



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

Soledad, tres (03) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Sentencia de 2° Instancia

Referencia Clase de acción: TUTELA
Demandante: LUCINA ESTHER BERDUGO ALCALÁ
Demandado: MUNICIPIO DE SOLEDAD – ATLCO.
Radicado: No. 2021-000033-01

Procede a pronunciarse el despacho sobre la impugnación instaurada por la parte accionante, contra la sentencia de fecha veintiuno (21) de enero de dos mil veintiuno (2021), por medio de la cual el Juzgado Cuarto de Pequeñas Causas y Competencias Múltiples de Soledad - Atlántico, negó lo solicitado en la acción constitucional.

I. ANTECEDENTES

La señora LUCINA ESTHER BERDUGO ALCALÁ, actuando en nombre propio, presentó acción de tutela en contra del MUNICIPIO DE SOLEDAD - ATLCO, a fin de que se les amparen sus derechos fundamentales al TRABAJO, MINIMO VITAL y OTROS, elevando las siguientes,

II. PRETENSIONES

1. *“... Al amparo constitucional al fuero de pre pensionado, al debido proceso a la estabilidad laboral reforzada, vida, salud, igualdad, mínimo vital y demás.*
2. *Se le ordena al señor alcalde de Soledad RODOLFO UCROS ROSALES, a HUGO PRADO, YESENIA OCAMPO, al funcionario a que haya lugar, REVOCAR en su totalidad el decreto N. 396 de octubre 28 de 2020, donde se da por terminado mi vinculación en provisionalidad.*
3. *Se le ordene al señor alcalde de Soledad reintegrarme de manera inmediata en el cargo de técnico operativo código 314 grado 01, identificado código Opec nro.75727 de la planta de personal de la alcaldía de Soledad, o en otro similar con la misma asignación salarial y jerarquía sin llegar a desmejorar mi salario, y como mi condición laboral hasta que termine de cumplir uno de los requisitos que necesito para obtener mi pensión como lo es las pocas semanas cotizadas...”.*

III. HECHOS PLANTEADOS POR LA ACCIONANTE.

“... ”

T-2021-00033-01

1. *Fui vinculada mediante decreto en provisionalidad el día 01 de abril de 2008, posesionado días posteriores, en el cargo de auxiliar administrativo, donde estuve laborando por más de doce años. Tengo 58 años de edad y en 989,57 semanas cotizadas a pensión faltándome un poco menos de tres años para completar semanas y así solicitar y para obtener mi pensión el pasado mes de octubre obtuve la calidad de pre pensionada; su señoría a mi edad no tengo oportunidad laboral alguna ¡ninguna!, al desvincularme se están desconociendo mis derechos de conformidad con la ley 790 de 2002, artículo 12 decreto 3905 de 2009 por la cual reglamentó la ley 909 de 2004, acuerdo 121 de 2008 por medio del cual se establece el procedimiento a seguir para implementar lo dispuesto en la ley 3905 de 2009.*
2. *El día 26 de diciembre de 2018 la C.N.S.C. pública la convocatoria de la oferta de 153 cargos en provisionalidad que fueron ofertados en ese entonces por la señora FADIA CURE secretaria de Talento Humano y JOSE JOAO HERRERA en calidad de alcalde. Al conocer tal situación, en varias ocasiones de manera verbal en el año 2018 comuniqué a la secretaria de Talento Humano de la Alcaldía de Soledad y Despacho del alcalde a los funcionarios en ese entonces para decirles que me encontraba en la situación especial de PREPENSIÓN, como lo contempla la norma de conformidad en la ley 790 de 2002, y que se comunicara a la C.N.S.C. como lo hizo el departamento del Atlántico en la convocatoria 1344 de 2018. Ese día que les hice saber tal situación, comuniqué a la Administración actual ALCALDE Y SECRETARIA DE TALENTO HUMANO, que estaba en pre pensión, aportando fotocopia de la cédula y semanas cotizadas, entre otros documentos.*
3. *El día 28 de septiembre de 2020, me mandan el decreto nro. 396 del 28 de septiembre de 2020, donde me dan por terminada mi provisionalidad por haber nombrado a **SANDRA MILENA MENDOZA MARIMON**. En la actualidad como lo dije en líneas anteriores, gozó de la calidad de PRE PENSIONADO, por la estabilidad laboral reforzada a personas próximas a pensiones teniendo en cuenta que me hacen falta MENOS meses para obtener el estatus de pensionado, conforme a lo que reitera sentencia T-357-2016 sentencia del consejo de estado N. 110001315000020190174400 de julio 15 de 2019, SENTENCIA DE UNIFICACIÓN 003 de julio de 2018, entre otras sentencias en protección al pre pensionado que le faltare tres o menos de tres años para para obtener la edad o tiempo de servicios semanas cotizadas; es por eso, que se me tienen que respetar mis derechos para continuar y completar las semanas cotizadas que me faltan ya que por ley tengo derecho.*
4. *Ignora por completo el municipio de Soledad que estamos frente a una pandemia mundial, y el señor presidente de la República ha expedido varios decretos entre los que se encuentra el decreto N. 491 de marzo de 2020, en su artículo 14 es claro y los términos se encuentran suspendidos cuando hay listas de elegibles en firme hasta el 30 de noviembre de 2020, fecha en que se extendió la emergencia sanitaria, y más aún que ha sido extendido hasta el año 2021 recientemente sin embargo, la Alcaldía me comunicó la terminación de mi cargo ya se posesionó según el cronograma de secretaría de talento humano de la Alcaldía de Soledad, lo que trajo como consecuencia mi salida de la administración central del municipio sin ninguna protección ya que me terminaron mi vinculación en provisionalidad, y de una manera ilegal, arbitraria inconstitucional, sin respetar mis derechos fundamentales al mi mínimo vital, a la salud, a la vida y demás. Mi mínimo vital es mi sueldo con esos ingresos puede satisfacer mis necesidades y las de mi familia.*
5. *Reposa en la secretaría de talento humano el listado de los funcionarios que estamos en PRE PENSIÓN entre los cuales se encuentra la suscrito, como también uno de los sindicatos SIMUSOL de la Alcaldía de Soledad el día 29 de septiembre de 2020, radicó al despacho del alcalde donde les solicitaba la protección a los empleados con fuero a la estabilidad laboral reforzada y le mando el listado. Según la ley se requiere para pensionarse en el*

T-2021-00033-01

régimen de prima media, Colpensiones , 55 años, los cuales tengo 58 años, 989,57 semanas cotizadas, yo tengo el tiempo en edad lo tengo, solo falta la cotización muy pocas semanas, sin estos requisitos no puedo radicar mi pensión de vejez. Y con la acción del municipio no lo podré hacer, habiendo un bloque de constitucionalidad que protege mis derechos pre pensionales.

6. *El año pasado para el mes de julio de 2019 Colpensiones llamo a unos funcionarios para una charla de pre pensiones, esa vez un funcionario pregunto si no tiene la edad y el tiempo si lo tiene, si lo podías despedir y el funcionario de Colpensiones fue claro en manifestar que se afectaría el mínimo vital y se le llegare a suceder algo lo que tiene en cuenta Colpensiones para una pensión de invalidez es estar ACTIVO, en las últimas 50 semanas ósea, que tengo que seguir laborando hasta completar mi edad para radicar por ley. Al desvincularme en la Alcaldía de Soledad, quedo desprotegido, me encuentro enfermo, tengo tratamiento por salud, padezco de DIABETES, ENFERMEDAD TIROIDEA E HIPERTENSION, entre otras cosas soy madre cabeza de hogar, mis hijos dependen económicamente de mi salario, mi esposa por la edad.*
7. *El problema jurídico que se debe resolver por parte del Despacho para determinar si en el caso bajo estudio se han vulnerado los derechos fundamentales alegados por el accionante en el libelo de tutela, se podría establecer así: ¿Se configura violación a los derechos fundamentales al FUERO A PREPENSIONADO, MÍNIMO VITAL EN CONEXIDAD A LA SALUD Y VIDA, ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA, IGUALDAD, TRABAJO Y DEBILIDAD MANIFIESTA por parte de la entidad accionada, ALCALDÍA DEL MUNICIPIO DE SOLEDAD-ATLANTICO, y la SECRETARÍA DE TALENTO HUMANO DE LA ALCALDÍA MUNICIPAL DE SOLEDAD, al expedir un acto administrativo que ordena la terminación del nombramiento en provisionalidad del cargo que venía desempeñando el accionante LUCINA BERDUGO ALCALÁ, sin tener en cuenta que me faltan menos de tres años para reunir los requisitos y lograr obtener su pensión de vejez?...”*

IV. LA SENTENCIA IMPUGNADA.

El Juzgado Cuarto de Pequeñas Causas y Competencias Múltiples de Soledad - Atlántico, mediante providencia del 26 de enero de 2021, negó lo solicitado en la acción constitucional, al considerar:

“... (...) Así las cosas, conforme a lo jurisprudencialmente expuesto, y de lo manifestado por las partes, encuentra el despacho que la presente acción constitucional es improcedente, toda vez que como se ha venido manifestando la accionante cuenta con otros mecanismos de defensa judicial, a través de los cuales puede defender sus derechos, pues ante la presente acción constitucional, esta no logro demostrar la existencia de un perjuicio irremediable ante el despido que sufrió por la llegada del propietario del cargo en donde esta se encontraba en provisionalidad, así como tampoco demostró la calidad de prepensionada a través de ningún documento, entre otras cosas ser madre cabeza de hogar, y que sus hijos dependen económicamente de su salario, no más que su partida de matrimonio, lo que indica que la simple hipótesis argüida por la accionante, no puede ser razón suficiente para que el despacho entre a favorecerla a través de la presente acción de tutela cuando está claro que el mejor derecho corresponde a quien ganó el concurso, y que ante la falta de argumentos propios de un posible perjuicio irremediable tal como está lo señala no son suficientes para vulnerar los de otros. De tal manera que encontrándose la actora frente a la existencia de otros mecanismos de defensa judicial, esta podría fácilmente acudir a estos y defender los derechos que considera vulnerado, ya sea ante la justicia administrativa o laboral, por cuanto la tutela no es el estadio procesal para dirimir este tipo de conflictos...”

T-2021-00033-01

V. IMPUGNACIÓN

La parte accionante presenta memorial de impugnación contra la sentencia de primera instancia, manifestando que la tutela la interpone como mecanismo transitorio, pues si bien es cierto presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho que conoce el Juzgado 12 Administrativo de Barranquilla, donde se discute la legalidad del concurso y su despido, puede tardar mucho para que sea resuelto.

Insiste en que es sujeto de especial protección constitucional, y que cumple con los requisitos de pre pensionable.

VI. PRUEBAS RELEVANTES ALLEGADAS.

- Cedula de ciudadanía.
- Partida de bautismo.
- Decreto 396 de 2020.
- Solicitud de revocatoria directa.
- Certificado Eps
- Certificado fondo de pensiones.
- Certificado laboral

VII. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

VII.I. COMPETENCIA

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

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, de la actora 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

T-2021-00033-01

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

T-2021-00033-01

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 la IGUALDAD, SALUD EN CONEXIDAD CON LA VIDA DIGNA, TRABAJO, EDUCACIÓN DE LOS MENORES DE EDAD.

De lo que se puede extraer de los hechos plasmados por la accionante es que mediante el Decreto 396 de fecha 28 de septiembre de 2020, fue declarada la insubsistencia de su nombramiento provisional, sin tener en cuenta su estatus de pre pensionado al contar con 58 años de edad y 989.57 semanas cotizadas, faltándole menos de 3 años para obtener su pensión.

T-2021-00033-01

El Juzgado Cuarto de Pequeñas Causa y Competencias Múltiples de Soledad - Atlántico, negó la presente acción de tutela instaurada por la 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 existente entre la provisión

¹ MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; SV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Humberto Antonio Sierra Porto; AV Luis Ernesto Vargas Silva. En esta ocasión correspondió a la Corte, entre otros asuntos, resolver dos interrogantes: *i)* si la Fiscalía General de la Nación vulneró los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, a la seguridad social y al debido proceso de quienes estaban en una situación de especial protección constitucional, al desvincularlos del cargo que ocupaban en provisionalidad, pese a su condición especial que obligaba a que se les brindara un trato preferente, cuando era posible desvincular a otros servidores en provisionalidad no sujetos a un trato preferente, y *ii)* determinar si la entidad demandada desconoció los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso de los demás provisionales –no sujetos de especial protección– al no señalar de antemano los criterios de selección de los cargos específicos que serían provistos con personas que superaron el concurso.

T-2021-00033-01

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

Mediante el Acuerdo 121 de 2009, “por medio del cual se establece el procedimiento a seguir para implementar lo dispuesto en el Decreto 3905 de 2009”, se determinó en el artículo 1º que los jefes

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

T-2021-00033-01

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.”

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

“... Conforme a los pronunciamientos de las distintas Salas de Revisión de esta Corte⁵, la figura de la “prepensión” es diferente a la del denominado “retén social”, figura de origen legal, que opera

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

T-2021-00033-01

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 tiene dicha calidad corresponde a las personas que están próximas (dentro de los 3 años siguientes) a acreditar los dos requisitos necesarios para obtener la pensión de vejez (la edad y el número de semanas -o tiempo de servicio- requerido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o el capital necesario en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad) y consolidar así su derecho a la pensión.

Aclarado lo anterior, revisada la documental aportada, tenemos que el accionante nació el 14 de diciembre de 1961, y por tanto a la fecha de su desvinculación contaba con 58 años de edad, y, según certificación de fondo de pensiones COLFONDOS, con fecha de corte 5

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-2021-00033-01

de noviembre de 2020 fecha de última cotización por parte de la accionada, contaba con 998.14 semanas cotizadas, frente a los requisitos para pensionarse en fondo privado, de **edad**, 57 años y haber cotizado 1150 **semanas**, se logra concluir que la accionante cumple con el requisito de semanas exigidos por la Corte Constitucional en la sentencia SU-003 de 2018, atendiendo que ya cuanto con el requisito de edad y le faltan menos de 3 años para completar las semanas exigidas, pues actualmente cuenta con 998.14, resultando un faltante de 151.86 semanas para las 1.150, y atendiendo que 3 años laborales equivalen 154,26 semanas, debe ser catalogada en calidad de pre pensionable.

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

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

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de tutela dictada el veintiuno (21) de enero de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Cuarto de Pequeñas Causas y Competencias Múltiples de Soledad - Atlántico, conforme lo expuesto en la parte motiva, y en su lugar:

TUTELAR los derechos constitucionales fundamentales a la **ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA, SALUD, VIDA, SEGURIDAD SOCIAL**, mínimo vital, igualdad, trabajo, vulnerados a la señora LUCINA ESTHER BERDUGO ALCALA.

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

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

T-2021-00033-01

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:

1fdfed9311486209f292c5b3322bdf2393d092395e65aba2056c6d8204d062d2

Documento generado en 03/03/2021 05:09:43 PM

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