



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

Soledad, treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Sentencia de 2° Instancia

Referencia Clase de acción: TUTELA
Demandante: GALA MERCEDES BLANCO RACEDO
Demandado: MUNICIPIO DE SOLEDAD.
Radicado: No. 2021-000234-01

Procede a pronunciarse el despacho sobre la impugnación instaurada por la parte accionante, contra la sentencia de fecha doce (12) de abril de dos mil veintiuno (2021), por medio de la cual el Juzgado Tercero de Pequeñas Causas y Competencias Múltiples de Soledad - Atlántico, negó por improcedente lo solicitado en la acción constitucional.

I. ANTECEDENTES

La señora GALA MERCEDES BLANCO RACEDO, actuando en nombre propio, presentó acción de tutela en contra del MUNICIPIO DE SOLEDAD - ATLCO, a fin que se le amparen sus derechos fundamentales a la ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA, por ser una persona de la tercera edad MINIMO VITAL, TRABAJO, SEGURIDAD SOCIAL, VIDA DIGNA E IGUALDAD, elevando las siguientes,

II. PRETENSIONES

“... Respetuosamente se solicita se ordene a la Alcaldía Municipal de Soledad, reintegrar a la señora GALA BLANCO, a un cargo de igual o de mayor jerarquía, hasta tanto, se proceda a proferir fallo del Juzgado Noveno Laboral del Circuito, bajo radicado No. 08001310500920180002500 hasta que se proceda a definir el régimen pensional, y se inscriba en la nómina pensional.

Se reconozca y paguen los salarios dejados de percibir desde la fecha de su desvinculación hasta la fecha actual

Se ordene a la Alcaldía Municipal de Soledad, que se abstenga de tomar decisiones que vulneren los derechos fundamentales de los pre-pensionados ...”.

III. HECHOS PLANTEADOS POR LA ACCIONANTE.

“...

1. *“La señora GALA MERCEDES BLANCO RACEDO, es una persona de la tercera edad, que actualmente no tiene ingresos mensuales que garanticen su mínimo vital Con fecha 12 de noviembre de 2020, mediante la oficina de Talento Humano, le fue notificado a la señora*

T-2021-00234-01

GALA BLANCO, oficio de “Terminación de nombramiento provisional”, toda vez, que, por concurso ofertado por la Alcaldía Municipal de Soledad, realizaron un nombramiento al cargo en el que estaba nombrada de INSPECTOR DE POLICIA 2° CATEGORIA Código 234, Grado 2 del Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Alcaldía de Soledad. (Concurso que actualmente se encuentra demandado ante lo Contencioso Administrativo).

2. No obstante, lo anterior, al realizar la terminación del nombramiento provisional, La Alcaldía de Soledad no tuvo en cuenta, que la señora Gala, a pesar de tener 62 años (tercera Edad), y 1.573 (según mis cálculos), se encuentra en pleno proceso ordinario laboral en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, y COLFONDOS, habida consideración que, la Alcaldía de Soledad, sin previa autorización, realizó una afiliación a COLFONDOS, y aun no se ha definido su situación pensional. Dicho proceso se encuentra en el JUZGADO NOVENO LABORAL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA, bajo radicado No. 08001310500920180002500. Tal y como se logra evidenciar en el auto admisorio de la demanda que anexo a la presente acción constitucional.
3. Es preciso señalar señor juez, que mi prohijada reúne condiciones que requieren especial protección por tratarse de:

- Mujer de tercera edad situación que la pone en desventaja para insertarse al mercado laboral y obtener un ingreso mensual. Preceptos constitucionales que amparan la seguridad social, el mínimo vital, la seguridad jurídica, confianza legítima, estabilidad reforzada, toda vez que se encuentra en las siguientes condiciones:

A pesar de tener 62 años de edad y contar presuntamente con las semanas para pensionarse (pendiente por definir junto con el régimen pensional), estatus pensional de mi prohijada se encuentra en debate como consta en oficio de fecha 9 de febrero de 2018, procedente del Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Barranquilla, tal y como se logra probar en el auto admisorio de la demanda interpuesta por mi poderdante señora GALA MERCEDES BLANCO RACEDO en contra de COLFONDOS Y COLPENSIONES, en el Juzgado Noveno Laboral del Circuito, bajo radicado No. 08001310500920180002500 con el fin de definir el régimen pensional, demanda que actualmente cursa en primera instancia y que a la fecha no ha proferido fallo.

Lo cual debió prever la Alcaldía de Soledad, antes de notificarle la terminación y dejarla desprotegida. Con la anterior se observa una vulneración del derecho fundamental al Mínimo Vital y al Derecho a la salud.

4. Cabe resaltar señor juez, que con fecha 20 de noviembre de 2020, la señora Gala Blanco, interpuso acción de tutela en contra de la Alcaldía. No obstante, con fecha 25 de noviembre de la misma anualidad, dicha tutela se declaró improcedente, toda vez que el juzgado manifiesta que: “Los argumentos de la accionada se resumen en señalar que la accionante no probó la configuración de un perjuicio irremediable, que cuenta con el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, y que la terminación de su nombramiento provisional fue de manera motivada y en cumplimiento de una lista de elegibles”.

Lo cual fue una decisión netamente desatinada por parte del juzgado, toda vez que desconoce la presunción legal en la que puede estar la accionante, las condiciones de edad, la situación inminente al estar esperando un fallo procesal para definir su futuro pensional, y podemos concluir que, por esos antecedentes, aun no se encuentra en nómina pensional.

T-2021-00234-01

Reiterando que estamos frente a una persona mayor adulta, lo que conlleva a ser de especial protección. Y, que a pesar de contar con el mecanismo de nulidad y restablecimiento del derecho ante lo contencioso administrativo, hay una evidente vulneración al mínimo vital, a la seguridad social, a estabilidad laboral reforzada, y al trabajo.

- 5. De igual manera, a través de diversos pronunciamientos el Consejo de Estado, ha accedido a la protección constitucional cuando se encuentran en juego los derechos de prepensionados, al señalar que dicha situación especial, sumada a la avanzada edad y al retiro del servicio sin que haya sido reconocida la pensión de jubilación, evidencian la dificultad que puede surgir para que los accionantes puedan conseguir un nuevo empleo y asegurar los recursos económicos suficientes para garantizar sus necesidades básicas y con ello el derecho a una vida en condiciones dignas y al mínimo vital. Además, según lo expresó la Corte Constitucional en sentencia T - 357 de 2016, la falta de los salarios y de las mesadas pensionales, cuando el afectado asegura que depende de ellos para subsistir, permite presumir el perjuicio irremediable en materia de mínimo vital.*
- 6. De acuerdo a la sentencia T-272, Jun. 17/19, de la Corte Constitucional, ha señalado que, La sola existencia de dos tutelas, aparentemente similares, no hace a la última temeraria. El alto tribunal aclaró que la sola existencia de varias acciones de tutela no genera que la presentación de la segunda acción pueda ser considerada como temeraria, toda vez que dicha situación puede estar fundada en la ignorancia del actor, el asesoramiento errado de los profesionales del Derecho o en el sometimiento del actor a un estado de indefensión; Situación que se configura en el presente caso, al no concedérsele el amparo de especial protección a la señora Gala, al cual se le alude como hecho notorio a mi defendida.*
- 7. En concordancia con lo anterior, señor juez, Mi prohijada de 62 años de edad, a la fecha no percibe ingresos mensuales para su sustento, toda vez que no existe resolución de reconocimiento de pensión de vejez y en consecuencia tampoco inclusión en nómina de pensionados. Por lo tanto se encuentra a la deriva, reiterando que su única fuente de ingresos era el salario que percibía en el cargo ostentado hasta el día 12 de noviembre de 2020, en la Alcaldía Municipal de Soledad Atlántico. Por lo tanto, no tiene acceso a la seguridad social, teniendo conocimiento pleno señor juez, que en plena crisis de pandemia, no sería lo más prudente. Teniendo en cuenta que en el evento de necesitar asistencia médica y/o prestación de los servicios de salud, no podrá contar con ello.*
- 8. De tal manera señor juez, que no se está operando con dolo, ni mala fe en la presente acción constitucional, considerando la situación de desprotección en la que se encuentra la señora GALA BLANCO, por lo que se solicita que exista una revisión de los hechos facticos, y se logre valorar en debida forma las pruebas aportadas, como son:*

Fallo de divorcio: donde se demuestra que no tiene sociedad conyugal vigente y es madre cabeza de familia.

Certificado de la EPS: donde se evidencia que se encuentra en estado inactiva y no tiene servicios de salud.

Extractos bancarios: donde se logra demostrar que no existe ningún ingreso a partir de la fecha de desvinculación con la Alcaldía de Soledad.

- 9. Aunado a lo anterior, manifiesto en la presente acción de tutela señor juez, que la señora Gala Blanco se encuentra en un estado de indefensión, propio de aquellas situaciones en las que los individuos acuden reiteradamente al amparo de tutela, ante la necesidad extrema*

T-2021-00234-01

de defender los derechos fundamentales, además, se hace evidente que en la acción de tutela previa, existe ignorancia del actor, por cuanto la tutela la realizó ella misma, y no supo estructurarla de tal manera, que conllevara al juez a definir y evidenciar probado su estado actual de desprotección.

- 10.** *Finalmente, es preciso afirmar en esta instancia, que, no se puede caer en un “defecto procedimental por exceso ritual manifiesto, el cual se presenta cuando el funcionario judicial, por un apego extremo y una aplicación mecánica de las formas, renuncia conscientemente a la verdad jurídica objetiva patente en los hechos, derivándose de su actuar una inaplicación de la justicia material y del principio de la prevalencia del derecho sustancial”.*

Sentencia T-234/17. Por lo que estamos frente a una señora adulta mayor, desprotegida, sin ingresos, y sin habersele definido su situación pensional...”.

IV. LA SENTENCIA IMPUGNADA.

El Juzgado Tercero de Pequeñas Causas y Competencias Múltiples de Soledad - Atlántico, mediante providencia del 12 de abril de 2021, negó por improcedente lo solicitado en la acción constitucional, al considerar:

“... (...) En el caso en estudio se puede colegir que la accionante reúne los requisitos para pensionarse tales como son la edad y las semanas cotizadas, razones por las cuales, ya no estaríamos ante una persona prepensionable, sin embargo, no se encuentra acreditado que la accionante haya iniciado trámite administrativo para lograr su pensión. Igualmente, no acredita que tenga afectado su mínimo vital, o que tenga afectada su salud o que sea madre cabeza de hogar, no acredita que se encuentre ante un inminente perjuicio irremediable que torne procedente de manera excepcional este mecanismo constitucional.

Al cotejar las pruebas con los elementos facticos que señala el caso sub iudice, el Despacho encuentra que la señora GALA MERCEDES BLANCA RACEDO, no tendría la calidad cuenta con otros mecanismos judiciales idóneos para hacer efectiva la protección de sus derechos fundamentales, ante los Jueces de la Jurisdicción Laboral o de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa; y por otra parte del análisis exhaustivo del acervo probatorio deviene con claridad meridiana que no se acreditó en el caso subexamine la existencia de un perjuicio irremediable que torne procedente esta acción a la luz de los derroteros jurisprudenciales citados en lo concerniente al mínimo vital, la salud, a la igualdad, al trabajo, seguridad social, circunstancias que se pueden controvertir ante la Jurisdicción Contenciosa administrativa, toda vez que la acción de tutela no está instituida para reemplazar los mecanismos ordinarios judiciales, desde luego, sin mayores elucubraciones se colige que existe otro mecanismo de defensa judicial idóneo, como es el proceso ordinario laboral para someter a debate las pretensiones de la presente acción, máxime que no obra prueba siquiera sumaria que acredite que la accionante GALA MERCEDES BLANCA RACEDO se encuentre ante un inminente perjuicio irremediable que torne procedente de manera excepcional este mecanismo constitucional. En conclusión, el despacho estima que con los fundamentos expuestos hay razones suficientes para denegar el amparo impetrado por improcedente...”.

V. IMPUGNACIÓN

La parte accionante presenta memorial de impugnación contra la sentencia de primera instancia, reiterando los hechos de la tutela.

T-2021-00234-01

VI. PRUEBAS RELEVANTES ALLEGADAS.

- Oficio del 12 de noviembre de 2020.
- Demanda ordinaria laboral.
- Fotocopia de la cedula de la accionante.

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, estabilidad laboral reforzada, trabajo, igualdad, debido proceso, seguridad social y mínimo vital, 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 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 lesiones 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.

(...)

T-2021-00234-01

*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 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

T-2021-00234-01

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 ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA, por ser una persona de la tercera edad MINIMO VITAL, TRABAJO, SEGURIDAD SOCIAL, VIDA DIGNA E IGUALDAD, por cuanto fue declarada la insubsistencia de su nombramiento provisional, sin tener en cuenta su estatus de pre pensionada.

El Juzgado Tercero de Pequeñas Causa 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:

“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-2021-00234-01

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 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

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-2021-00234-01

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 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

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-2021-00234-01

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 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.

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-2021-00234-01

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...”.

Habida cuenta de esta última consideración, estas serían las situaciones que podrían presentarse con quien asegure ser un prepensionado:

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.

Aclarado lo anterior, en atención al precedente jurisprudencial arriba citado, este fallador de instancia, concluye que la hoy accionante no puede ser considerada como prepensionable, puesto que como ella misma lo manifestó, a la fecha ya cumple con el requisito de la edad y semanas cotizadas para que le sea otorgada su pensión de vejez.

Aunado que tenemos que la accionante promovió un proceso por la vía Ordinaria Laboral en el que está en trámite su pensión, la cual le será otorgada hasta que la misma finalice, tal circunstancia, no puede ser cargada a su ex empleador Municipio de Soledad en el sentido que se le obligue a mantenerla vinculada hasta que se defina su situación pensional, por cuanto no ostenta la calidad de prepensionable, pues al interior del proceso está debatiéndose un traslado pensional que le impide gozar de su pensión, y la accionante debió prever que tal circunstancia retrasaría el otorgamiento de su pensión, lo cual dista de alguna vulneración al mínimo vital.

T-2021-00234-01

En virtud de lo anterior, es claro que la acción de tutela en el caso bajo estudio resulta a todas luces improcedente y en tal orden se confirmará el fallo impugnado, máxime si tenemos en cuenta que no se evidenció la existencia de un perjuicio irremediable por parte del accionante en los términos delimitados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional para que se abra paso a la procedencia excepcional de la acción constitucional, pues además de manifestarlo debió acreditarlo al interior del trámite constitucional.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha doce (12) de abril de dos mil veintiunos (2021), proferido por el Juzgado Tercero de Pequeñas Causas y Competencias Múltiples de Soledad - Atlántico, en atención a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

Juzgado De Circuito

Civil 001

Soledad - Atlantico

T-2021-00234-01

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:

fe08366490661be7a4fcdd1771e5267ecacd64e4f2f677f7336bfc3b89ff0dfe

Documento generado en 03/10/2021 12:38:27 p. m.

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