



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

Soledad, dieciocho (18) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Sentencia de 2° Instancia

Referencia Clase de acción: TUTELA
Demandante: LUIS EDUARDO VILLA CASTILLA
Demandado: ALCALDÍA MUNICIPAL DE SOLEDAD y
LA SECRETARIA DE TALENTO HUMANO DE
SOLEDAD
Radicado: No. 2021-000011-01

Procede a pronunciarse el despacho sobre la impugnación instaurada por la parte accionante, contra la sentencia de fecha diez (10) de diciembre de dos mil veinte (2020), por medio de la cual el Juzgado Primero Civil Municipal Mixto de Soledad - Atlántico, declaró improcedente lo solicitado en la acción constitucional.

I. ANTECEDENTES.

El señor LUIS EDUARDO VILLA CASTILLA, actuando a través de apoderado, presentó acción de tutela en contra la ALCALDIA DE SOLEDAD y OTROS, a fin de que se les amparen sus derechos fundamentales de mínimo vital, estabilidad laboral, elevando las siguientes,

I.I. Pretensiones.

“...La ALCALDÍA DEL MUNICIPIO SOLEDAD y a la SECRETARÍA DE TALENTO HUMANO DE SOLEDAD, a que Revoque el Decreto 446 del 13 de octubre de 2020, mediante el cual da por terminado su vinculación laboral, en consecuencia proceda a reintegrarlo de manera inmediata al cargo de profesional universitario código 219, grado 03, en la Secretaría de Impuestos de Soledad, en el mismo cargo u otro similar, de la misma jerarquía y con la misma asignación salarial, hasta cuando reúna los requisitos necesarios para obtener su pensión...”

II. HECHOS PLANTEADOS POR EL ACCIONANTE.

Manifiesta que fue vinculado mediante Decreto 0310 de fecha 1 de diciembre de 2011, y posesionado en provisionalidad en el cargo de Profesional Universitario, código 219, grado 3, en la Oficina de Impuestos Prediales de Soledad, donde estuvo laborando por nueve (9) años.

Sostiene que cuenta con 61 años de edad y 1119 semanas cotizadas, faltándole 12 meses para obtener su pensión.

T-2021-000011-01

Que al ser desvinculado le están desconociendo sus derechos de conformidad con lo establecido en la Ley 790 de 2002 y el Art. 12 del Decreto 3905 de 2009, mediante la cual se reglamentó la Ley 909 de 2004 y Acuerdo 121 de 2009.

Refiere que el 29 de diciembre de 2018 la CNSC, publicó la convocatoria donde ofertó 153 cargos en provisionalidad, al conocer dicha situación, comunicó el 6 de noviembre de 2018, a la SECRETARÍA DE TALENTO HUMANO DE SOLEDAD y al Despacho del Alcalde que se encontraba en situación de pre pensión y que le comunicara de tal situación a la CNSC, tal como lo hizo el Atlántico en la convocatoria 1344 de 2018.

Señala que el 27 de octubre de 2020, le enviaron el Decreto 446 de fecha 13 de octubre de 2020 donde dan por terminada su vinculación laboral por haber nombrado al señor ZAMIR ACOSTA MARQUEZ.

Afirma que el municipio de Soledad ignora por completo que estamos frente a una pandemia mundial y el Presidente de la Republica ha expedido varios decretos entre los que se encuentra el 491 de marzo de 2020, el cual en su artículo 14 señala que los términos se encuentran suspendidos para los concursos de méritos donde haya lista de elegibles hasta el 30 de noviembre de 2020, fecha hasta la cual se extendió la emergencia sanitaria.

Que la persona que ganó el concurso fue posesionada según el cronograma de la SECRETARIA DE TALENTO HUMANO, lo que trajo como consecuencia su salida de la administración central del municipio, vulnerando con ello sus derechos fundamentales como al trabajo, salud, vida y mínimo vital siendo este el único sustento económico para él y su familia.

Que reposa en la SECRETARIA DE TALENTO HUMANO DE SOLEDAD un listado de personas en condición de pre pensionado, igualmente el SINDICATO SIMUSOL radicó ante la ALCALDÍA DE SOLEDAD, el día 29 de septiembre de 2020, escrito en el cual solicitó protección a todos los empleados que gozaran de fuero sindical y entregó el listado correspondiente.

Refiere que en julio de 2019 COLPENSIONES convocó a una charla los a los funcionarios en condición de pre pensionados, en la que le explicó que éstos no podían ser desvinculados pues se le afectaría su derecho al mínimo vital y además de llegarles a suceder algo debían estar activos para poder acceder a una pensión por invalidez.

Agrega que se encuentra enfermo y con un tratamiento médico por padecer de ANEURISMA, DIABETES e HIPERTENSIÓN, adicional a ello, es padre cabeza de hogar y sustento económico de su familia.

Concluye indicando que no debieron ofertar el cargo hasta tanto no fuera incluido en nómina de pensionados, este error considera que no debe asumirlo por lo tanto debe ser reintegrado al mismo cargo o a uno similar al que venía desempeñando.

T-2021-000011-01

III. LA SENTENCIA IMPUGNADA.

Por lo anteriormente expuesto, el Juzgado Primero Civil Municipal Mixto de Soledad, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, dispuso declarar IMPROCEDENTE el amparo solicitado, argumentado:

“... (...) En este contexto, advierte el Despacho que la discusión planteada en esta oportunidad, escapa del escenario constitucional, pues ciertamente lo que se reclama, puede ser debatido ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Además, la jurisprudencia Constitucional ha señalado en casos que guardan simetría con el que nos ocupa, que la acción de tutela por regla general es improcedente, a menos que se utilice como un mecanismo transitorio para evitar la consumación de un perjuicio irremediable, o que existiendo otros medios de defensa judicial, los mismos se tornen ineficaces.

En esta oportunidad, este amparo no se presentó como mecanismo transitorio para evitar la consumación de un perjuicio irremediable, ni aún en el plenario se observa la posible configuración de tal perjuicio.

Bajo tales supuestos, resulta diáfano, que en el sub iudice no se verifica ninguno de los supuestos excepcionales fijados por la Corte Constitucional, toda vez que, como se dijo, no se demostró la posible consumación de un perjuicio irremediable, ni de las pruebas allegadas se sustrae la ocurrencia del mismo. Además, con lo dicho en párrafos anteriores se evidenció que los medios de defensa judicial ante la jurisdicción contenciosa administrativa se tornan eficaces, por ser el juez natural que le correspondería dirimir este tipo de controversias.

En suma, considera el Despacho que el actor debe acudir a la vía de lo Contencioso Administrativo para debatir los actos con los que se encuentra inconforme, proferidos con ocasión al concurso de méritos o convocatoria No. 755 de 2018- Territorial Norte, adelantada por la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, pudiendo solicitar la suspensión provisional de dichos actos durante dicho trámite, pues tal y como se explicó, en esta ocasión no se acreditaron los supuestos excepcionales que toman procedente este mecanismo preferente y sumario, al no haber demostrado en el plenario que actualmente goza de una protección especial.

Corresponde entonces al juez de lo contencioso administrativo juzgar la constitucionalidad o la legalidad del acto administrativo, desde la perspectiva de la posible violación que invoque la accionante, que puede recaer en la afectación de derechos fundamentales tal y como lo presume el tutelante en esta solicitud...”.

IV.IMPUGNACIÓN

La parte accionante, a través de correo electrónico sustentó su recurso de la siguiente forma:

“... Hay que recordar que las personas próximas a pensiones y que ejerce un cargo provisional concurre ante la provisión de cargos por concurso público de méritos, son dos derechos constitucionales que entran en tensión, que no se puede resolver simplemente a favor de uno de ellos, tal como consideró en la sentencia T-186-13. No es menos cierto que ese concurso se le debía al decreto 3505 de 2009, reglamento por el acuerdo 121 de esa anualidad y las

T-2021-000011-01

jurisprudencias de la Corte Constitucional sobre esa materia, vigentes para esa época. El artículo 1° del acuerdo 121 de 2009 que reglamentó el decreto 3905, determinó que los jefes de los organismos o entidades deben reportar al CNSC dentro de los 2 meses siguientes a la publicación del decreto 3509, esto es, a partir del 25 de julio de 2009, los empleados entre otros, los que están vinculados en provisionalidad antes del 24 de septiembre de 2004 y le falten 3 años o menos para obtener el derecho a la pensión cuando se cumpla la totalidad de los requisitos. Y el artículo 12 de ese acuerdo consagró la condición suspensiva en que quedan esos cargos hasta que obtenga el reconocimiento de la pensión.

Dejarme cesante, como lo estoy, me afecta mi mínimo vital, por cuanto el salario que devenga era su único sustento para él y su familia, causándole un perjuicio irremediable. No puede pasarse inadvertido, que fue la administración la que erró al ofertar su cargo, siendo que no debió hacerlo, equivocación que fue de la administración anterior, pero que no puede asumir el accionante, por lo que deberá la accionada reintegrarlo en un cargo vacante de igual o similar categoría al que venía desempeñando y que no hubiere sido ofertado en el concurso de mérito, hasta tanto no sea incluido en nómina de pensionados de COLPENSIONES...”.

V. PRUEBAS RELEVANTES ALLEGADAS.

- Documentos aportados por las partes.

VI. 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.

VII.II. PROBLEMA JURÍDICO

Deberán despejarse los siguientes interrogantes:

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

En caso positivo,

¿Si la ALCALDIA DE SOLEDAD - ATLCO, está vulnerando los derechos, a la vida en condiciones dignas, igualdad, derecho al trabajo, mínimo vital y móvil, salud, seguridad social, del actor al desvincularlo de su cargo en calidad de funcionaria en provisionalidad, sin tener en cuenta su estatus de prepensionada?

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

Desde su primera generación la H. Corte Constitucional ha fijado a través de su jurisprudencia el alcance que reviste la Acción de Tutela, así como su naturaleza jurídica, concluyendo de una manera uniforme hasta la actualidad que dicho medio resulta ser excepcional, cuyo carácter es residual y subsidiario, en tanto que a ella no puede acudir

T-2021-000011-01

de manera directa y desconociendo los medios ordinarios que el legislador otorga para controvertir aquellas circunstancias o decisiones que lesionen los intereses de ciudadanos y ciudadanas, dejando solo como excepción algunos casos particulares, pero reafirmando en la mayoría que tal amparo constitucional no es óbice para desnaturalizar las acciones legales, y es así como ha dicho:

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

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

(...)

Esta acción solo procederá cuando el afectado **no disponga de otro medio de defensa judicial**, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.” (Negrilla fuera del texto original).

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

“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

T-2021-000011-01

contencioso administrativo, según la forma de vinculación de que se trate, y afirmar lo contrario sería desnaturalizar la acción de tutela, concretamente su carácter subsidiario y residual...”.

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

En relación con la estabilidad laboral relativa de que gozan los funcionarios que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, la Corte Constitucional ha precisado algunas medidas adoptadas para garantizar los derechos fundamentales de quienes ameritan una especial protección constitucional por estar en condiciones de vulnerabilidad. Entonces, pese a la potestad de desvincular a los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad en un cargo de carrera, para no vulnerar los derechos fundamentales de aquellas personas que están en condición de vulnerabilidad deben observarse unos requisitos propios de la estabilidad relativa o intermedia de que son titulares, entre ellos (i) la adopción de medidas de acción afirmativa tendientes a proteger efectivamente el especial contexto de las personas vinculadas en provisionalidad, y (ii) la motivación del acto administrativo de desvinculación.

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

La jurisprudencia constitucional ha entendido que por regla general la acción de tutela es improcedente cuando se solicita el reintegro de empleados públicos a sus cargos, pues para controvertir los actos administrativos por medio de los cuales la administración decide separarlos de los mismos, existe la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa, la cual desplaza a la acción de tutela. No obstante lo anterior, la Corte Constitucional ha admitido la procedencia excepcional de la tutela para solicitar el reintegro de servidores públicos a los cargos de los que han sido desvinculados, cuando en el caso concreto se advierte la vulneración de un derecho fundamental y se evidencia la ocurrencia de un perjuicio irremediable, toda vez que en estos eventos la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no proporciona una protección eficaz y adecuada a los derechos amenazados o vulnerados.

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

VII. Análisis del despacho.

De acuerdo con el memorial que impulsa la presente acción, el accionante solicita que se le ampare sus derechos fundamentales, a fuero de prepensión, estabilidad laboral reforzada, mínimo vital, igualdad, trabajo, debilidad manifiesta, salud.

De lo que se puede extraer de los hechos plasmados por el accionante es que mediante el Decreto 446 de fecha 13 de octubre de 2020, fue declarada la insubsistencia de su nombramiento provisional, sin tener en cuenta su estatus de pre pensionado al contar con

T-2021-000011-01

61 años de edad y 1119 semanas cotizadas, faltándole 12 meses para obtener su pensión.

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

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

“La jurisprudencia constitucional ha entendido que por regla general la acción de tutela es improcedente cuando se solicita el reintegro de empleados públicos a sus cargos, pues para controvertir los actos administrativos por medio de los cuales la administración decide separarlos de los mismos, existe la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa, la cual desplaza a la acción de tutela. No obstante lo anterior, la Corte Constitucional ha admitido la procedencia excepcional de la tutela para solicitar el reintegro de servidores públicos a los cargos de los que han sido desvinculados, cuando en el caso concreto se advierte la vulneración de un derecho fundamental y se evidencia la ocurrencia de un perjuicio irremediable, toda vez que en estos eventos la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no proporciona una protección eficaz y adecuada a los derechos amenazados o vulnerados.

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

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

Esta Corporación ha reconocido que cuando un funcionario ocupa en provisionalidad un cargo de carrera y es, además, sujeto de especial protección constitucional, como por ejemplo, madres o padres cabeza de familia sin alternativa económica, funcionarios que están próximos a pensionarse o personas en situación de discapacidad, “concorre una relación de dependencia intrínseca entre la permanencia en el empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, particularmente el mínimo vital y la igualdad de oportunidades. De allí que se sostenga por la jurisprudencia que la eficacia de esos derechos depende del reconocimiento de estabilidad laboral en aquellos casos, a través de un ejercicio de ponderación entre tales derechos y los principios que informan la carrera administrativa”

En relación con la estabilidad laboral relativa de que gozan los funcionarios que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, la Corte Constitucional ha precisado algunas medidas adoptadas para garantizar los derechos fundamentales de quienes ameritan una especial protección constitucional por estar en condiciones de vulnerabilidad. Por ejemplo, en la sentencia de unificación SU-446 de 2011¹, esta Corporación hizo un pronunciamiento en torno a la relación

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,

T-2021-000011-01

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, 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

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).

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

T-2021-000011-01

concurso de méritos, a los funcionarios públicos que desempeñan cargos de carrera en provisionalidad y se encuentran próximos a pensionarse. Esto, en aras de evitar la desvinculación del servicio de manera inmediata y sin consideración alguna de su condición de prepensionados.

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

El artículo 12 del Acuerdo en cita, consagra la condición suspensiva en que queda sometida la posibilidad de ofertar en un concurso de méritos un cargo ocupado en provisionalidad por un prepensionado: “Los empleos reportados ante la CNSC desempeñados por servidores provisionales en condición de prepensionados que cumplan con los requisitos establecidos en el Decreto 3905 de 2009, estarán sometidos a una condición suspensiva, en la medida en que sólo serán ofertados por la CNSC una vez el servidor cause su respectivo derecho pensional”.

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

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

T-2021-000011-01

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 “reten 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, 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 tienen dicha calidad las personas que están próximas (**dentro de los 3 años siguientes**) a acreditar los dos requisitos necesarios para

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-2021-000011-01

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 22 de octubre de 1959, y por tanto a la fecha de su desvinculación 27 de octubre de 2020 contaba con 61 años de edad.

Asimismo que según certificación de fondo de pensiones COLPENSIONES de fecha 3 de noviembre de 2020, con fecha de corte 30 de septiembre de 2020, aportada por el mismo accionante contaba con 1.119 semanas cotizadas.

Entonces, frente a los requisitos de edad y número de semanas cotizadas, esto es 62 años y haber cotizado 1300 **semanas**, se logra concluir que el accionante **no cumple** con los presupuestos para ser considerado como prepensionable, como quiera que si bien para la edad le falta 1 año; no se cumple dentro del plazo de los 3 años siguientes con de semanas cotizadas exigidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la sentencia SU-003 de 2018.

Reitera el Despacho que dado por cumplido que le falta 1 año para la edad, le faltan más de 3 años para completar las semanas exigidas, pues actualmente cuenta con 1.119, resultando un faltante de 181 semanas para las 1.300, y atendiendo que 3 años laborales equivalen 154,26 semanas, se tiene entonces que para completarse el mínimo requerido requiere de un término superior a 3 años, desbordando ese lapso establecido, por lo que no puede ser catalogado como pre pensionable y como tal no lo cubre el fuero de protección de una estabilidad laboral reforzada, aquí reclamada por vía constitucional.

En conclusión, tenemos que el Municipio de Soledad, no vulneró los derechos fundamentales del accionante, por cuanto como se dijo, a pesar de faltarle 1 año para la edad, le faltan más de 3 años para completar las semanas mínimas requeridas, no gozando de la estabilidad relativa arriba referenciada.

En virtud de lo anterior, se revocará la sentencia de 1 instancia atendiendo que la misma la declaró improcedente por requisitos subsidiaridad, y en su lugar se negará conforme a los argumentos esbozados.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Soledad, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del diez (10) de diciembre de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Primero Civil Municipal Mixto de Soledad - Atlántico, por las razones consignadas en la parte motiva del presente proveído, y en su lugar:

NEGAR la TUTELA del accionante LUIS EDUARDO VILLA CASTILLA, en contra el ALCALDÍA DEL MUNICIPIO SOLEDAD y Otros.

T-2021-000011-01

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GERMAN RODRIGUEZ PACHEO

Juez

Firmado Por:

GERMAN EMILIO RODRIGUEZ PACHECO

JUEZ

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

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

Código de verificación:

c56c61a1a954dce07dac508f5a79263bbcbb6b28227abf0c78515354dac7410d

Documento generado en 18/02/2021 05:38:35 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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