juridicanotificacionestutela@fiscalia.gov.co |
| VINCULADO | AFP COLPENSIONES notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co |
| RADICADO | 05001 31 03 000 2023 00135 00 |
| INSTANCIA | PRIMERA |
| SENTENCIA | Nro. 100 |
| TEMA | Debido proceso, mínimo vital, estabilidad laboral de personas próximas a pensionarse |
| DECISIÓN | No tutela el amparo constitucional deprecado |

I. ASUNTO A TRATAR

Procede el Despacho a emitir pronunciamiento de fondo en la presente acción de tutela incoada por el señor GERMÁN DARÍO GRACIANO actuando en nombre propio, en contra de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, con vinculación de COLPENSIONES.

II. ANTECEDENTES

2.1 Fundamentos Fácticos

Del libelo petitorio se advierten como hechos relevantes los siguientes:

Que, se encuentra vinculado a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN desde el 17 de agosto de 1994, actualmente ocupa el cargo de agente de protección y seguridad II, en la ciudad de Medellín, vinculado al régimen pensional administrado por la AFP COLPENSIONES, afiliado con 1746 semanas de cotización.

Agrega que la Comisión Especial de Carrera de la Fiscalía General de la Nación, mediante Acuerdo 001 del 16 de julio de 2021, convocó a concurso de méritos en ascenso e ingreso para 500 vacantes definitivas provistas en provisionalidad, conviniendo que se proveerían las

Radicado: 05001 31 03 001 2023 00135-00
Accionante: GERMÁN DARIO GRACIANO
Accionada: FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

vacantes en provisionalidad, por personas que cuenten ya con resolución que reconozca su pensión, de tal suerte que no se perjudicara el ingreso mínimo, ni la subsistencia digna a las demás personas que tuvieran que culminar su vínculo con la entidad pero aún no han logrado acceder a la pensión.

Aduce en su caso particular que, a pesar que cuenta con los requisitos para acceder a la pensión a la fecha no tiene resolución de para acceder a esa prestación a su favor, además, carece de otra fuente de ingreso diferente a su salario.

Finalmente, refiere que la accionada a través de acto administrativo resolvió nombrar a una persona que superado las etapas del concurso y es aspirante al cargo que viene desempeñando, contra esa resolución no procede recurso alguno.

2.2 Pretensiones

Con fundamento en los hechos narrados, se advierte que lo pretendido por el accionante, es la tutela de los derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida digna y el debido proceso. En consecuencia, se ordene a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN que de manera inmediata suspenda temporalmente los efectos de la Resolución N° 1556 de 17 de marzo de 2023, para seguir desempeñando el cargo que viene desempeñando en provisionalidad, hasta tanto no se efectivice su reconocimiento a la pensión por parte de la AFP COLPENSIONES.

2.3 Trámite impartido

Estudiado el escrito de tutela, en proveído del 14 de abril de 2023, se dispuso su admisión y la notificación a la entidad accionada y vinculada, para que se pronunciaran al respecto, concediéndoseles el término de 2 días. La notificación fue surtida vía correo electrónico.

Así mismo, se negó el pedido de medida provisional formulada por la parte actora con fundamento en el artículo 7 del Decreto 2591 de 1991.

2.4 Pronunciamiento de la accionada y de la vinculada oficiosamente.

2.4.1 FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN mediante su directora ejecutiva se pronunció informando que, en concordancia con los argumentos expuestos por el accionante, es claro que la misma versó sobre su inconformidad con la motivación o presunta arbitrariedad en la expedición del acto administrativo, situación sobre la cual es necesario precisar que su conocimiento corresponde al juez ordinario dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, y no del juez de tutela.

Que, la acción de tutela es improcedente por cuanto en la terminación del nombramiento en provisionalidad del accionante fue producto del nombramiento del periodo de prueba de un elegible dentro del concurso de méritos FGN 2021, donde el cargo desempeñado por el actor se encontraba ofertado, sin que exista vulneración alguna de sus derechos fundamentales, ni mucho menos la existencia de una presunta estabilidad laboral reforzada por pre pensión, teniendo en cuenta que dicha figura según la jurisprudencia sólo aplica a las personas que se encuentran próximas al cumplimiento de los requisitos de pensión, y en este caso, el servidor cuenta con 67 años de edad y más de 1480 semanas cotizadas, lo que nos permite establecer que no goza de estabilidad laboral reforzada como equivocadamente manifiesta., sin que dicha situación comporte una afectación notable de ningún derecho fundamental ni de los miembros de su grupo familiar, más aun cuando se encuentra actualmente desempeñando un cargo de provisionalidad, sin que se informe sobre la presentación al mencionado concurso o encontrarse en lista de elegibles que garantice derecho al acceso a cargos públicos, precisando que el reconocimiento pensional alegado por el actor está sujeto a un trámite formal que solo depende de él, con el fin de que COLPENSIONES expida el acto administrativo de reconocimiento y se proceda a su inmediata inclusión en nómina de pensionados.

Resalta que, en el mes de febrero de 2023 fueron consignadas sus cesantías sin incluir que sus ingresos totales anuales para el año 2022 corresponden a \$3.950.741 y la liquidación de retiro del servicio que corresponde aproximadamente \$56.111.841, además, registra bienes

Radicado: 05001 31 03 001 2023 00135-00
Accionante: GERMÁN DARIO GRACIANO
Accionada: FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

por valor \$40.000.000 de acuerdo con la última declaración de bienes reportada de 2019, reiterando que no cuenta con estabilidad laboral reforzada ya que actualmente cuenta con todos los requisitos para obtener la pensión, resaltando que a partir de su retiro, contrario a lo manifestado el servidor contará con la cobertura a la EPS hasta por tres meses, en cuanto a la caja de compensación familiar contará con cobertura de salud hasta por 6 meses.

Agrega también, que no existe evidencia que permita determinar una afectación real al mínimo vital alegado por el actor, ni el surgimiento de un fuero especial de protección por estabilidad laboral reforzada, ya que la terminación de su nombramiento se encuentra ajustada al ordenamiento legal y jurisprudencia y que las inconformidades en cuanto su motivación son competencia del juez ordinario, dentro del medio de nulidad y restablecimiento del derecho, por cuanto se ha demostrado inexistencia de un perjuicio irremediable a su favor.

También refiere que actualmente el accionante tiene 67 años de edad, y más de 28 años de servicio en la Fiscalía General de la Nación, lo que equivale a 1480 semanas de cotización requisitos mas que suficientes, aludiendo los requisitos mínimos de 62 años y 1300 semanas de cotización, para la obtención de su reconocimiento pensional, situación que de por sí no lo hace sujeto de protección especial alguna, cuando la terminación de su nombramiento en provisionalidad fue producto de la provisión definitiva de su empleo por el concurso de méritos FGN 2021.

Destaca que la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN convocó a través del Acuerdo 001 de 2021 a concurso de méritos para proveer 500 vacantes definitivas provistas en provisionalidad, en las modalidades de ascenso e ingreso, de la plata de personal de dicha entidad pertenecientes al Sistema Especial de Carrera.

Por lo anterior solicita declarar la improcedencia de la acción de tutela.

2.4.2. COLPENSIONES a través de la directora de la Dirección de Acciones Constitucionales indicó que verificados los sistemas de información se estableció que, mediante la expedición de la Resolución SUB 276781 de 20 de octubre de 2021 se reconoció una pensión de vejez al accionante, cuya mesada es por valor de \$2.395.662, prestación que será ingresada en la nómina una vez los interesados acerquen a un PAC COLPENSIONES y radiquen a través del módulo recepción acto administrativo de retiro la documentación que sirva como medio de prueba para establecer de manera expresa la fecha en que el beneficiario de la pensión será retirado del servicio público activo, lo que permitirá garantizar la no solución de continuidad entre la percepción del salario y el pago de la primera mesada pensional.

Adicionalmente, aduce que obra solicitud de reconocimiento pensional de 23 de marzo de 2023, de la cual se permite informar que la Administradora se encuentra dentro del término de cuatro (4) meses dispuesto por la ley y la jurisprudencia para efectos de resolver solicitudes de connotación económica, razón por la cual, no puede predicarse desconocimiento alguno de los derechos alegados por el actor, toda vez que durante el término previsto se ejecutan todas las actuaciones necesarias a fin de una respuesta de fondo, misma que será notificada al señor GERMÁN DARIO GRACIANO, una vez sea emitida.

También, aduce que no obra en los sistemas consultado la radicación del acto administrativo que acredite el retiro del servicio, por lo que reitera, el ingreso en nómina de la prestación reconocida continuará en suspenso hasta tanto no se cuente con el mencionado documento, siendo preciso informar que tampoco fue adjuntado a la documentación del estudio pensional del que se informa está en términos de respuesta esta entidad.

Alega una falta de legitimación en la causa por pasiva por cuanto COLPENSIONES no puede atender lo solicitado por el accionante, teniendo en cuenta que la acción de tutela no se encuentra dirigida en contra de esa Administradora y además no tiene competencia para entrar a responder lo requerido.

En esa medida, solicita desvincular a COLPENSIONES de la presente acción de tutela.

III. CONSIDERACIONES

3.1 Competencia

Este Despacho es competente para conocer la acción de tutela en virtud de lo previsto en el artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991.

3.2 Problema Jurídico

De acuerdo con lo expuesto en los antecedentes que preceden, esta Agencia Judicial encuentra que en el presente asunto se contrae a establecer si al señor GERMÁN DARÍO GRACIANO se le ha vulnerado los derechos fundamentales al debido proceso, mínimo vital y vida digna, con ocasión de la expedición de la Resolución N° 1556 del 17 de marzo de 2023 *“Por medio de la cual se efectúan unos nombramientos en periodo de prueba en la planta global de la Fiscalía General de la Nación y se dan por terminados unos nombramientos en provisionalidad”*.

3.3 Marco Constitucional y Jurisprudencial.

3.3.1 Generalidades y naturaleza de la acción de tutela.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona tiene derecho a reclamar ante los Jueces o Tribunales por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades.

3.3.2 Carácter residual y subsidiario de la acción de tutela.

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de protección de derechos fundamentales de carácter subsidiario, toda vez que procede ante la inexistencia de otros medios de defensa judicial o cuando existiendo, sea necesaria para evitar un perjuicio irremediable.

Del mismo modo, el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 dispone que la acción de tutela no procederá *“(…) Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella 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 (…)”*.

Puntualmente, la Corte Constitucional en la sentencia T-051 de 2016, expresó frente a la procedencia excepcional de la acción de tutela frente a actos administrativos y la verificación de los requisitos de subsidiaridad e inmediatez:

“(…) La acción de tutela fue regulada en el Artículo 86 de la Constitución Nacional como un mecanismo judicial autónomo, subsidiario y sumario, que le permite a los habitantes del territorio nacional acceder a una herramienta de protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando estos resulten amenazados o vulnerados por las autoridades públicas, o incluso por particulares, según lo determinado en el Artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

Para que proceda este medio privilegiado de protección se requiere que dentro del ordenamiento jurídico colombiano no exista otro medio de defensa judicial que permita garantizar el amparo deprecado, o que existiendo este, se promueva para precaver un perjuicio irremediable caso en el cual procederá como mecanismo transitorio.

De esta manera, en el marco del principio de subsidiaridad, es dable afirmar que “la acción de tutela, en términos generales, no puede ser utilizada como un medio judicial alternativo, adicional o complementario de los establecidos por la ley para la defensa de los derechos, pues con ella no se busca remplazar los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer los mecanismos impuestos (dentro) de estos procesos para controvertir las decisiones que se adopten”.

Puntualmente, en cuanto a la acción de tutela adelantada contra actos administrativos, la posición sentada por este Tribunal ha reiterado que, en principio, resulta improcedente, dado que el legislador determinó, por medio de la regulación administrativa y contencioso administrativa, los mecanismos judiciales pertinentes para que los ciudadanos puedan comparecer al proceso ordinario respectivo y ejercer su derecho de defensa y contradicción, dentro de términos razonables. En la sentencia T-957 de 2011, la Corte Constitucional se pronunció en el siguiente sentido:

...

Empero, cuando la entidad accionada, en un obrar negligente o abusivo, no ponga en conocimiento del ciudadano afectado el inicio de una actuación administrativa adelantada en su contra, el procedimiento administrativo queda viciado de nulidad, debido a que se impide el ejercicio del derecho de defensa. En consecuencia, se vulnera el derecho fundamental al debido proceso. En ese evento, deberá estudiarse si con el acto administrativo proferido se puede ocasionar un perjuicio irremediable, de ser así resulta procedente acudir a la acción de tutela, de lo contrario se debe acudir al medio de control ordinario previsto por el legislador. (...)"

3.3.3 De la procedencia de la acción de tutela contra actos administrativo que regulan y ejecutan los concursos de méritos.

Atendiendo el carácter subsidiario de la acción de tutela, como se expuso anteriormente, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado de manera unánime que cuando existan otros medio de defensa judicial para hacer valer los derechos que se estimen conculcados, debe acudirse a ellos antes de promover la acción de tutela, como quiera que el juez en sede de tutela no puede irrogársele funciones que el ordenamiento jurídico ha reservado de forma específica al juez encargado de resolver cada tipo de conflicto.

Bajo ese panorama, se ha considerado que quien pretenda atacar el contenido de actos administrativos que reglamenten o ejecuten¹, deberá acudir a las acciones que para el efecto prevé la jurisdicción contenciosa administrativa con el fin de ventilar las razones por las que considera que esas decisiones vulneran sus derechos fundamentales y que, el amparo, en estos casos, por regla general, no puede abrirse paso².

Del mismo modo, el numeral 5° del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, establece que la acción de tutela no procederá "cuando se trata de actos de carácter general, impersonal y abstracto", pues se ha entendido que esta acción no es el mecanismo adecuado para controvertir ese tipo de actos, salvo que se demuestre la existencia de un perjuicio irremediable que haga necesario inexorablemente la intervención del Juez Constitucional.

Puntualmente, el carácter subsidiario que gobierna el trámite constitucional, en casos como este, en los que se discuten aspectos derivados de los concursos de méritos para acceder a cargos de carrera administrativa, la Corte Constitucional, en sentencia T-306 de 2007, apuntaló:

"La jurisprudencia constitucional ha sido uniforme en admitir que el acceso a los empleos públicos debe hacerse a través de un proceso de selección que privilegie el mérito como factor determinante, siendo imperativo e imprescindible que se realice una convocatoria pública, en la que se fijen las precisas reglas que regulen el concurso, con sujeción a la Constitución y la ley.

Es claro, entonces, que el acto de convocatoria constituye el instrumento normativo, por excelencia, que garantiza el acceso a tales empleos de todos los aspirantes en igualdad de condiciones y, una vez consumada la inscripción, quedan sujetos a los parámetros allí establecidos, so pena de que su alteración rompa ese equilibrio, salvo que ésta sobrevenga por una decisión judicial ejecutoriada. Por supuesto, en el evento de que alguno de los participantes esté en desacuerdo con dichas pautas, el cauce adecuado para impugnarlas, por regla general, es la demanda de nulidad de la convocatoria o del acto jurídico en el cual se fundamenta, ante el juez competente, por tratarse de un acto administrativo de carácter

¹ Sentencias T-315 de 1998, T-1998 de 2001.

² Sentencia T-046 de 1995

general, impersonal y abstracto, no susceptible, en principio, de la acción de tutela, dada su naturaleza residual (numeral 5°, artículo 6°, del Decreto 2591 de 1991).

(...) De las reglas citadas emerge, sin dubitación alguna, que el carácter subsidiario que perfila la presente acción impone su improcedencia, como quiera que los mecanismos ordinarios de defensa legalmente consagrados para la protección de los derechos invocados fueron desdeñados, puesto que procedía, de un lado, la reclamación que contempla el artículo 31 del Acuerdo 062 del año próximo pasado (en armonía con el 16 de la Resolución No. 0811 de la misma anualidad) y, de otro, la acción contencioso administrativa del caso junto con la suspensión provisional que regula el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, herramientas jurídicas a las que había de recurrirse y no a la tutela, la que no ha sido consagrada para provocar la iniciación de procesos alternativos o sustitutos de los ordinarios o especiales, ni para modificar las reglas que fijan los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni para crear instancias adicionales a las existentes, sino que tiene el propósito claro, definido, estricto y específico, que el propio artículo 86 de la Constitución Política indica, que no es otro diferente de brindar a la persona la protección inmediata y subsidiaria para asegurarle el respeto efectivo de los derechos fundamentales que la Carta reconoce.”

En ese entendido, la acción de tutela no tiene cabida entonces para controvertir actos administrativos que regulan concursos de méritos, en tanto su naturaleza no es la de recurso supletorio o alternativo de los mecanismos de defensa establecidos en el ordenamiento jurídico para regular la protección de los derechos, y menos se puede decir que constituye una vía para soslayar las decisiones adoptadas en ellos trámites administrativos, cuando los accionantes cuentan con la posibilidad de reclamar sus derechos por la medios determinados para ese fin, esto es, ante la jurisdicción de los contencioso administrativo; empero, la misma Corporación ha indicado que existen algunas excepciones que superan el principio de subsidiariedad, ello con miras a dar paso al amparo constitucional y que a que vislumbra ante la ausencia de efectividad del recurso ordinario y la existencia de un perjuicio irremediable que deba ser conjurando mediante la acción de tutela.

“No obstante lo anterior, respecto de la procedibilidad de la acción de tutela contra actos administrativos, esta Corporación ha señalado que existen, al menos, dos excepciones que tornan procedente la acción de tutela para cuestionar actos administrativos: (i) cuando pese a la existencia de un mecanismo judicial idóneo, esto es, adecuado para resolver las implicaciones constitucionales del caso, el mismo no goza de suficiente efectividad para la protección de los derechos fundamentales invocados como amenazados a la luz del caso concreto; o (ii) cuando se trata de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, que implica una situación de amenaza de vulneración de un derecho fundamental susceptible de concretarse y que pueda generar un daño irreversible”³

3.3.4. Estabilidad laboral de las personas próximas a pensionarse. Sobre este tema la Corte Constitucional en sentencia T-595 de 2016 dijo:

“(…) Acorde con los artículos 150 numeral 7 y 189 numerales 14, 15 y 16 de la Constitución que facultan expresamente al Congreso de la República para definir la estructura de la administración nacional y al Presidente a modificar las entidades y organismos administrativos nacionales, el legislador profirió 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” , cuyo objeto consiste según su artículo 1^[112], en renovar y modernizar la estructura de la rama ejecutiva del orden nacional, a través de la fusión de entidades u organismos nacionales y ministerios.

68. En vista del proceso de renovación que se pretendía adelantar, el legislador consagró en el artículo 12 de tal disposición, una protección laboral especial para servidores públicos en circunstancias particulares de vulnerabilidad al momento de que fuesen desvinculados con ocasión del desarrollo del programa de renovación de la administración pública, entre ellos, los servidores públicos próximos a pensionarse y estableció un límite en el tiempo para la aplicación de esa estabilidad laboral reforzada:

Artículo 12. *Protección especial. De conformidad con la reglamentación que establezca el*

³ Sentencia T – 441 de 2017.

Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia^[113] sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los **servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley.**” (Negrilla fuera del texto)

De manera preliminar, la sentencia C-795 de 2009^[126], antes referida, pese a que se limitó a analizar la constitucionalidad de una norma atinente a la liquidación de entidades públicas de la Rama Ejecutiva, aclaró que la estabilidad laboral de las personas próximas a pensionarse es de origen supralegal, pues responde a imperativos constitucionales, erigidos como fines esenciales del Estado Social de Derecho:

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

En suma, la implementación de este tipo de medidas responde a imperativos constitucionales que se desprenden de los artículos 13, 42, 43 y 44 superiores, entre otros, y que constituyen en sí mismos fines esenciales en el Estado Social de Derecho^{[27][127]}”

75. En concordancia con lo anterior, mediante sentencia T- 186 del 2013^[128] la Corte accedió a las súplicas de la demanda en el caso de una señora vinculada en provisionalidad al INCODER y declarada insubsistente con ocasión al concurso de méritos realizado. En esa oportunidad se advirtió que no debe confundirse la estabilidad laboral de las personas próximas a pensionarse con la figura del retén social, cuyo margen de aplicación se encuentra circunscrito a los procesos de renovación de la Administración Pública, comoquiera que el retén social es uno de los múltiples mecanismos previstos para garantizar los derechos fundamentales de los prepensionados.

“ Con todo, debe hacerse una distinción conceptual de especial importancia para la solución de los problemas jurídicos materia de esta decisión. El fundamento del reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada de los prepensionados no es un asunto que dependa de un mandato legislativo particular y concreto, sino que tiene raigambre constitucional. Esto debido a que dicha estabilidad opera como instrumento para la satisfacción de los derechos fundamentales de estos grupos poblacionales, que se verían gravemente interferidos por el retiro del empleo público. Por ende, la Corte desestima lo expresado por los jueces de instancia, en el sentido de confundir la estabilidad laboral reforzada de los prepensionados con la figura del retén social, para concluir erróneamente que la mencionada estabilidad solo es aplicable en los casos que el retiro del cargo se sustenta en su supresión ante la liquidación de la entidad y en el marco de los procesos de restructuración de la Administración Pública.

En contrario, el retén social es apenas una especie de mecanismo, dentro de los múltiples que pueden considerarse para garantizar los derechos fundamentales concernidos por la permanencia en el empleo público de los servidores próximos a pensionarse. En otras palabras, el fundamento de la estabilidad laboral de los prepensionados tiene origen constitucional y, por ende, resulta aplicable en cada uno de los escenarios en que entren en tensión los derechos al mínimo vital y la igualdad, frente a la aplicación de herramientas jurídicas que lleven al retiro del cargo, entre ellas el concurso público de méritos, como se explica enseguida.

13. Un escenario distinto de vigencia de la estabilidad laboral reforzada de las personas próximas a pensionarse concurre ante la provisión de cargos por concurso público de méritos. La problemática surge cuando el servidor público próximo a pensionarse ejerce un cargo público en provisionalidad, el cual es ofertado a concurso público de méritos y asignado al aspirante que supera dicho concurso. En ese escenario entran en tensión dos derechos de raigambre constitucional. El primero, que refiere al derecho subjetivo del aspirante a acceder al empleo público por haber superado el concurso público de méritos, que es a la vez el mecanismo preferente y general para el acceso a los empleos del Estado. El segundo, que tiene que ver con la protección de los derechos fundamentales del prepensionado, que se verían intervenidos por el retiro del cargo, lo que lo dejaría en estado de vulnerabilidad económica.

La jurisprudencia de la Corte ha considerado que este asunto no puede resolverse simplemente a través de la opción a favor de alguno de los derechos en conflicto. En contrario, ha planteado la necesidad que en el caso concreto se efectúe un ejercicio de ponderación entre esos derechos, el cual no afecte el núcleo esencial de cada uno de los extremos en cuestión. Para ello ha enfatizado en dos tipos de argumentos centrales: (i) la necesidad que las autoridades del Estado interpreten las normas de forma razonable, proporcionada y compatible con los derechos fundamentales de los afectados; (ii) la obligación que esas mismas autoridades hagan una evaluación objetiva de las circunstancias del caso, diferente a una adjudicación aleatoria, en la cual se determine si es posible proteger concomitantemente los derechos del prepensionado y del aspirante.”

76. Del mismo modo, en un pronunciamiento reciente, sentencia T-357 de 2016^[129], la Corte Constitucional estudió el caso de un señor desvinculado del Banco Agrario de Colombia S.A. pese a su condición de prepensionado y decidió revocar la tutela de segunda instancia, a fin de que al actor le fuera amparado su derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada. Al respecto, se manifestó que la protección otorgada a los prepensionados ha trascendido la esfera de la restructuración estatal, hasta el punto de incluir a los trabajadores del sector privado que han sido desvinculados de su lugar de trabajo:

En este orden de ideas, la condición de prepensionado, como sujeto de especial protección, no necesita que la persona que alega pertenecer a dicho grupo poblacional se encuentre en el supuesto de hecho propio de la liquidación de una entidad estatal y **cobija incluso a los trabajadores del sector privado** que se encuentren próximos a cumplir los requisitos para acceder a una pensión por lo que puede decirse que **tiene la condición de prepensionable toda persona con contrato de trabajo que le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez. Por otro lado, el derecho a la estabilidad laboral reforzada que de esta condición se deriva se concretiza en la garantía de no desvinculación del servicio por el mero acaecimiento del plazo pactado o presuntivo como causa suficiente de terminación, por lo que deberá ordenarse el reintegro de los trabajadores próximos a pensionarse cuyos contratos hayan sido terminados por estas causales** cuando quiera que la finalización de la relación laboral signifique para el trabajador una afectación de sus derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital, verificable por el hecho de que el sustento del trabajador y se derive del salario que percibía. (Negrilla fuera del texto)(...).”

CASO CONCRETO

En el caso sub júdice, GERMÁN DARÍO GRACIANO pretende la protección de sus derechos fundamentales que estima vulnerados por la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, con la expedición de la Resolución N° 1556 del 17 de marzo de 2023 “Por medio de la cual se efectúan unos nombramientos en periodo de prueba en la planta global de la Fiscalía General de la Nación y se dan por terminados unos nombramientos en provisionalidad”, por cuanto el señor actor, se duele que al dar por terminado el nombramiento en provisionalidad del cargo que desempeñaba, conculca sus derechos fundamentales, ya que a pesar que cuenta con los requisitos para acceder a la pensión por vejez, a la fecha no tiene resolución para acceder a esa prestación a su favor, además, carece de otra fuente de ingreso diferente a su salario.

Tal como quedó reseñado en la precedencia, por regla general, la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para lograr la protección solicitada, en el entendido que el ciudadano cuenta con un medio de defensa eficaz como sería el medio de control de nulidad que puede presentar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, conforme lo previsto en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, proceso en el que inclusive, puede si a bien lo tiene, solicitar medidas cautelares que protejan provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.

Así mismo, el Despacho observa que según las circunstancias fácticas que rodean el caso concreto, es evidente que no es viable entrar a proteger derecho de rango fundamental por medio de este mecanismo residual; y ello es así, esencialmente por cuanto, se tiene, pese a que el accionante alega gozar de los requisitos para acceder a la pensión por vejez, pero no tiene la resolución para acceder a la prestación, lo cierto del asunto, es que con el informe que fuere rendido por la vinculada a este trámite, COLPENSIONES, se constató que el señor GRACIANO mediante la expedición de la Resolución SUB 276781 de 20 de octubre de 2021 reconoció la pensión de vejez al accionante, además, que apenas el pasado 23 de marzo (2023) el señor accionante presentó la solicitud de reconocimiento pensional, por lo que el ingreso en nómina de la prestación reconocida se efectuaría una vez se acredite el retiro del servicio.

Es evidente también que, a pesar que el accionante fundamenta el objeto de amparo en un aparente status de “*prepensionado*” en el entendido que protege la expectativa del trabajador de obtener su pensión de vejez, ante su posible frustración como consecuencia de una pérdida intempestiva del empleo, según las fundamentaciones traídas por la jurisprudencia anteriormente anotada, no encuentra asidero de ninguna índole, como quiera que la desvinculación del señor Graciano con la entidad accionada se encuentra fundamentada en el artículo 125 de la Carta Magna que privilegia el merito para el ingreso a los cargos de carrera, y en este caso, se itera, no cumple con las calidades para considerarlo un prepensionado, pues ni siquiera probó la necesidad de proteger la estabilidad laboral reforzada, dado que el señor actor cumplió con los requisitos para pensionarse con anterioridad a la fecha de expedición del acto que provocó su retiro. Téngase en cuenta, que el señor Germán Darío Graciano tiene 67 años de edad, y más de 28 años de servicio en la Fiscalía General de la Nación.

Recabando en lo anterior, es necesario precisar que, si bien el accionante cumplió de sobra los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez, actualmente según los informes rendidos y las pruebas recaudadas se encuentra gestionando lo pertinente para el disfrute de dicha prestación, atendiendo que cuenta con la resolución de pensión y aún se encuentra en el trámite para inclusión en la nómina, del cual es evidente que, si no lo gestionó con anterioridad y ante su propia desidia o descuido deberá soportar las consecuencias de su inactividad.

Por lo anterior, no encuentra el despacho acreditada violación a derecho fundamental alguno por parte de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, ni mucho menos de COLPENSIONES.

IV. DECISIÓN

Sin que se precisen más consideraciones, el **JUZGADO PRIMERO CIVIL CIRCUITO DE ORALIDAD DE MEDELLÍN -ANTIOQUIA-**, Administrando Justicia en nombre de la República y por mandato de la Constitución,

FALLA

PRIMERO: **NEGAR** el amparo constitucional solicitado por el señor **GERMÁN DARIO GRACIANO** en contra de la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, con vinculación de **COLPENSIONES** por las razones anotadas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Notifíquese a las partes la presente decisión, por el medio más expedito y eficaz.

TERCERO: Se le hace saber a las partes que el presente fallo podrá ser impugnado dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

Radicado: 05001 31 03 001 2023 00135-00
Accionante: GERMÁN DARIO GRACIANO
Accionada: FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

CUARTO: De no ser impugnada esta decisión dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, remítase, al día siguiente, a la Corte Constitucional para su eventual revisión. (Art. 31 del Decreto 2591 de 1991).

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE


JOSÉ ALEJANDRO GÓMEZ OROZCO
JUEZ

JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD DE MEDELLÍN

En la fecha, digitalmente generada, se notifica la providencia precedente, PERSONALMENTE con su remisión (Ley 2213 de 2022) o por ESTADOS ELECTRÓNICOS (C.G.P.), cuyo número de estado y contenido de la actuación, inclusive para efectos de constatar su autenticidad, hallará alojado en el Micrositio asignado a este Juzgado por la Rama Judicial, en la fecha y con el radicado correspondiente, en la siguiente dirección: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-01-civil-del-circuito-de-medellin/105>.


Adriana Patricia Ruiz Pérez
Secretaria

JR