



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

Soledad, cuatro (04) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Sentencia de 2° Instancia

Referencia Clase de acción: TUTELA.
Demandante: ALDO JOSE SILVERA FONNEGRA
Demandado: MUNICIPIO DE SOLEDAD.
Radicado: No. 2021-00039-01.

Procede a pronunciarse el despacho sobre la impugnación instaurada por la parte accionada MUNICIPIO DE SOLEDAD - ATLCO, contra la sentencia de fecha dieciocho (18) de diciembre de dos mil veinte (2020), por medio de la cual el Juzgado Tercero Pequeñas Causas y Competencias Múltiples de Soledad - Atlántico, concedió la acción de tutela interpuesta por el señor ALDO JOSE SILVERA FONNEGRA.

I. Antecedentes.

El señor ALDO JOSE SILVERA FONNEGRA, actuando en nombre propio, presentó acción de tutela en contra de la ALCALDIA DE SOLEDAD, a fin de que se le amparen su derecho fundamental al debido proceso, mínimo vital, trabajo digno, estabilidad laboral reforzada - reten social pre pensionado padre cabeza de familia elevando las siguientes,

II. Pretensiones.

“... Ordene el amparo constitucional como mecanismo transitorio de los Derechos Fundamentales Constitucional de igualdad ante la ley, Trabajo en condiciones Dignas, Debido Proceso Material, Principio Pro Homine, Principio de Favorabilidad Estabilidad Laboral, Reforzada Reten Social Prepensionado Padre Cabeza de Familia, Seguridad Social. Especifican las funciones desempeñadas por mí en la oficina del SISBEN del municipio de Soledad...”.

III. Hechos planteados por el accionante.

Indica que fue nombrado en la planta global de la Alcaldía Municipal de Soledad en el cargo de Técnico Operativo, mediante la resolución N. 0630 del 06 de octubre de 2003.

Relata que mediante Acuerdo N. 755 de 2018, la Comisión Nacional del Servicio Civil, convoco a concurso de méritos para optar a cargos de carrera administrativa entre los cuales ofertó, el correspondiente al código 314, grado 02 a fin de prestar servicios en la oficina SISBEN, cargo desempeñado por su persona desde el año 2003.

T-2021-00039-01

Afirma que el día 11 de septiembre de 2020 recibió en su correo una comunicación en la cual le informaban que mediante el Decreto 262 del 31 de agosto de 2020 se realizó un nombramiento en periodo de prueba y se da por terminado el nombramiento provisional mediante el cual fue vinculado a la planta global de la Alcaldía Municipal de Soledad.

Que en el párrafo segundo de dicha comunicación le manifestaron textualmente lo siguiente: - *“Dicha desvinculación se hará efectiva al momento de la posesión del elegible en periodo de prueba EDIXON ALEXANDER PEÑUELA GUZMAN identificado con cedula de ciudadanía N. 1.121.873.885.”*

Añade que, al estudiar la lista de elegibles de la Comisión Nacional del Servicio Civil, encontró la Resolución N. 8327 del 03 de agosto de 2020 mediante la cual se conforma y adopta la lista de elegibles para proveer tres vacantes definitivas del empleo denominado técnico operativo CODIGO 314, encontrándose en el tercer lugar de elegibles, como ganador el señor EDIXON ALEXANDER PEÑUELA GUZMAN.

Señala que el señor EDIXON ALEXANDER PEÑUELA GUZMAN concursó y resultó ganador **en un cargo diferente al que desempeña**, con funciones diferentes, con grado diferente y en una OPEC totalmente diferente – OPEC N. 75682- por lo que no se le puede entregar **un cargo al señor PEÑUELA para el cual él no ha concursado** debido a que el acuerdo N. CNSC20181000006316 del 16 de Octubre de 2018 establece que solo aceptaba la inscripción para concursar en un cargo y el antes mencionado no fue el ganador del cargo desempeñado por su persona, el cual le corresponde la OPEC N. 75682 CODIGO 314, GRADO 01.

Asegura que teniendo en cuenta lo anterior no puede entregar su cargo a quien no resultó ganador del mismo, máxime cuando se encuentre en condición de prepensionado por tener en la actualidad 61 años de edad, y con 1148 semanas cotizadas situación está que dio a conocer en su debida oportunidad a la alcaldía Municipal de Soledad la cual desconoció sus derechos, al ofertar un cargo sin previamente informar a la Comisión Nacional del Servicio Civil que dicho cargo era desempeñado por una persona pre pensionada, padre cabeza de familia por tener hijos estudiando, omisión esta que trasgrede conductas tipificadas en el código penal y en el estatuto disciplinario.

Manifiesta que contra el mencionado acto administrativo no procede recurso alguno por ser un acto de cumplimiento y de ejecución de una lista de elegibles expedida por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

IV. La Sentencia Impugnada.

El Juzgado Tercero de Pequeñas Causas y Competencias Múltiples de Soledad - Atlántico, mediante providencia del 18 de diciembre de 2020, concedió la presente acción de tutela instaurada por el accionante, al considerar que el accionante es un trabajador, sujeto de Especial Protección Constitucional por contar con 61 años de edad y tener 1.177 semanas cotizadas en Pensión, por tal razón se le debe garantizar de manera excepcional su estabilidad laboral por estar inmerso en el Reten Social del que trata el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 y las diferentes Jurisprudencia emitidas por la Corte,

T-2021-00039-01

faltándole menos de tres años para reunir los requisitos para obtener la pensión de vejez, ya que, la terminación de su nombramiento en provisionalidad implicaría una afectación de sus derechos fundamentales como el mínimo vital, seguridad social, a la vida, entre otros, por encontrarse en condición de prepensionable y no contar con otra fuente de ingresos.

V. Impugnación.

La parte accionada ACALDIA DE SOLEDAD – ATLCO, presentó memorial de impugnación, donde expone:

“... (...)

En consecuencia, como se puede inferir, el origen del nombramiento de la accionante fue producto de un procedimiento contrario y sin el lleno de los requisitos legales establecidos en el Resolución 15683 de 2016, “Por la cual se subroga el Anexo I de la Resolución 9317 de 2016 que adoptó el manual de funciones, requisitos y competencias para los cargos de directivos docentes y docentes del sistema especial de carrera docente”, adicionado en lo pertinente por la Resolución 253 de 2019, artículo 1° del Ministerio de Educación Nacional, en un periodo no habilitado (Periodo de vacaciones del personal docente y administrativo), actuaciones que afectan la Prestación del Servicio Educativo a la Población estudiantil que serían atendidos por personal no idóneo y sin experiencia en el sector como lo exige la Ley, perjudicando la calidad de la educación y en consecuencia a los niños.

En este sentido, es necesario aclarar su señoría que los cargos viabilizados por el MEN para la vigencia 2019 y fundamentado en el Decreto 029 del 18 de enero de 2019, aplicaba “sólo” para áreas “académicas” no para áreas técnicas, por lo que es “FALSO” que haya sido aprobado para la vigencia 2020.

Se hace necesario reiterar que no existe acto administrativo que apruebe la Media técnica para los programas solicitados, por lo tanto, los docentes nombrados no se requieren para esa institución porque únicamente siguen los programas académicos que se venían aplicando años anteriores. Toda vez que en el plan de estudios de las instituciones educativas aprobados por el Ministerio de Educación no hay cargas para técnicos porque las instituciones solamente tienen en el plan de estudios académicos.

Además, la Secretaría de Educación del municipio de Soledad, inicio Actuación Administrativa a través de la Resolución No. 299 del 18 de mayo del 2020, que tiene como finalidad revisar el cumplimiento del principio de legalidad verificando los requisitos, y dando la oportunidad a cada docente que presente la documentación y las pruebas necesarias para el cumplimiento de las directrices del Ministerio de Educación para su nombramiento y pueda ejercer su derecho a la defensa y el debido proceso....”.

VI. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO.

VI.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

T-2021-00039-01

de la acción de tutela en referencia, por resultar ser el superior funcional de la agencia judicial que la profirió.

VI.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 el MUNICIPIO DE SOLEDAD, está vulnerando los derechos, AL FUERO DE PREPENSIONADO, DEBIDO PROCESO, ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA, VIDA, SALUD, IGUALDAD, MINIMO VITAL, del actor al desvincularlo de su cargo en calidad de funcionaria en provisionalidad, sin tener en cuenta su estatus de prepensionado?

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

Desde su primera generación la H. Corte Constitucional ha fijado a través de su jurisprudencia el alcance que reviste la Acción de Tutela, así como su naturaleza jurídica, concluyendo de una manera uniforme hasta la actualidad que dicho medio resulta ser excepcional, cuyo carácter es residual y subsidiario, en tanto que a ella no puede acudir de manera directa y desconociendo los medios ordinarios que el legislador otorga para controvertir aquellas circunstancias o decisiones que lesionen los intereses de ciudadanos y 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)

T-2021-00039-01

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

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

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

- **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

T-2021-00039-01

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 el accionante es que en fecha día 11 de septiembre de 2020 recibió comunicación donde le informaron que mediante el Decreto 262 del 31 de agosto de 2020, se realizó un nombramiento en periodo de prueba y se da por terminado el nombramiento provisional mediante el cual fue vinculado a la planta global de la Alcaldía Municipal de Soledad, sin tener en cuenta su estatus de pre pensionado al tener 61 años de edad y 1.148 semanas cotizadas.

El Juzgado Tercero de Pequeñas Causas y Competencias Múltiples de Soledad - Atlántico, concedió 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,

T-2021-00039-01

debe contener las razones de la decisión, lo cual constituye una garantía mínima derivada, entre otros, del derecho fundamental al debido proceso y del principio de publicidad.

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

En relación con la estabilidad laboral relativa de que gozan los funcionarios que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, la Corte Constitucional ha precisado algunas medidas adoptadas para garantizar los derechos fundamentales de quienes ameritan una especial protección constitucional por estar en condiciones de vulnerabilidad. Por ejemplo, en la sentencia de unificación SU-446 de 2011¹, esta Corporación hizo un pronunciamiento en torno a la relación existente entre la provisión de cargos de carrera mediante concurso de méritos y la protección especial de las personas que ocupan dichos cargos en provisionalidad y se encuentran en circunstancias especiales por tratarse de madres y padres cabeza de familia, prepensionados o personas en situación de discapacidad. Al respecto expresó:

“Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación², gozan de una estabilidad relativa, en la medida en que sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera, tal como ocurrió en el caso en estudio o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación³. En consecuencia, la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos”

¹ MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; SV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Humberto Antonio Sierra Porto; AV Luis Ernesto Vargas Silva. En esta ocasión correspondió a la Corte, entre otros asuntos, resolver dos interrogantes: i) si la Fiscalía General de la Nación vulneró los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, a la seguridad social y al debido proceso de quienes estaban en una situación de especial protección constitucional, al desvincularlos del cargo que ocupaban en provisionalidad, pese a su condición especial que obligaba a que se les brindara un trato preferente, cuando era posible desvincular a otros servidores en provisionalidad no sujetos a un trato preferente, y ii) determinar si la entidad demandada desconoció los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso de los demás provisionales –no sujetos de especial protección– al no señalar de antemano los criterios de selección de los cargos específicos que serían provistos con personas que superaron el concurso. Concluyó que “[e]n el caso de los provisionales que son sujetos de especial de (sic) protección, si bien la Corte no concederá la tutela porque no ostentaban un derecho a permanecer en el empleo, sí se ordenará a la Fiscalía General de la Nación que, en el evento en que a la fecha de expedición del fallo existan vacantes disponibles en cargos iguales o equivalentes a aquellos que venían ocupando, sean vinculados en provisionalidad mientras se realiza un nuevo concurso. La desvinculación de estos servidores sólo será posible previo acto administrativo motivado en los términos de la sentencia SU-917 de 2010”.

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

³ Cfr. Corte Constitucional T-1011 de 2003; T-951 de 2004; T-031 de 2005; T-267 de 2005; T-1059 de 2005; T-1117 de 2005; T-245 de 2007; T-887 de 2007; T-010 de 2008; T-437 de 2008; T-087 de 2009 y T-269 de 2009. Así mismo, la sentencia SU-917 de 2010, que recoge toda la jurisprudencia sobre este particular y fija las órdenes que debe dar el juez de tutela en estos casos (cita del texto).

T-2021-00039-01

En relación a la estabilidad laboral relativa en el marco del Decreto 3905 de 2009 señaló:

“La estabilidad laboral relativa de los empleados nombrados en cargos de carrera en provisionalidad y que se acogieron al beneficio establecido en el Decreto 3905 del ocho (8) de octubre de dos mil nueve (2009), hace referencia a aquellos funcionarios que (i) fueron nombrados en tales empleos antes del veinticuatro (24) de septiembre de dos mil cuatro (2004) y (ii) a la fecha de la expedición del Decreto 3905 les falte tres (3) años o menos para causar el derecho a la pensión de jubilación, en cuyo caso (iii) sus puestos serán ofertados por la Comisión Nacional del Servicio Civil una vez el servidor cause su respectivo derecho pensional⁴.

El Presidente de la República expidió el Decreto 3905 de 2009, “por el cual se reglamenta la Ley 909 de 2004 y se dictan normas en materia de carrera administrativa”, con el fin de otorgar una protección consistente en la permanencia en el empleo, en el marco de la realización de un concurso de méritos, a los funcionarios públicos que desempeñan cargos de carrera en provisionalidad y se encuentran próximos a pensionarse. Esto, en aras de evitar la desvinculación del servicio de manera inmediata y sin consideración alguna de su condición de prepensionados.

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

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-2021-00039-01

que tengan la calidad de prepensionados, puedan ser identificados y excluidos del concurso de méritos por estar sometidos a una condición suspensiva, en la medida en que sólo serán ofertados por la CNSC una vez el servidor cause su respectivo derecho pensional. Para ello, deberá seguirse el procedimiento previsto para reportar ante la CNSC los empleos vacantes en forma definitiva provistos de manera provisional con prepensionados, que señala el artículo 2 del Acuerdo 121: “El trámite sólo podrá iniciarse por solicitud del interesado ante el representante legal de la entidad donde se encuentre vinculado el servidor, acompañando para tal fin la información necesaria para que la entidad pueda constatar su situación de prepensionado, de acuerdo con los términos establecidos en el Decreto 3905 de 2009”.

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

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

“... Conforme a los pronunciamientos de las distintas Salas de Revisión de esta Corte⁵, la figura de la “prepensión” es diferente a la del denominado “retén social”, figura de origen legal, que opera en el contexto de la renovación, reestructuración o liquidación de entidades públicas⁶. La “prepensión”, según la jurisprudencia de unificación de esta Corte, se ha entendido en los siguientes términos:

“[...] en la jurisprudencia constitucional se ha entendido que las personas beneficiarias de la protección especial, es decir los prepensionados, serán aquellos servidores que cumplan con los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez dentro de los tres años siguientes o, en otras palabras, aquellos a los que les falte tres años o menos para cumplir los requisitos que les permitirían acceder a la pensión de jubilación o vejez”⁷.

Así las cosas, en principio, acreditan la condición de “prepensionables” las personas vinculadas laboralmente al sector público o privado, que están próximas (dentro de los 3 años siguientes) a acreditar los dos requisitos necesarios para obtener la pensión de vejez (la edad y el número de semanas -o tiempo de servicio- requerido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o el capital necesario en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad) y consolidar así su derecho a la pensión.

La “prepensión” protege la expectativa del trabajador de obtener su pensión de vejez, ante su posible frustración como consecuencia de una pérdida intempestiva del empleo. Por tanto, 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.

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-2021-00039-01

(…)

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 16 de julio de 1959, y por tanto a la fecha de su desvinculación contaba con 61 años de edad, y, según certificación de fondo de pensiones privado PORVENIR, con fecha de corte 14 de septiembre de 2020 fecha de última cotización por parte de la accionada, contaba con 1.148 semanas cotizadas, frente a los requisitos para pensionarse en fondo privado, de **edad**, 62 años y haber cotizado 1.150 **semanas**, se logra concluir que 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 1.148. resultando un faltante de 2 semanas para las 1.150, y atendiendo que 3 años laborales equivalen 154,26 semanas, debe ser catalogado en calidad de pre pensionable.

En conclusión, tenemos que el Municipio de Soledad, vulneró los derechos del 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 confirmar la sentencia de 1° instancia.

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: CONFIRMAR la sentencia de tutela dictada el dieciocho (18) de diciembre de dos mil veinte (2020), proferido por el Juzgado Tercero Pequeñas Causas y Competencias Múltiples de Soledad – Atlántico.

T-2021-00039-01

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:

f5a5d5134b9786e315c6d05a4777f41e812004a5a16896725a93d1c79f8ccd32

Documento generado en 04/03/2021 08:29:35 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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