



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

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

Sentencia de 2° Instancia

Referencia Clase de acción: TUTELA.
Demandante: MARELVIS DE JESUS CARRILLO YEPES.
Demandado: MUNICIPIO DE SOLEDAD – ATLCO.
Radicado: No. 2021-00125-01.

Procede a pronunciarse el despacho sobre la impugnación instaurada por la parte accionada, contra la sentencia de fecha cinco (05) de febrero de dos mil veintiuno (2021), por medio de la cual el Juzgado Tercero de Pequeñas Causas y Competencias Múltiples de Soledad - Atlántico, concedió la acción de tutela interpuesta por la señora MARELVIS DE JESUS CARRILLO YEPES.

I. Antecedentes.

La señora MARELVIS DE JESUS CARRILLO YEPES, actuando en nombre propio, presentó acción de tutela en contra de la ALCALDIA DE SOLEDAD -ATLCO, a fin de que se le amparen su derecho fundamental al mínimo vital, trabajo, estabilidad laboral reforzada, seguridad social, vida digna y protección estatal en caso de debilidad manifiesta, elevando las siguientes,

II. Pretensiones.

“... Ruego a su Señoría tutelar derechos fundamentales al trabajo, seguridad social, mínimo vital, igualdad, debido proceso, estabilidad laboral reforzada y en consecuencia dejar sin efecto jurídico parcial el decreto 278 del 31 de agosto de 2020, en que se nombró en periodo de prueba a RANFER JOSE LOPEZ SALCEDO y dio por terminado mi nombramiento en provisionalidad de la planta de personal de la Alcaldía Municipal de Soledad y se me reubique en un cargo de igual o superior categoría en la planta global de la Alcaldía Municipal de Soledad...”.

III. Hechos planteados por la accionante.

“...1. La suscrita fue nombrada en provisionalidad mediante decreto No. 0294 del 04 de noviembre de 2011, posesionada el 04 de noviembre de esa anualidad, hasta la fecha, en el cargo de profesional universitario, Código 219, Grado 05, de la Alcaldía Municipal de Soledad Atlántico, he venido cotizando en pensión con Colpensiones.

2. Con anterioridad ocupe el cargo de Auxiliar Administrativo en el Concejo de Soledad, desde el 11 de agosto de 1992 hasta el 31 de diciembre de 2002.

T-2021-00105-01

3. Que he cotizado en pensión como dependiente en empresa privada, como independiente y en el sector público específicamente en el municipio de Soledad.

4. La Secretaría de Talento Humano de la Alcaldía Municipal de Soledad, me comunico el día 11 de sept. 2020 a las 9:13 que mediante decreto 278 del 31 de agosto de 2020, se nombró en periodo de prueba a RANFER JOSE LOPEZ SALCEDO y dio por terminado mi nombramiento en provisionalidad de la planta personal de la Alcaldía Municipal de Soledad, contra esa decisión no procede recurso alguno.

5. He de resaltarle que soy una mujer madre cabeza de hogar, sin otro apoyo económico para mi subsistencia.

6. Que en el reporte de semanas cotizadas certificada en COLPENSIONES solo registro 833 semanas, debido a que hay una omisión de pagos de aportes a pensión del Concejo de Soledad, es decir, que falta el pago de los ciclos 1996-01, 1996-02 y el periodo comprendido entre 1997-05 hasta el 2002- 12, (77 ciclos faltantes) conviene precisar que número de semanas faltantes corresponden a 330 considerando que el Régimen de Prima Media reconoce 4.29 semanas por cada ciclo de cotización de 30 días con lo cual completaría alrededor de 1.210 semanas.

7. Considerando lo anteriormente expuesto me faltaría menos de 2 años de cotización para cumplir con las 1300 semanas requeridas por el régimen de prima media (Colpensiones) al que pertenecía.

8. Que dentro concurso de méritos denominado "Proceso de Selección N. 758 de 2018 se expidió lista de elegibles vigentes en la resolución N. 8217 de 2020, por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

9. PROCEDENCIA DE LA ACCION DE TUTELA COMO MECANISMO EXCEPCIONAL DE DEFENSA JUDICIAL DEL ACCIONANTE frente al caso en particular atendiendo que cuento con 56 años de edad, madre cabeza de familia y en estado de estabilidad laboral reforzada por tener la condición de pre pensionada, conforme el precedente de la Corte Constitucional. La acción de tutela resulta procedente para la protección del derecho como mecanismo transitorio en aras a evitar la inminente consumación de un perjuicio irremediable, caso en el cual esta última circunstancia debe ser alegada y estar demostrada dentro del proceso, al respecto la Honorable Corte Constitucional en sentencia T-729 del 13 de septiembre de 2007 la sala de revisión concluyo, con relación a la procedencia de la acción de tutela en estos casos, lo siguiente: "...1. La jurisprudencia constitucional ha descartado que la acción de tutela sea el mecanismo judicial adecuada para lograr el reintegro al cargo y la indemnización de perjuicios causados por la vinculación y provisionalidad. Lo anterior por cuanto ha estimado que para ese propósito la acción pertinente es la de nulidad y restablecimiento dl derecho, incoada ante la jurisdicción contencioso administrativo. La anterior regla tiene una excepción que se presenta cuando la acción de tutela es interpuesta como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, caso en el cual, para conceder la tutela la inminencia de consumación de dicho perjuicio debe estar acreditada en el proceso; en ese supuesto el Juez constitucional otorga una protección provisional que se mantiene siempre y cuando el demandante acude oportunamente a la jurisdicción contencioso a solicitar la nulidad de la resolución de detención y el restablecimiento de su derecho, medida de amparo que se mantiene mientras esa jurisdicción decide lo que derecho corresponda. "Además, la afectación a mi mínimo vital toda vez que el único ingreso que tengo para poder mantenerme y suplir mis gastos es el salario devengado por la labor desempeñada como funcionario de la Administración Municipal de Soledad y para garantizar la continuidad de la atención por régimen contributivo de salud y alcanzar las semanas de cotización necesarias para la pensión de vejez tendría que cotizar

T-2021-00105-01

al servicio de salud y pensión, sin tener posibilidades económicas que me permitan dicho gasto, toda vez que padezco de ciertas afectaciones en salud propias de la edad...”.

IV. La Sentencia Impugnada.

El Juzgado Tercero de Pequeñas Causas y Competencias Múltiples de Soledad - Atlántico, concedió la presente acción de tutela instaurada por la accionante, al considerar:

“... Apreciadas las pruebas documentales allegadas y lo manifestado por la accionante, se establece que dentro de las semanas de cotización no cuenta con el número de semanas completas para gozar de mi pensión de vejez, debido a que hay un faltante de números de semanas que la alcaldía municipal de soledad no reportó, de acuerdo con la historia laboral emitida por Colpensiones y el cálculo que hizo contabilidad, como tampoco el Concejo Municipal de Soledad reportó a Colpensiones las cotizaciones correspondiente a la época en que laboró para esa Corporación, lo cual completaría según su afirmación alrededor de 1.210 semanas, debido a que tiene acreditado 883,86 semanas certificada en COLPENSIONES, o sea, aseveración que no fue desvirtuada por la parte accionada, guardó silencio, lo admitió tácitamente, lo que origina que me faltaría un poco más de 2 años por cotizar y 1 año para adquirir la edad (...).

Asimismo, de las pruebas documentales aportadas por la accionante se evidencia que ostenta la calidad de madre cabeza de familia, sin apoyo económico para su subsistencia, que actualmente tiene 56 años de edad, aportando copia de su cedula y registro civil de nacimiento de su menor hija que en la actualidad cuenta con 17 años y que cursa décimo grado en la INSTITUCION EDUCATIVA TECNICA SAGRADO CORAZON DE SOLEDAD, según la certificación aportada.

Por lo anteriormente expuesto, se tiene que la accionante ostenta dos condiciones especiales objeto de protección Constitucional, tales como es la calidad de prepensionada y ser madre cabeza de hogar...”.

V. Impugnación.

La parte accionada presentó memorial de impugnación, donde insiste en los hechos de la contestación de tutela, que se resumen en que la accionante cuenta con otros mecanismos de defensa judicial y que se incurre en dos (2) graves errores al considerar: i) que da por acredita a la accionante la calidad de pre pensionable no puede dársele por terminado su nombramiento provisional y ii) que en consecuencia se le debe garantizar un fuero de estabilidad laboral hasta que le sea reconocida su pensión de vejez.

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

VI.II Problema Jurídico.

T-2021-00105-01

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, PETICION, de la actora 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)

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”.

T-2021-00105-01

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 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.

T-2021-00105-01

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, la accionante solicita que se ordene su reintegro al cargo que venía desempeñando como Profesional Universitario en el Municipio de Soledad, debido a su condición de pre pensionable.

De lo que se puede extraer de los hechos plasmados por el accionante fue desvinculada de su cargo faltándole menos de 3 años para alcanzar los requisitos de edad y semanas para obtener su pensión de vejez

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

T-2021-00105-01

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”

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.

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).

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

T-2021-00105-01

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 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

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-2021-00105-01

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, determinó 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.

(...)

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

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-2021-00105-01

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.

Asimismo, en la sentencia T-055 de 2020, la Corte Constitucional, señaló: “... 4.6. Sin embargo, el alcance de esta regla fue delimitado –para quienes se encuentran afiliados al RPM– por la Sala Plena de esta Corporación en la Sentencia SU-003 de 2018. En esa providencia, este Tribunal se propuso resolver dos problemas jurídicos. En uno de ellos, buscaba definir si: “(...) cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, puede considerarse que la persona en esta situación es beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable”.

Al abordar de manera directa la cuestión planteada, la Sala Plena consideró que, en tales eventos, la persona no podrá ser beneficiaria del fuero mencionado dado que (i) el requisito de la edad podrá cumplirlo de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente y, en consecuencia, (ii) el empleador, con el despido, no está frustrando el acceso a la prestación de vejez (párrafo 59). Esta interpretación se fundó en que “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 (...)” (párrafo 62).

Habida cuenta de esta última consideración, estas serían las situaciones que podrían presentarse con quien asegure ser un prepensionado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida:

Contexto de la persona ^[84]	Condición de prepensionado
a) Está a tres años o menos de cumplir edad y semanas cotizadas.	Sí
b) Está a tres años o menos de cumplir la edad, pero ya cuenta con las semanas mínimas requeridas.	No
c) Está a tres años o menos de completar las semanas, pero ya cuenta con la edad.	Sí
d) Está a tres años o menos de cumplir la edad, pero a más de tres años de cumplir las semanas.	No

Así se observa que, de conformidad con la postura unificada de la Corte, solo en los supuestos a y c podrá asumirse que la persona cuenta con la condición de prepensionada, pues allí el empleador estaría frustrándole, abiertamente, su derecho a acceder a la pensión de vejez al impedir, con el despido, que continúe efectuando las cotizaciones mínimas requeridas para tal fin.

T-2021-00105-01

Aclarado lo anterior, revisada la documental aportada, tenemos que la accionante nació el 24 de septiembre de 1964, y por tanto a la fecha de su desvinculación contaba con 56 años de edad, y, según certificación de fondo de pensiones COLPENSIONES, con fecha de corte enero de 2021, a la fecha de finalización del vínculo, contaba con 833 semanas, sumándose las semanas que no han sido cotizadas por omisión por parte de Concejo de Soledad, de los ciclos 1996-01, 1996-02 y el periodo comprendido entre 1997-05 hasta el 2002- 12, serían 330 semanas, con lo cual completaría 1.210 semanas cotizadas, circunstancia que no fue desconocida ni en la respuesta de tutela ni en el escrito de impugnación, por el contrario es acreditado con la documental visible a folio 21, frente a los requisitos para pensionarse en Régimen de Prima Media, de **edad**, 57 años y haber cotizado 1.300 **semanas**, se logra concluir que el accionante cumple con el requisito de semanas exigidos por la Corte Constitucional en la sentencia SU-003 de 2018, atendiendo que le faltan menos de 3 años para completar tanto la edad como las semanas exigidas, pues actualmente cuenta con 1.210, resultando un faltante de 90 semanas para las 1.300, 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 confirmar la sentencia de 1° instancia, 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: CONFIRMAR la sentencia de fecha cinco (05) de febrero de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Tercero de Pequeñas Causas y Competencias Múltiples de Soledad – Atlántico, 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.

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:

T-2021-00105-01

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:

3227b0f839cc2ed461fe79e6fe07656c11f1aa1fc173b4f68cfc388cf1639652

Documento generado en 03/05/2021 08:34:24 PM

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