



Sentencia 595 de 2016 Corte Constitucional

Sentencia T-595/16

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE DESVINCULAN A EMPLEADOS PUBLICOS DE SUS CARGOS-Procedencia

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CARACTER PARTICULAR Y CONCRETO-Procedencia excepcional para solicitar el reintegro de servidores públicos por ser prepensionados

Tanto los servidores públicos próximos a pensionarse como cualquier otro servidor público, en principio, no pueden acudir a la acción de tutela para discutir los actos administrativos de desvinculación. Sin embargo, de evidenciarse que con tal decisión la administración genera la ocurrencia de un perjuicio irremediable, se activa la competencia del juez constitucional de manera transitoria. Adicionalmente, procede la acción de tutela como mecanismo definitivo cuando el juez evidencie que el prepensionado que pretende su estabilidad laboral se encuentra en una precaria situación, generada por el retiro de su lugar de trabajo. Por tanto, es necesario que ese asunto sea tratado a través de un mecanismo preferente y sumario, pues de someter al actor, en tales condiciones, a un procedimiento que podría durar un tiempo considerable, tornaría ineficaz la protección de los derechos fundamentales invocados por éste, un ejemplo de ello puede advertirse en los eventos en los que el juez de tutela advierta una afectación al mínimo vital del prepensionado.

RETEN SOCIAL PARA PREPENSIONADOS-Fundamentos constitucionales, legales y jurisprudenciales

El retén social para los prepensionados es un régimen de protección diseñado por el legislador, cuyo fin es permitir que en los procesos de renovación o modernización de la Administración Pública - fusión, restructuración o liquidación -, así como en los procesos de reforma institucional, los servidores públicos próximos a pensionarse - aquellos a los que desde el momento en el que se determine la real y efectiva supresión del cargo les falte incluso tres años para cumplir las exigencias requeridas y así consolidar su derecho pensional - no puedan ser desvinculados, salvo que exista una justa causa para su desvinculación. De ahí que, si la razón por la que fueron apartados del cargo, atañe a aquello que justifica la protección laboral reforzada - proceso de renovación de la administración o reforma institucional - deberán ser reintegrados a su cargo o continuar el pago de los aportes al correspondiente fondo de pensiones hasta el momento en que se reconozca la pensión vejez, o se dé el último acto de liquidación de la entidad, lo que ocurra primero.

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE PERSONAS PROXIMAS A PENSIONARSE-Garantía

La Sala colige que la estabilidad laboral reforzada de la que gozan los prepensionados no es solo aquella que se desprende del retén social, sino que es una garantía susceptible de exigirse (i) ante la existencia de un vínculo laboral administrativo de funcionarios nombrados en propiedad o en provisionalidad y (ii) en los eventos en los que al solicitante desvinculado de su lugar de trabajo le falten 3 años o menos para cumplir los requisitos, edad y tiempo de servicio o semanas cotizadas, para adquirir el derecho pensional. En todo caso, el examen en sede de tutela de estas hipótesis exige un estricto examen de subsidiariedad, tal y como la Corte lo ha hecho en esta oportunidad. No obstante, dicha estabilidad laboral reforzada para los prepensionados no constituye un derecho absoluto, pues en caso de existir una justa causa el empleador podrá desvincular al trabajador de su lugar de trabajo. Contrario a ello, si el empleado es apartado de su cargo debido a su condición de persona próxima a pensionarse o sin tomar en cuenta tales condiciones y sin existir justa causa que lo amerite, se activa la protección laboral.

PREPENSIONADO-Es aquella persona que fue retirada de su puesto de trabajo faltándole tres (3) años o menos para cumplir requisitos para acceder a la pensión de vejez

Prepensionado en el contexto del examen de solicitudes de amparo constitucional, es aquella persona que fue retirada de su puesto de trabajo faltándole 3 años o menos para cumplir con los requisitos de edad y tiempo de servicios o semanas cotizadas, según sea el caso, que le permitan acceder a la pensión de vejez. Respecto de los requisitos para acceder a la pensión, el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, consagra que para tener derecho a la pensión de vejez el afiliado debe (i) haber cumplido 57 años de edad en el caso de la mujer y 62 años para el hombre y (ii) haber cotizado 1300 semanas. Por tanto, no basta con que una persona acredite el cumplimiento de uno de los dos requisitos, pues la norma dispone dos condicionamientos para acceder a dicha prestación social. En idéntico sentido ocurre para quienes pretendan hacer valer su condición de prepensionados, es decir, para que a una persona le sea reconocido el beneficio de la estabilidad laboral por encontrarse próxima a pensionarse, su rango de edad puede variar entre los 54 y 57 años si es mujer, y entre los 59 y 62 años si es hombre, e incluso puede ser mayor, pero además, le debe faltar máximo 156 semanas por cotizar, que corresponden a 3 años.

PROVISION DE CARGOS DE LA LISTA DE ELEGIBLES PREVIO CONCURSO DE MERITOS Y LA PROTECCION ESPECIAL DE LAS PERSONAS EN SITUACION DE DISCAPACIDAD, MADRES Y PADRES CABEZA DE FAMILIA Y PREPENSIONADOS-Aplicación de criterios de razonabilidad y proporcionalidad ante la tensión entre estabilidad laboral reforzada de prepensionados y provisión de cargo de carrera mediante concurso

La Corte ha propendido por una interpretación armónica entre las reglas de la carrera administrativa y los derechos de los servidores públicos próximos a pensionarse que ocupan en provisionalidad un cargo ofertado en un concurso de méritos. En aquellos casos en los que la Administración cuente con un margen de maniobra en la provisión de empleos de carrera, en razón de la diferencia entre las plazas ofertadas y aquellas provistas mediante la correspondiente lista de elegibles, surge la obligación de garantizar la estabilidad laboral tanto del aspirante al concurso como del servidor público prepensionado, sin que exista una preferencia absoluta o incondicionada de los derechos fundamentales de unos sobre los de los otros. No obstante, en aquellos eventos en los que no se posea tal margen de maniobra, la Administración debe generar medios que permitan proteger a las personas en condiciones especiales, como los prepensionados, con el propósito de que sean las últimas en ser desvinculadas de sus cargos, esto, por cuanto no gozan de un derecho indefinido a permanecer en el cargo de carrera.

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE PERSONAS PROXIMAS A PENSIONARSE-Orden a Consejo Superior proceda a reincorporación de prepensionado, una vez haya un cargo vacante con funciones similares o equivalentes y adquiera su estatus de pensionado de manera definitiva y sea incorporado en la nómina de pensionados

Referencia: Expedientes T- 5.556.251, T - 5.633.567, T - 5.647.394 y T - 5.637.118

Acciones de tutela interpuestas por Bernardo Antonio González Vélez contra la Alcaldía Mayor de Bogotá - Secretaría General (T - 5.556.251); Olga Lucia Grisales Zapata contra el Municipio de Barbosa - Antioquia (T - 5.633.567); Yolanda Acosta Manzano contra el Instituto Financiero del Valle - INFIVALLE (T - 5.647.394) y Rafael Eduardo Sáenz Vidal contra el Consejo Superior de la Judicatura - Sala Administrativa y Unidad Administrativa de Carrera Judicial, Consejo Seccional de la Judicatura de Córdoba y Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Montería (T - 5.637.118)

Magistrado Ponente:

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado y los magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Alejandro Linares Cantillo, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

Los expedientes que se estudian a continuación fueron seleccionados y acumulados para revisión mediante el Auto del 28 de julio de 2016, proferido por la Sala de Selección Número Siete de esta Corporación.

I. ANTECEDENTES

Expediente T - 5.556.251

A. LA DEMANDA DE TUTELA

1. El 15 de febrero de 2016, el señor Bernardo Antonio González Vélez interpuso acción de tutela contra la Alcaldía Mayor de Bogotá – Secretaría General -, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la vida digna, mínimo vital, seguridad social, salud, entre otros, dado que fue aceptada su renuncia pese a su condición de prepensionado.

Frente a lo anterior, el actor solicitó al juez de tutela que ordene a la entidad demandada su reintegro al cargo de Subdirector Distrital de Inspección, Vigilancia y Control de Entidades sin Ánimo de Lucro Domiciliadas en Bogotá D.C., código 068, grado 06, o a otro cargo de igual o superior grado y código¹.

B. HECHOS RELEVANTES

En síntesis el demandante expuso los siguientes hechos:

2. El 7 de marzo de 2012, el señor González Vélez se vinculó a la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá, en el cargo de Subdirector Distrital de Seguimiento a la Gestión de los Establecimientos de Comercio Abiertos al Público – Dirección de Servicio al Ciudadano² y posteriormente, el 11 de febrero de 2013, fue nombrado como Subdirector Distrital de Inspección, Vigilancia y Control de Entidades Territoriales sin Ánimo de Lucro Domiciliadas en Bogotá³, en la misma entidad.

3. El 5 de enero de 2016, el actor presentó su renuncia⁴, pues afirmó que así se lo había indicado la asesora Nohora Patricia Rodríguez, comoquiera que esa es “*la usanza en la Administración Pública*”⁵, debido al cambio de administración, con ocasión de la posesión de los nuevos alcaldes.

4. El 8 de enero del año en curso, la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá notificó la Resolución No. 034 del 7 de enero de 2016⁶, mediante la cual aceptó la renuncia presentada por el señor Bernardo Antonio González Vélez. En vista de ello, ese mismo día, el accionante elevó petición ante la demandada, en la que informó que pese a que su renuncia fue protocolaria se aceptó sin revisar sus calidades de prepensionado, toda vez que se encontraba a dieciocho (18) meses de cumplir con las condiciones para obtener la pensión de vejez, esto es, (i) 20 años de servicio y (ii) “62 años de edad”⁷. De ahí que, considerara que estaba bajo la figura del retén social.

5. El 29 de enero de 2016, la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá respondió la solicitud presentada por el señor González Vélez, en el sentido de indicarle que su manifestación de renuncia fue clara y expresa sin que hubiese dado lugar a interpretaciones de ninguna índole. Adicionalmente, explicó que el actor no se encontraba protegido por el “reten social”, por cuanto tal figura solo se aplica en aquellos eventos, en los que entidades de la Rama Ejecutiva se encuentran en proceso de reestructuración⁸.

6. Cabe resaltar, que el señor González Vélez en el momento en el que le fue aceptada la renuncia tenía 60 años⁹ y contaba con un total de 1.267 semanas cotizadas en el Sistema General de Pensiones¹⁰.

C. RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONADA

Alcaldía Mayor de Bogotá - Secretaría General

7. El 22 de febrero del año que transcurre, la Subdirectora Distrital de Defensa Judicial y Prevención del Daño antijurídico de la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá contestó la acción de tutela de la referencia oponiéndose a la prosperidad de la misma. Al respecto, manifestó que en el caso en particular se aplicó en debida forma la Ley 909 de 2004, ya que la Administración expidió la Resolución No. 034 del 7 de enero de 2016, en la que aceptó la renuncia solicitada por el señor González Vélez.

Adicionalmente, afirmó que como la Alcaldía de Bogotá no se encuentra sujeta a un proceso de restructuración, resulta improcedente lo solicitado por el actor, en cuanto a la protección derivada del retén social.

De otro lado, indicó que acorde con la reiterada jurisprudencia, la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para cuestionar actos administrativos de carácter laboral, salvo que se trate de (i) un perjuicio irremediable y (ii) un sujeto de especial protección. No obstante, esas condiciones no se cumplen en el caso objeto de discusión¹¹.

D. RESPUESTA DEL TERCERO INTERVINIENTE

Ministerio del Trabajo

8. El 22 de febrero de 2016, la Asesora de la Oficina Jurídica del Ministerio del Trabajo señaló que debía declararse la improcedencia de la acción de la referencia respecto de ese ministerio, toda vez que no es ni fue empleador del accionante. De ahí que, estimara que tenía que ser desvinculado, ante su falta de legitimación en la causa por pasiva.

Por otra parte, precisó que el denominado retén social fue desarrollado por las Leyes 790 de 2002 y 812 de 2003, y los Decretos 190 y 396 del 2003, como un plan de protección social dentro del programa de renovación y modernización de la estructura de la rama ejecutiva del orden nacional. Por tanto, al no encontrarse la Alcaldía Mayor de Bogotá en algún proceso de renovación o modernización, no se ajusta a los presupuestos consagrados en la aludida normatividad.

Finalmente, resaltó que la acción de tutela no es el mecanismo indicado para resolver las controversias relacionadas con el ejercicio de derechos de rango legal, por lo que el actor cuenta con otro medio de defensa judicial efectivo para lograr lo pretendido¹².

E. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN

Primera Instancia: sentencia proferida por el Juzgado Cincuenta Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá

9. El 29 de febrero de 2016, el Juzgado Cincuenta Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá negó por improcedente el amparo formulado por el señor Bernardo Antonio González, pues, pese a que advirtió que el actor tenía la calidad de "prejubilado" debido a la cantidad de semanas cotizadas y a su edad, no demostró que la renuncia presentada, a la Alcaldía Mayor de Bogotá, se fundara en algún vicio de la voluntad. Por tanto, consideró que era errado trasladar a la Administración la obligación de verificar la condición de prepensionado, previo a emitir el acto administrativo de aceptación de renuncia de aquellas personas que presentaban de manera voluntaria su escrito de retiro del cargo.

En cuanto al retén social, manifestó que esa figura no le era aplicable al demandante, por cuanto solo se aplica a funcionarios de la rama ejecutiva del poder público, acorde con las Leyes 790 de 2002 y 812 de 2003¹³.

Impugnación

10. El 8 de marzo de 2016, el señor González Vélez impugnó la decisión de primera instancia. Al respecto, insistió en el carácter protocolario de la renuncia presentada ya que la misma fue inducida por la entidad demandada, a través de la Asesora Nohora Patricia Rodríguez.

En este orden de ideas, explicó que la Administración se sustraío de realizar el correspondiente análisis a la hoja de vida del señor González Vélez, en el momento en que conoció de su condición de prepensionado y en lugar de ello, continuó con los actos de desvinculación. Por tanto, a la fecha no ha habido reintegro alguno, así como tampoco vinculación laboral de ninguna índole.

De otro lado, precisó que ejerce la presente tutela como mecanismo transitorio para amparar sus derechos fundamentales vulnerados por la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá, pues de acudir a la jurisdicción contenciosa “*con los tiempos normales de los procesos judiciales mantendría en zozobra el derecho expectante a obtener mi pensión, es decir, en el transcurso de tres años y medio metido en un proceso judicial, cumple los sesenta y dos años; no cumple las semanas cotizadas exigidas, en perjuicio de mi mínimo vital y de mi grupo familiar, pues en ese tiempo dejaría de aportar a la seguridad social, pues no tengo otros ingresos ni renta, por el contrario obligaciones y deudas mensuales (...)*”¹⁴.

Segunda Instancia: sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de conocimiento de Bogotá

11. El 19 de abril de 2016, el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá confirmó el fallo de primera instancia, al considerar que existen otros mecanismos judiciales que le permiten al accionante acceder a sus pretensiones.

Manifestó que el señor González Vélez no demostró la afectación al mínimo vital alegada, pues se limitó a aportar al proceso facturas y recibos, sin que de esos documentos se pudiera determinar la falta de recursos económicos suficientes para solventar tanto sus necesidades básicas, como las de su núcleo familiar.

Referido a la renuncia, señaló que es constitucionalmente aceptable que una persona beneficiaria de la estabilidad laboral reforzada termine su contrato de trabajo, a través de la renuncia a su empleo y que por tanto es un acto que cuenta con total validez, siempre que sea espontánea, libre de coacción y producto de la voluntad, como en efecto se estableció en el caso en concreto. En consecuencia, estimó que no existían elementos materiales probatorios para declarar en favor del señor González Vélez la estabilidad laboral reforzada, con ocasión de su condición de prepensionado¹⁵.

F. ACTUACIONES ADELANTADAS ANTE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y PRUEBAS RECAUDADAS EN SEDE DE REVISIÓN

12. En desarrollo del trámite de revisión, el magistrado sustanciador consideró necesario disponer de mayores elementos de juicio que le permitieran esclarecer la situación fáctica del asunto sometido a estudio. Para ello ordenó:

“PRIMERO.- Respecto del expediente T-5.556.251

OFICIAR por Secretaría General de esta Corporación a la Asesora de la Alcaldía Mayor de Bogotá, señora Nohora Patricia Rodríguez, o a quien haga sus veces, para que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes al recibo de la notificación de esta providencia, informe al despacho:

(i) *Sobre la renuncia presentada por el señor Bernardo Antonio González Vélez, en el sentido de precisar a) si fue solicitada por esa dependencia, o b) si tiene conocimiento de que tal renuncia hubiese sido sugerida, acorde con lo manifestado por el demandante en el hecho No. 4 de la demanda de la referencia.*

OFICIAR por Secretaría General de esta Corporación al señor Bernardo Antonio González Vélez, para que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes al recibo de la notificación de esta providencia, informe al despacho sobre su situación económica:

- (i) ¿Quiénes integran actualmente su núcleo familiar, cuál es la fuente de sus recursos económicos y de qué manera sufragan los gastos familiares?
- (ii) ¿Tiene personas a cargo? En caso positivo indique ¿quiénes y cuántas?
- (iii) ¿Es propietario de bienes inmuebles o muebles o, tiene alguna participación en sociedades? En caso positivo ¿cuál es su valor y la renta que puede derivar de ellos?
- (iv) Detalle su situación económica actual¹⁶.

13. En respuesta de las pruebas solicitadas, se obtuvo la siguiente información:

- El 15 de septiembre de 2016, la señora Nohora Patricia Rodríguez Barrera informó que desconoce que se hubiese realizado alguna solicitud por parte de la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá, con el propósito de que el señor presentara la renuncia al cargo que ostentaba. Igualmente, afirmó que tampoco tenía conocimiento de que tal renuncia hubiese sido sugerida¹⁷.

- El 16 de septiembre de 2016, el señor Bernardo Antonio González Vélez comunicó a esta Corporación que su núcleo familiar estaba compuesto por "mi esposa Graciela Cristina Barranco Vidal y mis hijos Alejandro José, Felipe Bernardo y Sebastián González Barranco", dos universitarios y uno estudiante de décimo año de bachillerato.

Precisó, que desde que su cónyuge se encuentra trabajando - mayo de 2015 - recibe apoyo para el sostenimiento del grupo familiar, con su salario de \$2.300.000, e igualmente fue vinculado al sistema de salud en calidad de beneficiario. Adicionalmente, manifestó que es propietario del apartamento en el que residen y que su situación económica actual¹⁸ es muy precaria, pues está viviendo de las cesantías definitivas que retiró del Fondo Nacional del Ahorro y tiene dificultades para pagar la cuota de \$828.038, correspondiente al crédito de libranza No. 265-20005564-0, adquirido con el Banco de Occidente¹⁹.

Respecto de su renuncia, aportó declaración juramentada del señor Orlando Corredor Torres, quien se desempeñó como Director Jurídico Distrital en el periodo comprendido del 14 de julio de 2014 hasta el 31 de enero de 2016, mediante la cual manifestó que "En alguna ocasión del mes de enero de 2016 me encontré en uno de los pasillos con la recién nombrada subsecretaria general Sra. ANA MARÍA ROJAS quien en tono molesto y con un grado de altanería me expresó que algunos de los directivos que hacían parte de mi área jurídica no habían presentado renuncia (...), le respondí que yo tenía entendido que eran voluntarias y por eso yo no me ponía en esa tarea y además, le agregue que tuviera en cuenta unos casos de retén social como caso de prepensionados y señoritas en estado de embarazo, sobre el particular que el doctor Bernardo me solicita no tengo nada más que agregar (...)"²⁰.

G. INSISTENCIA

14. El 13 de julio de 2016, la Procuraduría General de la Nación insistió la acción de la referencia, bajo los siguientes argumentos:

Manifestó que los jueces de instancia resolvieron la acción de tutela con fundamento en una figura jurídica distinta a la aplicable en el caso concreto, como es la protección especial para los trabajadores próximos a pensionarse - prepensionados -.

Explicó, que para obtener la condición de prepensionado se requiere que al momento de dar por terminada la relación laboral el trabajador no haya cumplido con los requisitos de edad y cotización para adquirir el derecho pensional, de forma que se requiere garantizar su vinculación, hasta tanto esas exigencias se encuentren satisfechas.

Finalmente, concluyó que al accionante deben garantizársele los derechos fundamentales y constitucionales de especial protección, aunque

éstos tengan una estabilidad laboral precaria por ocupar cargos de libre nombramiento y remoción²¹.

Expediente T-5.633.567

A. LA DEMANDA DE TUTELA

15. El 4 de febrero de 2016, la señora Olga Lucía Grisales Zapata interpuso acción de tutela contra el municipio de Barbosa - Antioquia, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, mínimo vital, trabajo y seguridad social, dado que fue declarada insubsistente y desvinculada de la Administración Municipal, pese a encontrarse próxima a cumplir con los requisitos para obtener el estatus de pensionada.

Frente a lo anterior, la actora solicitó al juez de tutela que ordene a la entidad demandada su reintegro al cargo de Auxiliar de Almacén o a otro de igual condición, con el fin de que pueda seguir cotizando los aportes pensionales hasta que adquiera la calidad de pensionada²².

B. HECHOS RELEVANTES

En síntesis la demandante expuso los siguientes hechos:

16. El 26 de marzo de 2012, la señora Olga Lucía Grisales Zapata fue nombrada y posesionada en el cargo de libre nombramiento y remoción, de Auxiliar de Almacén en la Alcaldía de Barbosa - Antioquia²³. Sin embargo, aclaró que había tenido una vida laboral, con diferentes empleadores, desde el año de 1979.

17. El 5 de enero de 2016, el Alcalde del municipio demandado expidió la Resolución No. 003, por medio de la cual declaró insubsistente el nombramiento de la señora Grisales Zapata²⁴.

18. El 7 de enero del presente año, la demandante formuló petición ante el Alcalde de Barbosa con el propósito de que se revocara la Resolución No. 003, pues aunque ocupaba un cargo de libre nombramiento y remoción, consideró que le era aplicable la figura del retén social en atención a su condición de prepensionada²⁵.

19. Cabe resaltar, que la señora Olga Lucía Grisales Zapata al momento de su desvinculación tenía 55 años²⁶ y contaba con un total de 1.574, 86 semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones así: 741 semanas en el régimen de prima media con prestación definida, para reclamar a través de bono pensional y 833,86 semanas cotizadas al fondo de pensiones Protección Pensiones y Cesantías²⁷. Además, afirma que desde su desvinculación se ha afectado tanto su mínimo vital como el de su núcleo familiar, ya que era la encargada de sostener económicamente a su familia²⁸.

C. RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONADA

Municipio de Barbosa - Antioquia

20. El 9 de febrero de 2016, el Alcalde del municipio de Barbosa en su calidad de representante legal del mismo dio respuesta a la acción de la referencia, en el sentido de indicar que el cargo que ostentaba la accionante es de especial confianza, toda vez que tiene asignada la administración de bienes de propiedad del ente territorial municipal.

Así las cosas, sostuvo que dado que la señora Grisales Zapata ocupaba un cargo de libre nombramiento y remoción, el nominador tiene la facultad de declarar la insubsistencia sin que la decisión tenga que ser expresamente motivada, pues se presume adoptada por el buen servicio. Por lo tanto, la actora no se encuentra protegida por la figura del retén social, puesto que su desvinculación no obedeció a restructuración o

liquidación del municipio, sino “en uso de las facultades otorgadas por la constitución y la ley al ordenador del gasto”.

Finalmente, advirtió que la acción de tutela era improcedente debido a la existencia de otro medio de defensa judicial, que para el caso bajo estudio es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho²⁹.

D. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN

Primera Instancia: sentencia proferida por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal con Funciones de Control de Garantías de Barbosa - Antioquia

21. El 18 de febrero de 2016, el Juzgado Promiscuo Municipal con Función de Control de Garantías de Barbosa - Antioquia no tuteló los derechos invocados por la señora Olga Lucía Grisales Zapata, al estimar que el requisito indispensable para reconocer el beneficio del retén social es el relativo a que la entidad accionada se encuentre sometida a programas de renovación, bien sea porque se halla ante una fusión, restructuración o liquidación.

En este orden de ideas, explicó que a pesar que la actora cumple con las condiciones de una persona próxima a pensionarse, el amparo constitucional no resulta procedente, por cuanto no obran en el expediente pruebas que evidencien que el municipio de Barbosa se encuentre en un programa de renovación. Por consiguiente, precisó que la señora Grisales Zapata cuenta con otro mecanismo de defensa judicial, como es el caso de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción Contenciosa Administrativa³⁰.

Impugnación

-

22. El 25 de febrero de 2016, la señora Olga Lucía Grisales Zapata impugnó la decisión de la primera instancia, pues, en su sentir, se desconoció el acto administrativo por el cual fue declarada insubsistente y sus respectivos efectos jurídicos, esto es, la imposibilidad de acceder a la pensión de vejez. En ese sentido, sostuvo que no puede someterse la protección constitucional a la condición de que la entidad demandada se encuentre sometida a un programa de renovación.

No obstante, afirmó que la entidad accionada sí se encontraba bajo un proceso de renovación, dado que el cambio de Alcalde trae como consecuencia una modificación del personal en el interior de la Administración Municipal, que responde a criterios diferentes a las competencias y acreditaciones respectivas para cada cargo³¹.

Segunda Instancia: Juzgado Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Girardota - Antioquia

-

23. El 4 de abril de 2016, el Juzgado Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Girardota - Antioquia confirmó en su integridad el fallo objeto de impugnación. Al respecto, manifestó que la garantía del retén social solo es aplicable a entidades públicas en liquidación o reestructuración y en el caso en concreto el municipio de Barbosa no se encuentra en dicho proceso, de manera que la accionante no estaba cobijada por tal beneficio.

Reiteró que el presente asunto no es de conocimiento del juez constitucional, toda vez que se generó con ocasión de la expedición del acto administrativo de insubsistencia, el cual no fue desvirtuado en el escenario correspondiente, por lo que subsiste su presunción de legitimidad y por ello, esta controversia es de competencia de la jurisdicción Contenciosa Administrativa³².

E. ACTUACIONES ADELANTADAS ANTE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y PRUEBAS RECAUDADAS EN SEDE DE REVISIÓN

24. En desarrollo del trámite de revisión, el magistrado sustanciador consideró necesario disponer de mayores elementos de juicio que le permitieran esclarecer la situación fáctica del asunto sometido a estudio. Para ello ordenó:

"SEGUNDO.- Respecto del expediente T-5.633.567

OFICIAR por Secretaría General de esta Corporación a la señora Olga Lucía Grisales Zapata, para que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes al recibo de la notificación de esta providencia, informe al despacho sobre su situación económica:

- (i) ¿Quiénes integran actualmente su núcleo familiar, cuál es la fuente de sus recursos económicos y de qué manera sufragan los gastos familiares?
- (ii) ¿Tiene personas a cargo? En caso positivo indique ¿quiénes y cuántas?
- (iii) ¿Es propietaria de bienes inmuebles o muebles o, tiene alguna participación en sociedades? En caso positivo, ¿cuál es su valor y la renta que puede derivar de ellos?
- (iv) Detalle su situación económica actual³³.

25. En respuesta de las pruebas solicitadas, se obtuvo la siguiente información:

- El 19 de septiembre de 2016, la señora Olga Lucía Grisales Zapata señaló que su núcleo familiar está compuesto por ella, su hija y su cónyuge. Asimismo, comentó que actualmente su cónyuge, el señor Guillermo Cano, se encuentra empleado por lo que se hace cargo de algunos los gastos familiares y de lo que hace falta, la señora Grisales Zapata con la venta de almuerzos lo cubre. Sin embargo, destacó que el señor Cano no tiene la posibilidad de pensionarse, debido a que para su edad carece del número de semanas cotizadas necesarias para el efecto y por ello, considera importante que le sea garantizado su estatus de prepensionada.

De otro lado, comentó que es propietaria del 50% del inmueble³⁴ identificado con la matrícula inmobiliaria No. 012-30236 y que posee deudas con familiares cercanos - hermanos y su madre -³⁵.

Expediente T - 5.647.394

A. LA DEMANDA DE TUTELA

26. El 8 de enero de 2016, la señora Yolanda Acosta Manzano, mediante apoderado judicial³⁶, interpuso acción de tutela contra el Instituto Financiero para el Desarrollo del Valle del Cauca - INFIVALLE, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales al trabajo, mínimo vital y seguridad social, en vista de que la entidad demandada le ordenó hacer entrega del cargo que desempeñaba, cuando se encontraba en espera de que el Juzgado Décimo Laboral de Cali resolviera la demanda atinente al reconocimiento y pago de la pensión por servicios prestados.

Frente a lo anterior, la actora solicitó al juez de tutela el reintegro al cargo de Jefe de Oficina Asesora Jurídica de INFIVALLE y la cancelación de los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde el 5 de enero de 2016³⁷.

B. HECHOS RELEVANTES

27. El 16 de enero de 2012, la señora Yolanda Acosta Manzano fue nombrada por el Instituto Financiero para el Desarrollo del Valle del Cauca - INFIVALLE en el cargo de Secretaria General, código 054, grado 01. Posteriormente, el 2 de enero de 2013, a través de la Resolución No. 004 fue trasladada al cargo de Asesor de la Oficina Jurídica del Instituto, con código 115, grado 01³⁸.

28. El 12 de julio de 2013, la señora Acosta Manzano radicó solicitud ante COLPENSIONES, a fin de que le fuera reconocida y pagada la pensión de vejez establecida en la Ley 33 de 1985, la cual define como requisitos para acceder a ella (i) laborar 20 años de servicios continuos o discontinuos y (ii) 55 años de edad. Lo anterior, por cuanto a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tenía 35 años de edad, es decir, que fue cobijada por el régimen de transición³⁹.

29. El 15 de julio de 2013, la demandante comunicó a la entidad accionada de la petición elevada a COLPENSIONES: “para su información y fines pertinentes, me permite remitir a usted copia del Radicado 2013 - 4695090, correspondiente a la solicitud de reconocimiento de pensión de la suscrita, lo que me cobija con el beneficio de Retén social (...)”⁴⁰.

30. El 27 de diciembre de 2013, COLPENSIONES expidió la resolución No. 369903⁴¹, notificada el 30 de enero de 2014⁴² y el 16 de mayo de 2014 decidió el recurso de reposición, a través de la Resolución No. 173303⁴³, la cual notificó el 31 de julio de ese año⁴⁴, ambas en el sentido de negar el reconocimiento de la pensión solicitada por la señora Yolanda Acosta Manzano.

31. Inconforme con lo anterior, la señora Acosta Manzano demandó ante la jurisdicción ordinaria el reconocimiento de su derecho pensional, cuyo conocimiento fue asumido por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Cali, con radicado No. 2015 - 0835⁴⁵.

32. El 5 de enero de 2016, el Instituto Financiero para el Desarrollo del Valle del Cauca - INFIVALLE expidió la Resolución No. 006, en la que nombró a la señora María del Socorro Rincón Beltrán como Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de esa entidad⁴⁶. De tal decisión, fue notificada la demandante⁴⁷.

33. Cabe resaltar, que la señora Yolanda Acosta Manzano fue desvinculada de su cargo a los 60 años⁴⁸. Además, afirmó que debido a tal decisión presenta una grave afectación de su mínimo vital, pues era el único ingreso que sostenía su núcleo familiar, el cual está compuesto por su hija, “menor de edad”, y su madre de 91 años⁴⁹.

C. RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONADA

34. El 25 de enero de 2016, la Gerente del Instituto Financiero para el Desarrollo del Valle del Cauca - INFIVALLE solicitó que la acción de la referencia fuera declarada improcedente, toda vez que las pretensiones de la demanda se contraen a que la actora sea reconocida como un sujeto de protección del llamado retén social, en los términos de la Ley 790 de 2002, pese a que tal norma no tiene aplicación posible en su caso.

En este orden de ideas, explicó que el retén social no se predica de las modificaciones en la nómina realizadas por la operación normal de las entidades oficiales, sino que atañe a los casos de los prepensionados retirados como consecuencia o resultado de la renovación, liquidación o restructuración de la entidad de la que hacían parte.

De otro lado, indicó que la Resolución No. 006 del 5 de enero de 2016, mediante la cual se nombró a otra persona en el cargo de la accionante no vulneró derecho fundamental alguno, pues la permanencia en un cargo de libre nombramiento y remoción, como el que ostentaba la señora Acosta Manzano, obedece al ejercicio de la facultad discrecional nominadora, razón por la que estimó que la estabilidad laboral reforzada invocada por la actora no se encuentra llamada a prosperar⁵⁰.

D. RESPUESTA DEL TERCERO INTERVINIENTE

35. El 14 de abril de 2016, la señora María del Socorro Rincón Beltrán, actual Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la entidad accionada, advirtió que la demandante no cumple con los requisitos establecidos para ser beneficiaria del retén social, pues esa garantía solo se aplica a los empleados próximos a pensionarse de aquellas entidades de la administración pública que afrontan procesos de renovación. Por consiguiente, destacó que INFIVALLE actuó en derecho, por cuanto no está incurso en un proceso de restructuración, en los términos previstos por la Ley 790 de 2002 y en ese sentido, el retiro de la señora Acosta Manzano, del cargo de libre nombramiento y remoción, surge como consecuencia legal de su designación.

E. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN

Primera Instancia: Juzgado Octavo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali⁵¹

36. El 14 de abril de 2016, el Juzgado Octavo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali tuteló de manera transitoria los derechos fundamentales alegados por la accionante. Precisó, que aunque el retén social es una garantía para preprendonados vinculados a una entidad en proceso de renovación no debe olvidarse que las personas próximas a pensionarse son beneficiarias de protección, dada su especial situación.

Igualmente, sostuvo que si bien la acción de tutela no procede para atacar actos de carácter laboral sí es objeto de estudio cuando se instaura como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Por consiguiente, como la señora Acosta Manzano tiene calidad de sujeto de especial protección, adulto mayor a punto de obtener su estatus de pensionada y es madre cabeza de familia goza del beneficio de la estabilidad reforzada.

En consecuencia, manifestó que “la ofendida al ser una mujer de 60 años de edad le es difícil acceder u optar a ocupar un cargo en cualquier entidad, sea pública o privada, por lo que no tendría los recursos necesarios para suplir las necesidades básicas de su núcleo familiar, hasta tanto no le sea reconocida su pensión de vejez por parte de COLPENSIONES”. En ese sentido, ordenó a la entidad demandada el reintegro y pago de los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir por la señora Acosta Manzano, desde la fecha del retiro del servicio⁵².

Impugnación

37. El 21 de abril de 2016, Marcela Huertas Figueroa, en calidad de Gerente del Instituto Financiero para el Desarrollo del Valle del Cauca, presentó impugnación contra la sentencia de tutela proferida por el Juzgado Octavo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali, bajo los siguientes argumentos.

De manera preliminar, afirmó que no obra prueba en el expediente que permitiera concluir a favor de la accionante la calidad de prepensionada, pues al analizar su historia laboral le faltarían 182.16 semanas para adquirir el estatus de pensionada, es decir, más de tres años.

De otro lado, señaló que el cargo ocupado por la accionante es de libre nombramiento y remoción, por lo que el nominador goza de la facultad discrecional para remover al personal que ostente dicho cargo, máxime al ser empleados de confianza. De ahí que, la declaratoria de insubsistencia de la señora Acosta Manzano no fuera producto de un proceso de restructuración de INFIVALLE, sino de la potestad discrecional del nominador, en razón a la naturaleza del cargo y en virtud de ello, la acción de tutela no era el mecanismo judicial apropiado para impugnar la legalidad del acto administrativo de desvinculación.

Asimismo, manifestó que la demandante tampoco cumple con los requisitos establecidos para ser beneficiaria del retén social, habida cuenta que tal figura solo se aplica a los empleados de aquellas entidades de la administración pública que afrontan procesos de renovación y que al momento que se dicten las normas de supresión o disolución, le falten tres años o menos para consolidar su derecho pensional. En consecuencia, el amparo solicitado requiere para su existencia que el retiro del servicio sea generado por el programa de renovación y no por las modificaciones en la nómina, realizadas por la operación normal de tales entes oficiales.

Finalmente, sostuvo que no advertía la existencia de un perjuicio irremediable, toda vez que la señora Acosta Manzano no demostró que los miembros de su grupo familiar dependieran de ella. Además, resaltó que la actora se encuentra ejerciendo otro mecanismo de defensa judicial⁵³.

Segunda Instancia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali

38. El 23 de mayo de 2016, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali revocó la sentencia de primera instancia, al considerar que el retiro del cargo que desempeñaba la señora Acosta Manzano se fundamentó en la facultad discrecional que le otorga la propia Constitución al nominador, frente a los cargos que como ese ostentan la calidad de libre nombramiento y remoción. Por consiguiente, aclaró que la demandante

no tenía derecho a la aplicación de la figura del retén social prevista en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 y derivada de su supuesta condición de prepensionada, dado que su desvinculación no fue producto de un programa de renovación de la Administración Pública.

En este orden de ideas, estimó que en el presente caso no existe un perjuicio irremediable ni afectación del mínimo vital de la actora, en vista de que el despido no fue consecuencia de un hecho injustificado ni contrario a los criterios de proporcionalidad.

Por último, destacó que la accionante fue reintegrada al cargo que ocupaba debido a la decisión del Juzgado Octavo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali, por lo que advirtió que en caso de persistir la determinación de la accionada de desvincular a la señora Acosta Manzano, contaba con la vía contenciosa administrativa para cuestionar la legalidad de esa eventual decisión⁵⁴.

F. ACTUACIONES ADELANTADAS ANTE LA CORTE CONSTITUCIONAL

39. En desarrollo del trámite de revisión, el magistrado sustanciador consideró necesario disponer de mayores elementos de juicio que le permitieran esclarecer la situación fáctica del asunto sometido a estudio. Para ello ordenó:

CUARTO.- Respecto del expediente T - 5.647.394

OFICIAR por Secretaría General de esta Corporación al apoderado judicial de la señora Yolanda Acosta Manzano, para que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes al recibo de la notificación de esta providencia, informe al despacho sobre la situación actual de su poderdante y allegue unos documentos:

- (i) *¿Quiénes integran actualmente su núcleo familiar, cuál es la fuente de sus recursos económicos y de qué manera sufragan los gastos familiares?*
- (ii) *¿Tiene personas a cargo? En caso positivo indique ¿quiénes y cuántas?*
- (iii) *¿Es propietario de bienes inmuebles o, tiene alguna participación en sociedades?, en caso positivo, ¿cuál es su valor y la renta que puede derivar de ellos?*
- (iv) *¿Actualmente la señora Acosta Manzano recibe el monto mensual de su pensión?*
- (v) *Detalle su situación económica actual.*
- (vi) *Aporte el registro civil de nacimiento de su hija, así como su documento de identidad.*
- (vii) *Aporte su registro civil de nacimiento y la cédula de ciudadanía de su madre.*

OFICIAR por Secretaría General de esta Corporación a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, para que allegue a este Despacho:

- (i) *El expediente administrativo de la señora Yolanda Acosta Manzano, junto con las Resoluciones Nos. 369903 y 173303.*
- (ii) *Informe sobre las semanas cotizadas por la señora Yolanda Acosta Manzano.*

OFICIAR por Secretaría General de esta Corporación al Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Cali, para que informe a este Despacho:

- (i) *La etapa procesal en la que se encuentra el proceso con radicado No. 2014-845, de Yolanda Acosta Manzano contra la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES.*
- (ii) *Allegue copia de la demanda presentada por la señora Yolanda Acosta Manzano, en el proceso con radicado No. 2014-845.*

40. En respuesta de las pruebas solicitadas, se obtuvo la siguiente información:

- El 21 de septiembre de 2016, la apoderada judicial de la señora Yolanda Acosta Manzano indicó que el grupo familiar de la demandante se encuentra integrado por la señora Paulina Manzano⁵⁵, su madre, de 90 años, quien según dijo, depende económicamente de forma exclusiva de ella, y su hija María Juliana Vernaza Acosta⁵⁶ de 23 años, estudiante de la Escuela Nacional del Deporte - quinto semestre -, la cual, acorde con lo informado, tuvo que interrumpir sus estudios ante la carencia de recursos económicos. También mencionó que la señora Acosta Manzano tiene dos hijas más, profesionales y de las que no se hace cargo de su sustento económico. No obstante, destacó que sí se hace cargo de una de sus nietas, Salomé Vallejo Vernaza, colaborándole con el pago de sus estudios del colegio.

Sostuvo que en el momento los gastos familiares – arriendo, servicios públicos y alimentación – se sufragaban de manera precaria del dinero retirado por concepto de cesantías⁵⁷, dado que no recibe ingreso mensual por pensión ni por ningún otro concepto⁵⁸.

Expediente T - 5.637.118

A. LA DEMANDA DE TUTELA

41. El 8 de febrero de 2016, el señor Rafael Eduardo Sáenz Vidal, a través de apoderado judicial⁵⁹, interpuso acción de tutela contra el Consejo Superior de la Judicatura – Sala Administrativa y la Unidad Administrativa de Carrera Judicial, el Consejo Seccional de la Judicatura de Córdoba y la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Montería, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la seguridad social, vida digna, mínimo vital y debido proceso, dado que fue tácitamente declarado insubsistente del cargo de Auxiliar Administrativo Grado 5 de la Dirección Seccional de Administración Judicial de Montería, que ostentaba con carácter de provisionalidad y pese a su calidad de prepensionado.

Frente a lo anterior, el actor solicitó al juez de tutela el reintegro sin solución de continuidad al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o mejor categoría, hasta que acredite los requisitos para acceder a la pensión de vejez y logre respuesta de la entidad pensional correspondiente⁶⁰.

B. HECHOS RELEVANTES

En síntesis el demandante expuso los siguientes hechos:

42. El 8 de julio de 1991, el señor Rafael Eduardo Sáenz Vidal se posesionó en provisionalidad en el cargo de Auxiliar de Servicios Generales Grado 3⁶¹, en la Dirección Seccional de la Administración Judicial de Montería y posteriormente, el 7 de mayo de 1999 tomó posesión del cargo de Auxiliar Administrativo Grado 5⁶², en la misma entidad e igualmente en provisionalidad.

43. El 9 de septiembre de 2009, la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Córdoba convocó a concurso abierto de méritos, para proveer las vacantes definitivas de los empleos de carrera judicial pertenecientes a la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Montería⁶³.

44. El 1 de julio de 2015, el Director Ejecutivo de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Montería puso en conocimiento del Consejo Seccional de la Judicatura de Córdoba – Sala Administrativa la existencia de dos cargos de Asistente Administrativo Grado 5 que se encontraban ocupados por personas en etapa prepensional, comoquiera que esos cargos debían proveerse de acuerdo con el concurso de méritos⁶⁴. En idéntico sentido, el 3 de agosto de 2015, se reiteró tal comunicación⁶⁵.

45. El 9 de septiembre de 2015, el Consejo Seccional de la Judicatura de Córdoba profirió el Acuerdo No. CSJC - SA - 071, mediante el cual adoptó la lista de candidatos para proveer las vacantes de los cargos de Asistente Administrativo Grado 5⁶⁶.

46. El 4 de enero de 2016, al llegar el señor Sáenz Vidal a su puesto de trabajo fue informado verbalmente que debía hacer el empalme y la entrega del cargo. Según lo informado por el accionante, no fue expedido ni notificado ningún acto de desvinculación o de insubstancialidad⁶⁷.

47. El 7 de enero de 2016, el señor Rafael Eduardo Sáenz Vidal radicó solicitud de reintegro laboral ante la Dirección Ejecutiva Seccional de la Administración Judicial de Montería⁶⁸, la cual fue respondida mediante la Resolución No. 052 del 29 de enero del año que transcurrió, en el

sentido de negar la misma toda vez que “*la terminación de la vinculación en provisionalidad del señor Rafael Eduardo Sáenz Vidal se dio porque la plaza respectiva debía ser provista con una persona con mejor derecho puesto que ganó el concurso de méritos*”⁶⁹.

48. Cabe destacar que el señor Sáenz Vidal laboró para la Rama Judicial en provisionalidad durante 24 años⁷⁰ y al momento de su retiro tenía 64 años de edad⁷¹.

C. RESPUESTA DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS

Consejo Seccional de la Judicatura de Córdoba – Sala Administrativa

49. El 11 de febrero de 2016, el Líder del Proceso de Administración de Carrera Judicial del Sistema Integrado de Gestión y Control de Calidad del Medio Ambiente, de la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Córdoba señaló que deben desestimarse las pretensiones del accionante, ya que ha actuado dentro de sus competencias.

Aclaró que no vulneró el derecho al trabajo del señor Sáenz Vidal, pues el demandante podía acceder al concurso de méritos dado que fue abierto y de público conocimiento. Por tanto, resaltó que todos los aspirantes que cumplieron las diferentes etapas de ese concurso y que fueron nombrados en los cargos vacantes ya se posesionaron en éstos, razón por la cual no puede haber ninguna excepción, ni siquiera en lo atinente a los nombramientos en los cargos de Asistente Administrativo Grado 5 como el que ocupaba el actor⁷².

Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de Montería

50. El 12 de febrero de 2016, el Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial de Montería manifestó que no se debe acceder a las pretensiones de la demanda “*toda vez que en la Dirección seccional de la Administración Judicial de Montería no se cuenta con cargos vacantes; y además de ello, de acuerdo a la Ley 270/1996 no es potestad del Director Seccional ampliar el número de vacantes en dicha Dirección*”⁷³.

Consejo Superior de la Judicatura – Sala Administrativa, Unidad de Administración de Carrera Judicial

51. El 12 de febrero de 2016, el Director de la Unidad de Administración de la Carrera Judicial del Consejo Superior de la Judicatura solicitó la desvinculación de la entidad que representa, toda vez que dentro de las facultades legales y reglamentarias que le asisten a tal unidad no está la de elaborar y remitir las listas de elegibles al nominador para el nombramiento de los cargos de empleados de carrera, convocados en un concurso de méritos.

En este orden de ideas, precisó que en lo que atañe a los concursos de méritos adelantados por las Salas Administrativas de los Consejos seccionales de la Judicatura, su participación se limita a la coordinación de las actividades que se requieran para dar cumplimiento a esos concursos, conforme a las instrucciones impartidas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

Así las cosas, explicó que la designación en provisionalidad, sin importar el tiempo de duración en dicha calidad, no origina derecho alguna en relación con la carrera judicial, es decir, no le otorga el derecho a la estabilidad laboral reforzada y por ello, al no concursar el actor no puede alegar violación alguna a sus derechos fundamentales. En consecuencia, consideró que la acción de tutela impetrada carece de vocación de prosperidad⁷⁴.

Consejo Superior de la Judicatura – Sala Administrativa

52. Pese a que la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura fue notificada de la acción de la referencia el pasado 10 de febrero del presente año⁷⁵, no emitió ningún pronunciamiento al respecto.

D. RESPUESTA DEL TERCERO INTERVINIENTE

53. El 9 de febrero de 2016, la Sala Unitaria de Decisión Civil – Familia – Laboral del Tribunal Superior de Montería vinculó al proceso, como tercero con interés legítimo, a la señora Shirley Cristina Castro Castro⁷⁶ quien actualmente ocupa el cargo que ostentaba el demandante y el 10 de febrero de año que transcurre, fue notificada de tal decisión⁷⁷. Sin embargo, no presentó escrito alguno.

E. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN

Primera Instancia: sentencia proferida por la Sala de Con jueces Civil – Familia – Laboral del Tribunal Superior de Montería

54. El 4 de abril de 2016, la Sala de Con jueces Civil – Familia – Laboral del Tribunal Superior de Montería negó el amparo solicitado por el señor Sáenz Vidal, pues concluyó que para la fecha en la que fue declarado insubsistente, 31 de diciembre de 2015, tenía 24 años, 5 meses y 27 días de servicio, lo que, en su parecer, indica que no era prepensionado sino que ya había adquirido el estatus de pensionado, máxime cuando goza del régimen de transición para acceder al derecho pensional y en vista de ello, la Administración estaba exonerada de cumplir con la estabilidad reforzada solicitada.

Asimismo, advirtió que no es la fecha de retiro forzoso la que concede la estabilidad laboral reforzada a un funcionario, ya que los requisitos para disfrutar de la pensión de jubilación o vejez se circunscriben a cumplir el tiempo de servicios y la edad.

De otra parte, destacó que contra la Resolución No. 052 del 29 de enero de 2016, mediante la cual le fue negado el reintegro al tutelante procedían los recursos de reposición y apelación, y dado que los mismos no fueron agotados se tornaba improcedente el amparo constitucional, de conformidad con el numeral 1 del artículo 6, del Decreto 2591 de 1991⁷⁸.

Impugnación

55. El 12 de abril de 2016, el señor Rafael Eduardo Sáenz Vidal impugnó la decisión de primera instancia. Al respecto, señaló que de aceptarse los argumentos expuestos por el tribunal, en cuanto a que el actor no tiene la calidad de prepensionado sino el estatus de pensionado, su situación se agrava, por cuanto fue retirado del cargo que ostentaba sin que el Estado le garantizara el mínimo vital, es decir, una medida pensional que supliera el salario que recibía como servidor público, pues esa era su única fuente de ingreso.

Adicionalmente, manifestó que la primera instancia erró al considerar que el señor Sáenz Vidal cumplía con todos los requisitos para acceder a la pensión de vejez por ser beneficiario del régimen de transición, comoquiera que el actor no contaba con el requisito de tener 750 semanas cotizadas antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, pese a que, como bien lo señaló el juez de primer grado, tuviera 24 años y 5 meses de servicio.

También, precisó que contrario a lo sostenido por el tribunal de primer grado, sí procede el amparo constitucional, pues aunque no agotó los recursos contra el acto administrativo que le negó el reintegro, de acuerdo con las situaciones fácticas particulares el demandante es una persona de edad avanzada, a la cual se le está vulnerando su mínimo vital⁷⁹.

Segunda Instancia: sentencia proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia

56. El 18 de mayo de 2016, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia confirmó el fallo impugnado, pero por estimar que la acción de tutela no es la vía idónea para discutir la legalidad de un acto administrativo emitido por la entidad pública correspondiente en ejercicio de sus funciones. De ahí que, señalara que el señor Sáenz Vidal tiene la obligación de hacer uso de los mecanismos ordinarios para la salvaguardia de sus derechos, pues el conflicto jurídico no puede ser dilucidado por el juez de tutela.

Igualmente, indicó que no se advertía en el expediente evidencia de un perjuicio irremediable que ameritara conceder el amparo solicitado como mecanismo transitorio⁸⁰.

F. ACTUACIONES ADELANTADAS ANTE LA CORTE CONSTITUCIONAL

57. En desarrollo del trámite de revisión, el magistrado sustanciador consideró necesario disponer de mayores elementos de juicio que le permitieran esclarecer la situación fáctica del asunto sometido a estudio. Para ello ordenó:

"TERCERO.- Respecto del expediente T - 5.637.118

OFICIAR por Secretaría General de esta Corporación al apoderado del señor Rafael Eduardo Sáenz Vidal, para que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes al recibo de la notificación de esta providencia, informe al despacho sobre la situación actual de su poderdante:

- (i) *¿Quiénes integran actualmente su núcleo familiar, cuál es la fuente de sus recursos económicos y de qué manera sufragan los gastos familiares?*
- (ii) *¿Tiene personas a cargo? En caso positivo indique ¿quiénes y cuántas?*
- (iii) *¿Es propietario de bienes inmuebles o muebles o, tiene alguna participación en sociedades? En caso positivo ¿cuál es su valor y la renta que puede derivar de ellos?*
- (iv) *¿Actualmente el señor Sáenz Vidal recibe el monto mensual de su pensión o inició algún trámite para su reconocimiento?*
- (v) *Detalle su situación económica actual.*

OFICIAR por Secretaría General de esta Corporación a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes al recibo de la notificación de esta providencia allegue al Despacho.

- (i) *La historia laboral del señor Rafael Eduardo Saenz Vidal, en el que se especifique las semanas cotizadas a ese fondo de pensiones*⁸¹.

58. En respuesta de las pruebas solicitadas, se obtuvo la siguiente información:

- El 16 de septiembre de 2016, la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. allegó al proceso la historia laboral del accionante, en la que se precisa que el señor Sáenz Vidal tiene en total de 1,025 semanas cotizadas, así: 1010 semanas cotizadas en el régimen de ahorro individual con solidaridad y 15 semanas cotizadas en el régimen de prima media. Además, se advierte que el accionante no solo cotizó por su vínculo laboral con la Rama Judicial – el cual se mantuvo vigente desde julio de 1991 hasta diciembre de 2015 -, sino que entre mayo y agosto del año que transcurre, cotizó a través de las empresas Caja de Compensación Familiar de Córdoba – COMFACOR y por Aluminios y Servicios de la Costa N2 S.A.S.⁸²

- El 21 de septiembre de 2016, el señor Rafael Eduardo Sáenz Vidal manifestó que su núcleo familiar lo integra su compañera permanente, la señora Esther Marina Banda Humanes. Afirmó que pese a tener hijos, estos son mayores de edad y no viven en su residencia.

Señaló que no es propietario de ningún bien mueble o inmueble, que a la fecha no recibe monto alguno por el pago de su pensión, pues no ha acumulado las semanas necesarias para el reconocimiento de la misma. En consecuencia, indicó que su situación económica al momento de ser retirado del cargo que ostentaba en la Rama Judicial fue muy difícil y por ello, tuvo que acudir a la caridad de ex compañeros de trabajo, amigos y familiares para garantizar sus necesidades básicas.

De otro lado, aclaró que aunque aparece como cotizante dependiente desde mayo de 2016 hasta agosto de 2016, según la historia laboral de PORVENIR, esto fue debido a un contrato por cuatro meses con la empresa Aluminios y Servicios de la Costa S.A.S. Sin embargo, reiteró que actualmente no cuenta con un vínculo laboral vigente⁸³.

II. CONSIDERACIONES

A. COMPETENCIA

59. Esta Corte es competente para conocer de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en virtud del Auto del 28 de julio de 2016, proferido por la Sala de Selección de tutela Número Siete de esta Corporación, que decidió someter a revisión las decisiones adoptadas por los jueces de instancia.

B. CUESTIONES PREVIAS – PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Procedencia de la acción de tutela – Caso concreto

60. Legitimación por activa.

El artículo 86 de la Constitución ha previsto que cualquier persona puede tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección de los derechos fundamentales cuando estos resulten amenazados o vulnerados.

T-5.556.251

El señor Bernardo Antonio González Vélez actúa a nombre propio como titular de los derechos invocados, razón por la cual, se encuentra legitimado para promover la acción de tutela (C.P. art. 86º, Decreto 2591/91 art. 1º y art.10º).

T-5.633.567

La señora Olga Lucía Grisales Zapata actúa a nombre propio como titular de los derechos invocados, razón por la cual, se encuentra legitimado para promover la acción de tutela (C.P. art. 86º, Decreto 2591/91 art. 1º y art.10º).

T-5.647.394

La señora Yolanda Acosta Manzano como titular de los derechos invocados, interpuso acción de tutela a través de apoderada judicial, razón por la cual, se encuentra acreditada la legitimidad para promoverla (C.P. art. 86º, Decreto 2591/91 art. 1º y art.10º).

T-5.637.118

El señor Rafael Eduardo Sáenz Vidal como titular de los derechos invocados, interpuso acción de tutela a través de apoderado judicial, razón por la cual, se encuentra acreditada la legitimidad para promoverla (C.P. art. 86º, Decreto 2591/91 art. 1º y art.10º).

61. Legitimación por pasiva.

El artículo 5º del Decreto 2591 de 1991, establece que la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de una autoridad pública que haya violado, viole o amenace un derecho fundamental. A su vez el artículo 86 prevé que la acción de tutela es procedente frente a particulares cuando estos se encuentran encargados de la prestación de un servicio público⁸⁴.

T-5.556.251

En el caso concreto, la Alcaldía Mayor de Bogotá - Secretaría General es una entidad pública, por tanto, se entiende acreditado este requisito de procedencia.

T-5.633.567

En el caso concreto, el Municipio de Barbosa - Antioquia es una entidad pública, por tanto, se entiende acreditado este requisito de procedencia.

T-5.647.394

En el caso concreto, el Instituto Financiero para el Desarrollo del Valle del Cauca - INFIVALLE es un establecimiento público departamental y descentralizado por tanto, se entiende acreditado este requisito de procedencia.

T-5.637.118

En el caso concreto, la Sala Administrativa y la Unidad Administrativa de la Carrera Judicial, ambas pertenecientes, del Consejo Superior de la Judicatura, así como el Consejo Seccional de la Judicatura de Córdoba y la Dirección Ejecutiva Seccional de la Administración Judicial de Montería son entidades públicas, por tanto, se entiende acreditado este requisito de procedencia.

62. Inmediatz.

Este requisito de procedibilidad impone la carga al demandante de interponer la acción de tutela en un término prudente y razonable respecto del hecho o la conducta que causa la vulneración de derechos fundamentales. Conforme a lo anterior, la Corte ha dispuesto que se debe presentar la solicitud de amparo dentro de un plazo razonable⁸⁵.

T-5.556.251

El accionante presentó la demanda de tutela el 15 de febrero de 2016⁸⁶, es decir, un mes y ocho días después de la expedición del acto que generó la presunta vulneración de sus derechos fundamentales – Resolución No. 034⁸⁷ del 7 de enero de 2016, mediante la cual la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá aceptó su renuncia protocolaria -, término que la Corte juzga prudente y razonable para reclamar la protección de los derechos invocados.

T-5.633.567

La accionante presentó la demanda de tutela el 4 de febrero de 2016⁸⁸, es decir, dentro del mes siguiente a la expedición del acto que generó la presunta vulneración de sus derechos fundamentales – Resolución No. 003⁸⁹ del 5 de enero de 2016, a través de la cual la Alcaldía de Barbosa la declaró insubsistente -, término que la Corte juzga prudente y razonable para reclamar la protección de los derechos invocados.

T-5.647.394

La accionante presentó la demanda de tutela el 8 de enero de 2016⁹⁰, es decir, a los tres días siguientes de la expedición del acto que generó la presunta vulneración de sus derechos fundamentales – Resolución No. 006⁹¹ del 5 de enero de 2016, mediante la cual, el Instituto Financiero para el Desarrollo del Valle del Cauca nombró a la señora María del Socorro Rincón Beltrán en el cargo que desempeñaba la actora-, término que la Corte juzga prudente y razonable para reclamar la protección de los derechos invocados.

Cabe destacar, que con posterioridad a la expedición de la mencionada resolución no fue proferido ningún acto administrativo de desvinculación de la señora Acosta Manzano. Solo existe una comunicación⁹² de notificación a través de la que se informó la decisión y le fue solicitado “hacer entrega del cargo”.

T-5.637.118

El accionante presentó la demanda de tutela el 8 de febrero de 2016⁹³, es decir, a los diez días siguientes de la expedición del acto que generó la presunta vulneración de sus derechos fundamentales – Resolución No. 052⁹⁴ del 29 de enero de 2016, mediante la cual, la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Montería negó el reintegro del actor -, término que la Corte juzga prudente y razonable para reclamar la protección de los derechos invocados.

63. Subsidiariedad.

El artículo 86 de la Constitución Política de 1991, establece que la acción de tutela sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo en los casos en que sea interpuesta como mecanismo transitorio para evitar la configuración de un perjuicio irremediable. De igual forma, se ha aceptado la procedencia definitiva del amparo de tutela en aquellas situaciones en las que existiendo recursos judiciales, los mismos no sean idóneos para evitar la vulneración del derecho constitucional fundamental.

Principio de subsidiariedad frente a solicitudes de reintegro a cargos públicos

63.1 La Corte ha señalado que, por regla general, la solicitud de reintegro de un funcionario público no procede mediante la acción de tutela, debido a la existencia de otros mecanismos judiciales que permiten ejercer una apropiada defensa de tales pretensiones, como el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Ha señalado también su procedencia excepcional ante la ocurrencia de un perjuicio irremediable, indicando que se configura cuando se advierten estas cuatro condiciones: “En primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimiento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable”⁹⁵.

En este sentido, la sentencia T-016 de 2008⁹⁶ al estudiar el caso de una señora retirada de la Administración Distrital de Santa Marta, dispuso confirmar la sentencia de instancia que había denegado por improcedente el amparo solicitado, comoquiera que no se configuraba un perjuicio irremediable, pues la demandante recibía una pensión del Seguro Social, no era madre cabeza de familia y los parientes que dijo ayudar económicamente no tenían limitaciones psicológicas o físicas que impidieran su trabajo:

“En suma, la Corte ha precisado como regla general, que la acción de tutela es improcedente para solicitar el reintegro de los empleados públicos, pues en el ordenamiento jurídico está prevista la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, luego existe un medio de defensa judicial propio, específico y eficaz que excluye la prevista en el artículo 86 Constitucional. No obstante la Corte ha manifestado que, excepcionalmente ante un perjuicio irremediable, puede resultar procedente el amparo cuando la acción de nulidad y restablecimiento del derecho resulta inadecuada para la efectividad de los derechos fundamentales violados, dada la situación que afronta el accionante.” (Negrilla fuera del texto)

Mediante sentencia T-017 de 2012⁹⁷, la Corte retomó la anterior regla, al decidir el caso de una señora que se desempeñaba en provisionalidad en la rama judicial y fue desvinculada con ocasión de un concurso de méritos. Sin embargo, en esa ocasión consideró que procedía la acción de tutela de manera definitiva, pues los derechos fundamentales de la accionante requerían una protección inmediata y en ese sentido, concedió el amparo a la estabilidad laboral, al debido proceso y al mínimo vital de la actora:

“Así entonces 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.” (Negrilla fuera del texto)

63.2 De otro lado, en lo que ataña a la solicitud de reintegro de un funcionario público próximo a pensionarse, esta Corte ha aplicado la misma regla de procedencia fijada en los casos de reintegros de funcionarios públicos, es decir, la procedencia excepcional de la acción de tutela.

Así, la sentencia T-186 de 2013 al analizar el caso de una servidora pública del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural - INCODER -, quien ejercía en provisionalidad el cargo de Secretaria Ejecutiva y fue declarada insubsistente debido a la provisión de ese cargo a través del concurso de méritos, encontró probado el perjuicio irremediable, dado que la actora era prepensionada y madre cabeza de familia por lo que su salario servía de sustento para sí y sus hijos, uno de ellos aquejado por una grave afectación a su salud, la cual era tratada por intermedio del servicio médico del que gozaba como beneficiaria de su madre. En consecuencia, concedió el amparo constitucional solicitado:

“4. En cuanto al primer aspecto, se ha considerado que el afectado debe demostrar probatoriamente que su exclusión del empleo público lo pone en una situación de extrema vulnerabilidad, generalmente relacionada con la afectación cierta y verificable de su derecho al mínimo vital. Sobre el particular, la Corte ha indicado 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.’[10]”⁹⁸. (Negrilla fuera del texto)

Por su parte, la sentencia T-326 de 2014⁹⁹ si bien reiteró la mencionada regla jurisprudencial, concedió la tutela como mecanismo definitivo para amparar los derechos fundamentales de una señora desvinculada del cargo que ostentaba en provisionalidad en la E.S.E Hospital San Rafael de Facatativá, quien alegaba ser prepensionada, ya que era madre cabeza de familia pues su esposo tenía una discapacidad y el salario que percibía constituía su único sustento:

7.3. 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.

(...)

En consecuencia, estima esta Sala que el presente caso debe examinarse en perspectiva del amparo definitivo de los derechos, pues se pretende evitar la solución de continuidad entre el retiro del servicio de la accionante y su inclusión en la nómina de pensionados, lo que materialmente no podría lograrse en un proceso contencioso administrativo, teniendo en cuenta la duración del mismo.

En armonía con lo expuesto en precedencia, la sentencia T-223 de 2014¹⁰⁰ sostuvo que procede la tutela como mecanismo definitivo ante las solicitudes de reintegro de prepensionados, siempre y cuando se demuestre la amenaza de su mínimo vital. Así, frente al caso de un funcionario de la Rama Judicial, prepensionado, declarado insubsistente, debido al concurso de méritos surtido para llenar esa plaza laboral, se estimó que no existía amenaza al mínimo vital, toda vez que el accionante solo afirmó que su familia dependía económicamente de él, pero de las pruebas aportadas al expediente se pudo concluir que contaba con otras fuentes de ingresos.

"Respecto de estas personas, al gozar de una estabilidad laboral diferente y más intensa que los servidores públicos regulares, no es posible aplicar el mismo examen de subsidiariedad. La Corte ha sostenido que, en principio, la vía administrativa se torna ineficaz para este tipo de sujetos, pues es excesivo someterlos a esperar mucho tiempo hasta que la justicia contenciosa falle la nulidad y restablecimiento, teniendo en cuenta que necesitan su pensión y salario para sobrevivir. Ello implica que si el sujeto próximo a pensionarse cuenta con los recursos necesarios para subsistir y no ver afectado su derecho al mínimo vital, la tutela será improcedente. Si el objetivo del amparo es evitar que se lesione el mínimo vital de una persona que no recibirá su pensión hasta a que un juez administrativo falle la nulidad, evidentemente, si este mismo sujeto cuenta con suficientes recursos para no ver afectado su derecho, la tutela no será el mecanismo adecuado para ventilar esta clase de discusiones."

(...)

En efecto, esta Corte ha establecido que este trámite no es el mecanismo adecuado para solicitar el reintegro a un cargo público pues para ello existen otras vías idóneas y oportunas como la nulidad y restablecimiento del derecho salvo que el servidor público logre probar la existencia de un perjuicio irremediable. No obstante, cuando se trate de prepensionados, la acción de tutela es, en principio, el mecanismo más adecuado siempre y cuando el derecho al mínimo vital del peticionario se encuentra amenazado por no recibir oportunamente su pensión. Si no es así, deberá acudir a instancias ordinarias a debatir estos asuntos." (Negrilla fuera del texto)

La sentencia T-972 de 2014¹⁰¹, aclaró la regla enunciada al estimar que la acción de tutela contra actos administrativos de desvinculación procede de manera excepcional, cuando la decisión de la administración vulnera derechos fundamentales o existe una amenaza de que ocurra de tal afectación. Dicha sentencia estudió el caso de una señora que se desempeñaba como Directora Seccional del Cuerpo Técnico de Investigación de la ciudad de Barranquilla, declarada insubsistente *"aduciendo razones de confianza"* y pese a su estatus de prepensionada. Al respecto, la Corte consideró que no se configuró la existencia de un perjuicio irremediable, pues advirtió que la accionante tenía 55 años, sin hijos a su cargo, ni créditos adquiridos con anterioridad a la desvinculación, tampoco se evidenciaba que sufriera de algún padecimiento médico ella o su madre, ni una relación de créditos donde se demostrara que con ocasión de la declaratoria de insubsistencia del cargo de libre nombramiento y remoción, se hubiese perturbado su tranquilidad psíquica y física. Además, se destacó que el cargo ostentado por la accionante tenía una alta remuneración, lo que le permitió solventar los gastos de manutención y tener un excedente de ahorro personal:

"Como ya se precisó, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que la acción de tutela no es procedente, como regla general, para controvertir actos administrativos, toda vez que las discrepancias suscitadas por la aplicación o interpretación de los mismos, deben ser dirimidas a través de la jurisdicción contenciosa administrativa.[\[14\]](#) No obstante, en criterio de la Corte la aceptación de la procedencia excepcional de la acción de tutela contra los actos administrativos depende de si del contenido de los mismos deviene una vulneración de los derechos fundamentales o la amenaza de la ocurrencia de un perjuicio irremediable de tal magnitud, que obligue la protección urgente de los mismos."¹⁰² (Negrilla fuera del texto)

Bajo el mismo fundamento, la sentencia T-357 de 2016¹⁰³, frente al caso de un señor desvinculado del Banco Agrario, sin tener en cuenta su condición de prepensionado, decidió proteger su estabilidad laboral dado que, por su precaria situación requería que el asunto fuera tramitado a través de un mecanismo judicial preferente y sumario como la tutela:

En este orden de ideas, concluye la Sala que si bien por regla general la tutela no es procedente para solicitar el reintegro de un trabajador, puede suceder que esta sea la vía indicada para ventilar asuntos de esta naturaleza cuando quiera que de las circunstancias del caso concreto se observe que los mecanismos ordinarios no resultan eficaces para lograr una protección efectiva de los derechos fundamentales invocados. En el caso particular de los prepensionados, la edad y el hecho de que el antiguo salario sea el único medio de sustento de quien solicita la protección son indicadores de la precariedad de su situación y, en consecuencia, de la necesidad de que su asunto sea tratado a través de un mecanismo judicial preferente y sumario como lo es el recurso de amparo. (Negrilla fuera del texto)

63.3 De la jurisprudencia analizada se desprende que tanto los servidores públicos próximos a pensionarse como cualquier otro servidor público, en principio, no pueden acudir a la acción de tutela para discutir los actos administrativos de desvinculación. Sin embargo, de evidenciarse que con tal decisión la administración genera la ocurrencia de un perjuicio irremediable, se activa la competencia del juez constitucional de manera transitoria.

Adicionalmente, procede la acción de tutela como mecanismo definitivo cuando el juez evidencie que el prepensionado que pretende su estabilidad laboral se encuentra en una precaria situación, generada por el retiro de su lugar de trabajo. Por tanto, es necesario que ese asunto sea tratado a través de un mecanismo preferente y sumario, pues de someter al actor, en tales condiciones, a un procedimiento que podría durar un tiempo considerable, tornaría ineficaz la protección de los derechos fundamentales invocados por éste, un ejemplo de ello puede advertirse en los eventos en los que el juez de tutela advierta una afectación al mínimo vital del prepensionado.

63.4 Sin perjuicio de lo anterior, no debe olvidarse que en el evento en el que el asunto sometido a tutela no supere el análisis de subsidiariedad, los servidores públicos desvinculados pueden acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa mediante el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, y una vez ahí, solicitar las medidas cautelares previstas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que se ajusten al caso en concreto. En ese escenario el juez tiene la posibilidad de adoptar cualquier tipo de medida cautelar, a fin de atender las necesidades específicas del solicitante. Sobre el particular, esta Sala de Revisión en otra oportunidad¹⁰⁴ se refirió las medidas cautelares en el proceso administrativo y concluyó que la Ley 1437 de 2011, las dotó de efectividad de cara a fortalecer la protección de los derechos constitucionales.

"i) La Ley 1437 de 2011 consagró una serie de posibilidades entre las que se cuentan el restablecimiento de un derecho, la suspensión de un procedimiento, la orden de adopción a la Administración de una decisión, la demolición de una obra o las órdenes de imponer obligaciones de hacer o no hacer. En contraposición, en la legislación anterior, sólo se contemplaba la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos[26].

(ii) La expresión "manifiesta infracción"[27] que estaba contenida en el Decreto 01 de 1948 como condición para decretar la medida de suspensión provisional de los efectos del acto administrativo fue suprimida. Este cambio, en vigencia de la Ley 1437 de 2011, ha sido interpretado por el Consejo de Estado como una variación significativa en la regulación dado que se obliga al juez administrativo a realizar un análisis entre el acto y las normas que se asumen como trasgredidas, así como a estudiar las pruebas allegadas con la solicitud, sin que esta última posibilidad signifique un prejuzgamiento: "(...) [e]sta es una reforma sustancial, si se tiene en cuenta que ello habilita al juez a realizar un estudio no simplemente superficial de la solicitud de la medida sino que incluye la apreciación de las pruebas aportadas al efecto. Todo esto, lógicamente, sin incurrir en una valoración de fondo más propia de la fase de juzgamiento (...)"[28].

(iii) El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo estableció un sistema innominado de medidas cautelares, como así se extrae de las expresiones contenidas en el artículo 230 que las contempló[29]. Esto implica que, se puede adoptar por el juez una medida de cualquier tipo que se ajuste a las necesidades de la situación específica.

(iv) Se conciben las medidas cautelares de forma autónoma a la demanda presentada, a tal punto que el requisito de conciliación prejudicial no le es aplicable a ellas, aunque sea necesaria su acreditación para la admisión de la demanda. Según se estableció en sentencia de tutela de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado: "(...) el juez podrá pronunciarse sobre la solicitud de la medida cautelar, inclusive sin haber admitido la demanda, supeditando la continuidad del proceso a que se demuestre el cumplimiento del requisito de procedibilidad, en los términos establecidos para el efecto, en virtud de que este mismo precepto lo autoriza cuando no sea posible agotar el trámite previsto en el artículo 233 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es decir, proferir simultáneamente el auto admisorio de la demanda junto con la medida cautelar"[30].

(v) Finalmente, se destaca del nuevo régimen jurídico aplicable, la inclusión de las medidas cautelares de urgencia, que por la finalidad que persiguen, fueron estructuradas como medios preliminares dotados de eficacia inmediata para la protección de los derechos fundamentales. Esta circunstancia, implica para el juez administrativo el deber de "(...) remover los obstáculos eminentemente formales que llegaren a impedir la adopción de estas medidas en los casos en que exista una seria y verdadera amenaza de vulneración de derechos, bienes o intereses jurídicos"[31]. En otras palabras, las medidas cautelares y en especial las de urgencia, se conciben como una garantía efectiva y material del acceso a la administración de justicia que deben tener en cuenta no sólo presupuestos legales, sino también constitucionales y convencionales para su procedencia.

A partir de lo expuesto, se concluye que el cambio introducido por la ley estudiada dotó a los procesos que se tramitan ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo de una perspectiva constitucional, dado que amplió la procedencia de las medidas cautelares que pueden ser decretadas en el ejercicio de cualquier acción propia de esta jurisdicción lo que admite, entre otras cosas, que la protección de los derechos constitucionales pueda llevarse, al menos prima facie, de manera efectiva. Estas consideraciones permiten, en abstracto, afirmar que el legislador realizó un esfuerzo importante para conferirle efectividad a los medios de control contemplados en la Ley 1437 de 2011, a fin de

fortalecerla de cara a la protección de los derechos constitucionales.”¹⁰⁵

64. De conformidad con lo expuesto, le corresponde examinar a esta Sala de Revisión las circunstancias fácticas de cada uno de los casos acumulados, con el propósito de determinar la procedencia del amparo constitucional.

T-5.556.251

64.1 Esta Sala advierte que el presente asunto no cumple con el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela. Vistos los hechos del caso y revisadas las pruebas aportadas al expediente se observa que el señor Bernardo Antonio González Vélez tiene 61 años y pese a que tiene tres hijos, actualmente cuenta con el apoyo económico de su cónyuge para solventar los gastos familiares, es propietario con aquella del inmueble en el que residen y debido a la ocupación laboral de su cónyuge tiene acceso al servicio de salud.

En cuanto a las obligaciones financieras aludidas por el accionante, se advierte que éste último retiró los dineros depositados como cesantías definitivas por un valor de \$24.123.569¹⁰⁶ y sus pasivos ataún de manera exclusiva al crédito de libranza adquirido con el Banco de Occidente, del cual no obra prueba en el proceso que dé cuenta sobre su incumplimiento. Por consiguiente, la Sala no evidencia una situación de urgencia que deba ser conjurada por el juez de tutela, así como tampoco la afectación de un derecho fundamental del accionante generado por el acto administrativo que aceptó su renuncia y en ese sentido, se estima pertinente que el señor González Vélez acuda a la jurisdicción contenciosa administrativa, en el marco de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, en el que incluso podría solicitar el decreto de las medidas cautelares antes analizadas.

De acuerdo con lo anterior, se confirmará la decisión proferida el 19 de abril de 2016, por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá que confirmó el fallo de primera instancia, al considerar que existen otros mecanismos judiciales que le permiten al accionante acceder a sus pretensiones.

T-5.633.567

64.2 En idéntica forma se debe resolver la solicitud de amparo elevada por la señora Olga Lucía Grisales Zapata, pues conforme con las pruebas allegadas al expediente se colige que la accionante tiene 56 años y aunque tiene una hija, los gastos familiares son solventados con ayuda de su cónyuge y de lo que actualmente genera, a través de la venta de sus preparaciones culinarias.

Igualmente, la señora Grisales Zapata y su cónyuge son propietarios del inmueble en el que residen. En cuanto a los créditos que posee a la fecha la demandante, se advierte que fueron adquiridos con sus familiares más cercanos y, acorde con lo informado, los ha ido mitigando de manera gradual¹⁰⁷. De ahí que para la Sala sea claro que tanto las necesidades básicas de la accionante como las de su grupo familiar se están satisfaciendo en plena forma, razón por la que no se percibe una afectación a algunos de sus derechos fundamentales, ni un perjuicio irremediable de la señora Grisales Zapata que active la competencia del juez constitucional. Por tanto, deberá acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa en la que incluso podría solicitar el decreto de las medidas cautelares antes analizadas.

Así las cosas, se confirmará el fallo proferido el 4 de abril de 2016, por el Juzgado Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Girardota - Antioquia que a su vez confirmó en su integridad la sentencia del emitida el 18 de febrero de 2016, por el Juzgado Promiscuo Municipal con Función de Control de Garantías de Barbosa - Antioquia, en cuanto a que la acción de la referencia es improcedente debido a la existencia de otros medios judiciales, específicamente, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

T-5.647.394

64.3 Finalmente, frente al caso de la señora Yolanda Acosta Manzano este Tribunal advierte que no se cumple con el requisito de subsidiariedad. En efecto, la demandante tiene 61 años, afirma que tanto su hija de 23 años como su madre de 90 años dependen económicamente de ella, y

que el inmueble en el que habitan no es de su propiedad. No obstante, de los medios probatorios aportados por la misma actora, se desprende que retiró \$32.850.592 por concepto de cesantías definitivas, que de acuerdo con la declaración juramentada de bienes y rentas sus ingresos en el año 2015 ascendían a \$107.516.577¹⁰⁸ y que además es propietaria de un vehículo valuado en \$48.000.000¹⁰⁹.

Tampoco debe perderse de vista, que la accionante ostentaba el cargo de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de INFIVALLE, el cual, según el manual de funciones de dicha entidad¹¹⁰ exige que el nombrado cumpla con el requisito académico de acreditar un título profesional en derecho – abogado –, así como un “*posgrado en la modalidad de especialización, en áreas relacionadas con las funciones del cargo*”. De ahí que, la Sala pueda colegir que la señora Acosta Manzano es abogada de profesión, es decir, ejerce una profesión liberal y por tanto, para desempeñarse en la misma puede hacerlo de manera independiente, sin necesidad de que para su pleno desarrollo medie un contrato de trabajo. En ese sentido, su derecho al trabajo no se ve supeditado a una sola modalidad contractual, en lugar de ello, permite cualquier tipo de relación, ya sea civil, comercial o laboral.

Así las cosas, considera la Sala que si bien la decisión de la entidad accionada, de declarar insubsistente el nombramiento de la señora Yolanda Acosta Manzano, podría afectar la situación económica de la actora y la de su familia, no existen pruebas suficientes en el expediente que permitan concluir que los emolumentos anteriormente referidos son insuficientes para sufragar los gastos familiares o que actualmente la señora Acosta Manzano se encuentre impedida para seguir ejerciendo su profesión.

Igualmente, es importante destacar que se encuentra cursando un proceso en la jurisdicción ordinaria entre la señora Yolanda Acosta Manzano y Colpensiones, con el fin de que le sea reconocido su derecho pensional de manera definitiva¹¹¹. En consecuencia, un pronunciamiento de fondo en el presente asunto por parte del juez de tutela derivaría en una prejudicialidad, comoquiera que el juez ordinario quedaría atado a lo señalado por el constitucional, al definir en el caso en concreto si la demandante se encuentra incursa en un régimen de transición, para posteriormente verificar si cumple con los requisitos para ser considerada prepensionada, o si definitivamente ya había adquirido el estatus de pensionada, situación que despojaría al juez laboral de todas sus competencias en el asunto objeto de cuestionamiento.

En virtud de lo anterior, la Sala confirmar la decisión del 23 de mayo de 2016, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali que revocó la sentencia de primera instancia y negó por improcedente la acción de tutela al no advertir la existencia de un perjuicio irremediable, o afectación alguna de un derecho fundamental y declarará la improcedente la acción de la referencia.

T-5.637.118

64.4 En principio, podría considerarse que el señor Rafael Eduardo Sáenz Vidal está facultado para cuestionar la decisión de la Administración, que lo declaró insubsistente al posesionar en el cargo que ostentaba a quien ganó el concurso de méritos, ante la jurisdicción contenciosa administrativa dado que se trata de un acto administrativo de carácter particular y concreto. No obstante, al analizar las especiales circunstancias de vulnerabilidad del accionante relativas a (i) su edad de 65 años y (ii) la carencia de recursos económicos suficientes para satisfacer sus necesidades básicas y las de su compañera permanente, dado que actualmente no ejerce ninguna actividad laboral, lo que ha generado que deba vivir de la beneficencia de sus ex compañeros de trabajo, amigos y familiares, aunado al hecho de que no cuenta con la propiedad del inmueble en el que reside, llevan a la Sala a concluir que el medio de control ordinario carece de eficacia para desatar la discusión planteada, pues de obligarse al actor a acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa, dada su precaria situación económica actual y sin tener en cuenta que es un trámite que podría durar un tiempo considerable, se tornaría ineficaz la protección de los derechos fundamentales invocados por el demandante.

En suma, pese a que el demandante dispone, en abstracto, de otra vía judicial, procede la acción de tutela en atención a las circunstancias especiales de vulnerabilidad en las que se encuentra, las cuales permiten evidenciar una grave afectación a su derecho fundamental al mínimo vital, ocasionada por el retiro del cargo que ostentaba en la Dirección Seccional de la Carrera Judicial de Montería.

Además, es preciso destacar que las condiciones de inminencia y urgencia del amparo que es requerido por un sujeto de especial protección como el accionante, exigen la inmediata intervención del juez de tutela, lo que conlleva a presumir la falta de idoneidad de los mecanismos ordinarios, aun cuando dentro de éstos últimos exista la posibilidad de solicitar las medidas cautelares referidas.

C. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO, MÉTODO Y ESTRUCTURA DE LA DECISIÓN

65. Acorde con los fundamentos fácticos expuestos en la Sección I de esta providencia, le corresponde a la Sala Tercera de Revisión determinar si el Consejo Superior de la Judicatura - la Sala Administrativa y la Unidad Administrativa de la Carrera judicial -, el Consejo Seccional de la Judicatura de Córdoba y la Dirección Ejecutiva Seccional de la Administración Judicial vulneraron los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida digna, al mínimo vital y al debido proceso del señor Rafael Eduardo Sáenz Vidal, al declararlo insubstancial con ocasión del concurso de méritos realizado, pero sin tener en cuenta su presunta condición de prepensionado.

66. Con el fin de resolver el problema jurídico planteado la Sala (i) analizará los fundamentos constitucionales y legales del denominado "retén social". A continuación estudiará (ii) la estabilidad laboral de las personas próximas a pensionarse y, seguidamente, (iii) resolverá el caso concreto sometido a estudio.

D. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES LEGALES Y JURISPRUDENCIALES DEL DENOMINADO "RETÉN SOCIAL"

67. Acorde con los artículos 150 numeral 7 y 189 numerales 14, 15 y 16 de la Constitución que facultan expresamente al Congreso de la República para definir la estructura de la administración nacional y al Presidente a modificar las entidades y organismos administrativos nacionales, el legislador profirió 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*", cuyo objeto consiste según su artículo 1¹¹², en renovar y modernizar la estructura de la rama ejecutiva del orden nacional, a través de la fusión de entidades u organismos nacionales y ministerios.

68. En vista del proceso de renovación que se pretendía adelantar, el legislador consagró en el artículo 12 de tal disposición, una protección laboral especial para servidores públicos en circunstancias particulares de vulnerabilidad al momento de que fuesen desvinculados con ocasión del desarrollo del programa de renovación de la administración pública, entre ellos, los servidores públicos próximos a pensionarse y estableció un límite en el tiempo para la aplicación de esa estabilidad laboral reforzada:

"Artículo 12. Protección especial. De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia¹¹³ sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley." (Negrilla fuera del texto)

Artículo 13. Aplicación en el tiempo. Las disposiciones de este Capítulo se aplicarán a los servidores públicos retirados del servicio a partir del 1º de septiembre del año 2002, dentro del Programa de Renovación de la Administración Pública del orden nacional, y hasta el vencimiento de las facultades extraordinarias que se confieren en la presente ley.

69. En desarrollo de lo anterior, el Presidente de la República emitió el Decreto 190 de 2003 "*Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 790 de 2002*" y precisó en el numeral 1 del artículo 1, que el servidor próximo a pensionarse es "*Aquel al cual le faltan tres (3) o menos años, contados a partir de la promulgación de la Ley 790 de 2002, para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o de vejez*".

70. Posteriormente, el Congreso expidió la Ley 812 de 2003 "*Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario*" mediante la cual modificó la Ley 790 de 2002. En efecto, la nueva disposición determinó que la protección prevista en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, para los servidores públicos próximos a pensionarse se aplica hasta el reconocimiento de su pensión, mientras que para los demás sujetos de especial protección hasta el 31 de enero de 2004:

"Artículo 8. Descripción de los principales programas de inversión. La descripción de los principales programas de inversión que el Gobierno Nacional espera ejecutar durante la vigencia del Plan Nacional de Desarrollo 2002-2006, es la siguiente:

(...)

Conforme con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional, el reconocimiento económico previsto en el artículo 8º de la Ley 790 de 2002,

se pagará durante un plazo no mayor de 12 meses; los programas de mejoramiento de competencias laborales de que trata el artículo 12 de la ley, así como la protección especial establecida en el artículo 12 de la misma, aplicarán hasta el 31 de enero de 2004, salvo en lo relacionado con los servidores próximos a pensionarse, cuya garantía deberá respetarse hasta el reconocimiento de la pensión de jubilación o de vejez."(Negrita fuera del texto)

71. En vista del trato diferencial generado por la citada ley, la Corte mediante sentencia C-991 de 2004¹¹⁴ declaró la inexequibilidad del límite temporal impuesto por el legislador a las madres y padres cabeza de familia, así como a las personas en situación de discapacidad, a fin de que el beneficio del retén social fuese reconocido sin límite de tiempo alguno. Sin embargo, este Tribunal precisó que incluso los sujetos de especial protección laboral pueden ser desvinculados de sus cargos cuando medie una justa causa para ello, la cual corresponde probar al empleador:

"El trato diferencial consiste en la creación de una situación privilegiada para las personas próximas a pensionarse frente a las madres y padres cabeza de familia y las personas discapacitadas afectadas por la Reestructuración de la Administración. Lo anterior, puesto que a las primeras no se les limitó la protección brindada por la Ley 790, artículo 12, mientras que a las segundas se les fijó un límite en el tiempo no establecido en la mencionada norma.

(...)

A la grave afectación de los sujetos objeto de discriminación se contrapone un beneficio medio en la eficiencia en el gasto público. En efecto, la reestructuración de la administración implicó el despido de un número de personas que, en términos generales, es considerablemente mayor al porcentaje de individuos que se vio beneficiado con el denominado "retén social". En esta medida, el fin buscado, a saber la eficiencia en el manejo de los fondos públicos, comparativamente hablando sólo obtendría un beneficio medio de mantenerse vigente el límite. Este beneficio medio, y no grave, se confirmaría si se tiene en cuenta que, en mayor o menor medida, la desvinculación de los funcionarios también representaba productividad para la entidad a la cual estaban vinculados lo cual implica que para determinar el efectivo aumento en la eficiencia de la Administración se debe realizar una sumatoria entre la productividad que pierde con la desvinculación y la erogación que deja de realizarse en virtud de la desvinculación del funcionario. Al realizar ésta se disminuiría el beneficio conseguido para la eficiencia.

Aplicando la regla de la ponderación según la cual para que una limitación sea exequible el grado del beneficio del fin buscado por el legislador debe ser tanto mayor cuanto mayor sea la afectación del principio constitucional en colisión, se tiene que el límite del 31 de enero de 2004 establecido en el último inciso del artículo 8, literal D, de la Ley 812 de 2003 es inexequible.

(...)

9.1. No existe, en estricto sentido, un derecho fundamental a la conservación del trabajo o a permanecer determinado tiempo en cierto empleo. No obstante, en virtud de las particulares garantías que señala la Constitución, algunos sujetos tienen especial protección a su estabilidad laboral. Es el caso de las mujeres en estado de embarazo, los trabajadores aforados, y las personas limitadas -por la debilidad manifiesta en que se encuentran -.

En varios pronunciamientos, la Corte ha señalado que la protección laboral reforzada no es de carácter absoluto. Lo anterior implica que si bien estos sujetos no pueden ser despedidos sin motivación alguna, y mucho menos cuando el motivo de la desvinculación sea la razón que los hace merecedores de la especial protección laboral, sí lo pueden ser cuando exista justa causa para esto y tal despido se dé bajo los parámetros del debido proceso.

En este orden de ideas, si bien estos sujetos constitucionalmente cualificados pueden ser desvinculados de su cargo, corresponde al empleador demostrar que existió una justa causa de despido que lo motivara. De no probarse por parte del empleador uno de estos motivos legalmente señalados en el régimen laboral, el despido se entenderá inválido. Además, el despido no puede darse con la sola mediación de la voluntad justificada del empleador. Para algunos de los sujetos de especial protección se requiere, por ley, una autorización de la oficina del trabajo. La jurisprudencia que ha abordado los aspectos arriba señalados es amplia."

72. Ahora bien, respecto del alcance del retén social la Corte se ha ocupado de concretarlo a través de diferentes pronunciamientos tendientes a decidir sobre las solicitudes de servidores públicos próximos a pensionarse. A continuación, esta Sala de Revisión se referirá a tales casos que constituyen precedentes relevantes.

72.1 En la sentencia T- 768 de 2005¹¹⁵ la Corte analizó el caso del sindicato de Trabajadores Oficiales y Empleados Públicos de la Empresa Distrital de Telecomunicaciones de Barranquilla, a quienes se les comunicó la terminación de sus contratos debido al estado de liquidación de dicha empresa, sin tener en cuenta, entre otras cosas, que algunos de ellos eran prepensionados. En esa oportunidad, se amplió el supuesto de aplicación de la estabilidad laboral contemplada en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, con el propósito de aplicar el retén social no solo a los eventos de renovación o modernización de la Administración Pública, sino también a los procesos de restructuración administrativa, como la liquidación forzosa:

"Así las cosas, se concluye que aunque la protección laboral reforzada que el legislador otorgó a aquellas personas que se encontraban en las condiciones descritas por el artículo 12 de la ley 790 de 2002, se circumscribe a aquellos trabajadores que eventualmente pudieran verse afectados en desarrollo del programa de renovación de la administración pública, no obstante, dicha protección no se agota allí, como quiera que la disposición referida es simplemente una aplicación concreta de las garantías constitucionales, las cuales están llamadas a ser aplicadas cuando quiera que el ejercicio del derecho fundamental pueda llegar a verse conculado. En este orden de ideas, debe tenerse presente que la implementación de este tipo de medidas responde a imperativos constitucionales que se desprenden de los artículos 13, 42, 43 y 44 superiores, entre otros, y que constituyen en sí mismos fines esenciales en el Estado Social de Derecho.

6.4. Los programas de renovación o modernización de la administración pública persiguen una mejora en la eficiencia de las labores adelantadas por las entidades públicas con la finalidad de optimizar la prestación de los servicios necesarios en el cumplimiento de los fines del estado. Con este objetivo, es posible que la administración decida reorganizar su estructura y, en este proceso, eventualmente racionalizar las plantas de personal de las entidades estatales. No obstante, los derechos de los trabajadores no pueden verse lesionados por la supresión intempestiva de sus cargos, en virtud de una decisión unilateral y discrecional de la administración. Es dentro de esta finalidad en donde se inscribe la protección laboral reforzada que prevé la ley 790 de 2002.

Ahora bien, la liquidación forzosa administrativa constituye un proceso concursal y universal, que tiene por finalidad esencial la pronta realización de los activos y el pago gradual y rápido del pasivo externo, incluyendo, como es lógico, las prestaciones de orden laboral con la correspondiente prelación de créditos, a cargo de la respectiva entidad hasta la concurrencia de sus activos, preservando la igualdad entre los acreedores (artículo 293 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero). Sin duda alguna, se trata de una modalidad fluida de control y de resolución de situaciones críticas de contenido económico de especial atención para el Derecho Público, y de extrema gravedad, que no pueden dejarse bajo el régimen ordinario de los concursos entre comerciantes, pues, naturalmente, su régimen es y debe corresponder a un estatuto legal especial.^{[4]116}

Aunque en ambos escenarios la supresión de empleos y el consecuente retiro de trabajadores responde a causas jurídicas distintas, la garantía de estabilidad laboral reforzada para aquellas personas de especial protección constitucional está igualmente llamada a ser aplicada en los casos de liquidación forzosa administrativa. Teniendo en cuenta que se trata de un derecho que deriva su existencia directamente del mandato constitucional, resulta apenas lógico que las garantías previstas para las personas discapacitadas, las madres y, por extensión, los padres cabeza de familia, sean aplicadas de igual forma tanto en los procesos de reestructuración administrativa como en los de liquidación forzosa." (Negrilla fuera de texto)

72.2 En idéntico sentido, la sentencia T-338 de 2008¹¹⁷ al decidir el caso de un empleado público, despedido de la E.S.E Rafael Uribe Uribe, sin tener en cuenta su condición de prepensionado, entidad modificada en su estructura y planta de personal por medio de los Decretos 3674 y 3675 de octubre 19 de 2006, dispuso que pese a que el concepto prepensionado se acuñó con la Ley 790 de 2002, derogada con la expedición de la Ley 812 de 2003, las personas próximas a pensionarse dentro del término de liquidación de una empresa estatal tienen derecho a la protección derivada del retén social:

"Si bien es cierto la noción de prepensionado se originó en la Ley 790 de 2002, la misma no resulta aplicable, en los términos previstos en esta, por cuanto operó la derogatoria de la misma por efecto la Ley 812 de 2003, lo cual hace que pierda sentido, teniendo en cuenta que lo que buscó el legislador fue proteger a las personas próximas a cumplir con los requisitos para pensionarse para que efectivamente consoliden su derecho, en la aplicación del programa de renovación de la administración pública del orden nacional.

Por lo tanto para evitar un trato diferenciado e injustificado de quienes alcanzaron a cumplir con los requisitos de pensión en los términos de la Ley 790 de 2002, antes del 27 de diciembre de 2005, y quienes (i) los cumplieron con posterioridad por efecto de que las liquidaciones de las entidades en las cuales laboraron se produjeron con posterioridad al 27 de diciembre de 2005 o porque (ii) no les fue posible el cumplimiento de los requisitos antes de la fecha citada, es que se hace necesario aplicar esta interpretación para evitar tratos jurídicos discriminatorios.

Así, la noción de persona próxima a pensionarse, en el nuevo contexto jurídico, debe formularse en relación con el término de liquidación de las empresas objeto del programa de renovación de la administración pública. Por tanto, se considerarán prepensionados aquellas personas próximas a pensionarse que cumplan con los requisitos para tal efecto dentro del término de liquidación de la empresa, fijado por el acto que la suprime y hasta tanto se liquide y se extinga su personalidad jurídica.

La proximidad en la consolidación del derecho a obtener la pensión de vejez, debe ser analizada en cada caso particular y concreto con base en criterios de razonabilidad, para que esta protección se extienda a quienes realmente se encuentran frente a una clara expectativa de causar el derecho pensional.” (Negrilla fuera del texto)

72.3 Cabe destacar que mediante sentencia C-795 de 2009¹¹⁸ la Corte declaró la constitucionalidad del inciso segundo¹¹⁹ del artículo 8 de la Ley 1105 de 2006 “por medio de la cual se modifica el Decreto-ley 254 de 2000, sobre procedimiento de liquidación de entidades públicas de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional y se dictan otras disposiciones”, referido a la supresión de cargos y terminación de relaciones laborales al vencimiento del término de liquidación de la entidad. En dicha oportunidad insistió en que la protección laboral reforzada denominada retén social, se encuentra presente en todos los procesos de fusión, reestructuración o liquidación de las entidades públicas objeto del programa de renovación, pues de lo contrario, las personas beneficiarias de tal protección quedarían desprotegidas y cesantes laboralmente, al igual que sus hijos menores o aquellos que dependieren económicamente de ellas:

“15. En suma, la Constitución autoriza los procesos de reestructuración de la administración central (Arts. 150.7 y 189.14), los cuales deben obedecer al cumplimiento de los fines que inspiran el Estado Social de Derecho (Art. 1º); en el curso de los mismos, resulta admisible la supresión, fusión o creación de empleos, pero las actuaciones de la administración deben ceñirse a los principios que orientan la función pública (Art. 209), y contemplar e implementar mecanismos que preserven los derechos de los trabajadores.

16. Dentro de los instrumentos que ha previsto el legislador para proveer protección a los derechos de los trabajadores, en el marco de los procesos de reestructuración del Estado, se encuentra el denominado retén social, al que aluden algunos de los intervenientes para justificar la constitucionalidad del precepto. (...)

31. En suma, tiene la condición de prepensionado, y por ende, sujeto de protección a la estabilidad laboral reforzada, en el contexto de un programa de renovación de la administración pública del orden nacional, el servidor público próximo a pensionarse que al momento en que se dicten las normas que ordenen la supresión o disolución de la entidad en la que labora, le falten tres (3) años o menos para cumplir los requisitos requeridos para que efectivamente se consolide su derecho pensional. Esta protección se mantendrá hasta cuando se reconozca la pensión de jubilación o vejez, o se dé el último acto de liquidación de la entidad, lo que ocurra primero.” (Negrilla fuera del texto)

72.4 Igualmente, en sentencia T-455 de 2011¹²⁰ al examinarse la situación de una señora que fue desvinculada de la E.S.E Hospital San Rafael de Girardot, debido a que el Gobernador del Departamento de Cundinamarca ordenó su liquidación, sin tomar en cuenta su estatus de prepensionada, reiteró que “la política denominada Retén Social, es una medida afirmativa de protección laboral tendiente a dar cumplimiento a la igualdad real y efectiva consagrada en la Constitución, que busca que en los procesos de reforma institucional se otorgue una protección mayor, en materia de permanencia y estabilidad en el empleo a ciertas categorías de sujetos, son ellas las personas con limitaciones físicas, mental, visual o auditiva; las madres y padres cabeza de familia sin alternativa económica y las personas próximas a pensionarse.”

72.5 Mediante sentencia SU-897 del 2012¹²¹, esta Corte decidió un acumulado de diez procesos contra la E.S.E Luis Carlos Galán en estado de liquidación, respecto de personas próximas a pensionarse y concluyó que la figura del retén social se aplica solo a los supuestos del plan de renovación de la Administración Pública:

(...) se concluye que el retén social guarda una esencial relación con la aplicación del PRAP¹²², en cuanto los servidores de entidades liquidadas en desarrollo del mismo deberán ser beneficiarios de dicha protección reforzada. iv. Será la entidad en proceso de liquidación o el administrador del patrimonio autónomo de remanentes de la misma el sujeto de derecho encargado de dar cumplimiento a la protección derivada del retén social para los prepensionados, se trate de decisiones tomadas por la propia entidad o de órdenes proferidas por las autoridades judiciales. (Negrilla fuera del texto)

72.6 Asimismo, en sentencia SU-377 de 2014¹²³ al evaluar veintiséis casos de retén social, entre ellos el de dos prepensionados, desvinculados de TELECOM explicó este Tribunal:

“La estabilidad laboral del retén social se traduce en el ‘derecho a permanecer en el cargo hasta el último acto de liquidación de la entidad, salvo que se configure una justa causa de despido y ésta sea verificada por la autoridad laboral correspondiente’.[81]¹²⁴ Las tutelas que persiguen estabilidad laboral especial más allá de la liquidación, han sido negadas por la jurisprudencia en ese aspecto.[82]¹²⁵ El retén social

trasciende la extinción definitiva del ente, pero en formas distintas a la estabilidad laboral reforzada, y en determinadas circunstancias. Según la sentencia SU-897 de 2012 los prepensionados conservan -incluso después de la liquidación del ente- el derecho a que se sigan haciendo 'los aportes al correspondiente régimen pensional, hasta tanto se cumpla el tiempo mínimo de cotización requerido para acceder a la pensión de jubilación o de vejez, así dicho término se cumpla luego de liquidada la entidad'."

73. En suma, el retén social para los prepensionados es un régimen de protección diseñado por el legislador, cuyo fin es permitir que en los procesos de renovación o modernización de la Administración Pública - fusión, restructuración o liquidación -, así como en los procesos de reforma institucional, los servidores públicos próximos a pensionarse - aquellos a los que desde el momento en el que se determine la real y efectiva supresión del cargo les falte incluso tres años para cumplir las exigencias requeridas y así consolidar su derecho pensional - no puedan ser desvinculados, salvo que exista una justa causa para su desvinculación. De ahí que, si la razón por la que fueron apartados del cargo, atañe a aquello que justifica la protección laboral reforzada - proceso de renovación de la administración o reforma institucional - deberán ser reintegrados a su cargo o continuar el pago de los aportes al correspondiente fondo de pensiones hasta el momento en que se reconozca la pensión vejez, o se dé el último acto de liquidación de la entidad, lo que ocurra primero.

E. ESTABILIDAD LABORAL DE LAS PERSONAS PRÓXIMAS A PENSIONARSE

74. De manera preliminar, la sentencia C-795 de 2009¹²⁶, antes referida, pese a que se limitó a analizar la constitucionalidad de una norma atinente a la liquidación de entidades públicas de la Rama Ejecutiva, aclaró que la estabilidad laboral de las personas próximas a pensionarse es de origen supralegal, pues responde a imperativos constitucionales, erigidos como fines esenciales del Estado Social de Derecho:

"23. Aunque la protección laboral reforzada que el legislador otorgó a aquellas personas que se encontraban en las condiciones descritas por el artículo 12 de la ley 790 de 2002, se circunscribió en su momento, a aquellos trabajadores que eventualmente pudieran verse afectados en desarrollo del programa de renovación de la administración pública, la Corte Constitucional ha sentenciado[26] que dicha protección, es de origen supralegal, la cual se desprende no solamente de lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución que establece la obligación estatal de velar por la igualdad real y efectiva de los grupos tradicionalmente discriminados y de proteger a las personas en circunstancias de debilidad manifiesta, sino de los artículos 42, 43, 44 y 48 superiores; se trata en consecuencia de una aplicación concreta de las aludidas garantías constitucionales que están llamadas a producir sus efectos cuando quiera que el ejercicio de los derechos fundamentales de estos sujetos de especial protección pueda llegar a verse conculado.

En suma, la implementación de este tipo de medidas responde a imperativos constitucionales que se desprenden de los artículos 13, 42, 43 y 44 superiores, entre otros, y que constituyen en sí mismos fines esenciales en el Estado Social de Derecho[27]¹²⁷"

75. En concordancia con lo anterior, mediante sentencia T- 186 del 2013¹²⁸ la Corte accedió a las súplicas de la demanda en el caso de una señora vinculada en provisionalidad al INCODER y declarada insubstancial con ocasión al concurso de méritos realizado. En esa oportunidad se advirtió que no debe confundirse la estabilidad laboral de las personas próximas a pensionarse con la figura del retén social, cuyo margen de aplicación se encuentra circunscrito a los procesos de renovación de la Administración Pública, comoquiera que el retén social es uno de los múltiples mecanismos previstos para garantizar los derechos fundamentales de los prepensionados.

"Con todo, debe hacerse una distinción conceptual de especial importancia para la solución de los problemas jurídicos materia de esta decisión. El fundamento del reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada de los prepensionados no es un asunto que dependa de un mandato legislativo particular y concreto, sino que tiene raigambre constitucional. Esto debido a que dicha estabilidad opera como instrumento para la satisfacción de los derechos fundamentales de estos grupos poblacionales, que se verían gravemente interferidos por el retiro del empleo público. Por ende, la Corte desestima lo expresado por los jueces de instancia, en el sentido de confundir la estabilidad laboral reforzada de los prepensionados con la figura del retén social, para concluir erróneamente que la mencionada estabilidad solo es aplicable en los casos que el retiro del cargo se sustenta en su supresión ante la liquidación de la entidad y en el marco de los procesos de restructuración de la Administración Pública.

En contrario, el retén social es apenas una especie de mecanismo, dentro de los múltiples que pueden considerarse para garantizar los derechos fundamentales concernidos por la permanencia en el empleo público de los servidores próximos a pensionarse. En otras palabras, el fundamento de la estabilidad laboral de los prepensionados tiene origen constitucional y, por ende, resulta aplicable en cada uno de los escenarios en que

entre en tensión los derechos al mínimo vital y la igualdad, frente a la aplicación de herramientas jurídicas que lleven al retiro del cargo, entre ellas el concurso público de méritos, como se explica enseguida.

13. Un escenario distinto de vigencia de la estabilidad laboral reforzada de las personas próximas a pensionarse concurre ante la provisión de cargos por concurso público de méritos. La problemática surge cuando el servidor público próximo a pensionarse ejerce un cargo público en provisionalidad, el cual es ofertado a concurso público de méritos y asignado al aspirante que supera dicho concurso. En ese escenario entran en tensión dos derechos de raigambre constitucional. El primero, que refiere al derecho subjetivo del aspirante a acceder al empleo público por haber superado el concurso público de méritos, que es a la vez el mecanismo preferente y general para el acceso a los empleos del Estado. El segundo, que tiene que ver con la protección de los derechos fundamentales del prepensionado, que se verían intervenidos por el retiro del cargo, lo que lo dejaría en estado de vulnerabilidad económica.

La jurisprudencia de la Corte ha considerado que este asunto no puede resolverse simplemente a través de la opción a favor de alguno de los derechos en conflicto. En contrario, ha planteado la necesidad que en el caso concreto se efectúe un ejercicio de ponderación entre esos derechos, el cual no afecte el núcleo esencial de cada uno de los extremos en cuestión. Para ello ha enfatizado en dos tipos de argumentos centrales: (i) la necesidad que las autoridades del Estado interpreten las normas de forma razonable, proporcionada y compatible con los derechos fundamentales de los afectados; (ii) la obligación que esas mismas autoridades hagan una evaluación objetiva de las circunstancias del caso, diferente a una adjudicación aleatoria, en la cual se determine si es posible proteger concomitantemente los derechos del prepensionado y del aspirante.”

76. Del mismo modo, en un pronunciamiento reciente, sentencia T-357 de 2016¹²⁹, la Corte Constitucional estudió el caso de un señor desvinculado del Banco Agrario de Colombia S.A. pese a su condición de prepensionado y decidió revocar la tutela de segunda instancia, a fin de que al actor le fuera amparado su derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada. Al respecto, se manifestó que la protección otorgada a los prepensionados ha trascendido la esfera de la restructuración estatal, hasta el punto de incluir a los trabajadores del sector privado que han sido desvinculados de su lugar de trabajo:

En este orden de ideas, la condición de prepensionado, como sujeto de especial protección, no necesita que la persona que alega pertenecer a dicho grupo poblacional se encuentre en el supuesto de hecho propio de la liquidación de una entidad estatal y cobija incluso a los trabajadores del sector privado que se encuentren próximos a cumplir los requisitos para acceder a una pensión por lo que puede decirse que tiene la condición de prepensionable toda persona con contrato de trabajo que le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez. Por otro lado, el derecho a la estabilidad laboral reforzada que de esta condición se deriva se concretiza en la garantía de no desvinculación del servicio por el mero acaecimiento del plazo pactado o presuntivo como causa suficiente de terminación, por lo que deberá ordenarse el reintegro de los trabajadores próximos a pensionarse cuyos contratos hayan sido terminados por estas causales cuando quiera que la finalización de la relación laboral signifique para el trabajador una afectación de sus derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital, verificable por el hecho de que el sustento del trabajador y se derive del salario que percibía. (Negrilla fuera del texto)

En la misma providencia, esta Corporación precisó que en todo caso, “a pesar de haberse superado el contexto de la renovación de la administración pública como requisito para ser considerado sujeto de especial protección constitucional en el caso de los prepensionados, la Corte ha protegido los derechos de estas personas cuando su desvinculación suponga una afectación de su mínimo vital derivada del hecho de que su salario y eventual pensión son la fuente de su sustento económico.”

77. En síntesis, la Sala colige que la estabilidad laboral reforzada de la que gozan los prepensionados no es solo aquella que se desprende del retén social, sino que es una garantía susceptible de exigirse (i) ante la existencia de un vínculo laboral administrativo de funcionarios nombrados en propiedad¹³⁰ o en provisionalidad y (ii) en los eventos en los que al solicitante desvinculado de su lugar de trabajo le falten 3 años o menos para cumplir los requisitos, edad y tiempo de servicio o semanas cotizadas, para adquirir el derecho pensional. En todo caso, el examen en sede de tutela de estas hipótesis exige un estricto examen de subsidiariedad, tal y como la Corte lo ha hecho en esta oportunidad.

No obstante, dicha estabilidad laboral reforzada para los prepensionados no constituye un derecho absoluto, pues en caso de existir una justa causa el empleador podrá desvincular al trabajador de su lugar de trabajo. Contrario a ello, si el empleado es apartado de su cargo debido a su condición de persona próxima a pensionarse o sin tomar en cuenta tales condiciones y sin existir justa causa que lo amerite, se activa la protección laboral.

F. SOLUCIÓN DEL CASO EN CONCRETO

78. En el caso estudiado por la Sala en esta oportunidad, debe considerarse al señor Rafael Eduardo Sáenz Vidal como un sujeto es especial protección en razón de su edad - 65 años - y debido a las precarias condiciones económicas por las que atraviesa en estos momentos, ocasionadas por haber sido desvinculado del cargo de Auxiliar Administrativo Grado 5, que ocupaba en provisionalidad en la Dirección Seccional de la Carrera Judicial de Montería. En atención a ello, radicó solicitud de reintegro laboral ante la entidad demandada, aduciendo que gozaba de estabilidad laboral reforzada dado su carácter de prepensionado. Tal petición fue negada, toda vez que *"la terminación de la vinculación en provisionalidad del señor Rafael Eduardo Sáenz Vidal se dio porque la plaza respectiva debía ser provista con una persona con mejor derecho puesto que ganó el concurso de méritos"*.

Adicionalmente, es preciso resaltar que la Sala de Con jueces Civil - Familia - Laboral del Tribunal Superior de Montería, en calidad de juez de primera instancia, declaró improcedente el amparo de la referencia, al estimar que el demandante ya había adquirido el estatus de pensionado, comoquiera que tenía 24 años 5 meses y 27 días de servicio, lo que indicaba que se encontraba cobijado por *"el régimen de transición"*.

79. Para solucionar el cuestionamiento planteado, la Sala debe verificar (i) si como lo señaló el fallador de primer grado el señor Rafael Eduardo Sáenz Vidal ya adquirió el estatus de pensionado por hallarse bajo el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 o si contrario a ello, (ii) cumple con los requisitos para hacerse acreedor de la estabilidad laboral reforzada debido a que ostenta la calidad de prepensionado.

80. De manera preliminar, se advierte que la Ley 100 de 1993 previó un régimen de transición - artículo 36 - para aquellas personas que en el momento de su entrada en vigencia - 1 de abril de 1994 - estaban próximas a cumplir los requisitos que les permitían acceder a la pensión de vejez, acorde con lo prescrito en las normas anteriores a la citada ley. Dicha prerrogativa se concretó en favor de tres categorías de trabajadores: en primer lugar, los hombres que tuvieran más de cuarenta años; en segundo lugar, las mujeres mayores de treinta y cinco años; y en tercer lugar, los hombres y mujeres que, independientemente de su edad, tuvieran más de quince años de servicios cotizados.

Adicionalmente, aquellas personas debían estar en el régimen de prima media con prestación definida, para alegar en su favor el régimen transicional.

ARTICULO. 36.- Régimen de transición. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley.

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.

Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida.¹³¹

Quienes a la fecha de vigencia de la presente ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho, en desarrollo de los derechos adquiridos, a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes al momento en que cumplieron tales

requisitos.

PARAGRAFO.- Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1º) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio. (Negrilla fuera de texto)

81. El citado régimen de transición se mantuvo hasta el año 2014, conforme con lo previsto por el artículo 4 del Acto Legislativo 01 de 2005, para aquellas personas que a la entrada en vigencia de ese acto reformatorio de la Constitución – 25 de julio de 2005 – tuviesen cotizadas 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios.

"Parágrafo transitorio 4º. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014".

"Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen".

82. Descendiendo al caso en concreto, la Sala puede evidenciar que el señor Sáenz Vidal al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, es decir, para el 1 de abril de 1994 tenía 43 años -ya que su fecha de nacimiento fue el 30 de septiembre de 1951¹³²- y acorde con su historia laboral¹³³, para esa época pertenecía al régimen de prima media con prestación definida.

No obstante lo anterior, en abril de 1996 se trasladó al régimen de ahorro individual¹³⁴ perdiendo la protección del régimen de transición. Sobre el particular, la sentencia SU-062 de 2010¹³⁵ al decidir la situación de un beneficiario del régimen de transición que se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, aclaró lo siguiente.

"Los beneficiarios del régimen de transición tienen libertad para escoger el régimen pensional al que se desean afiliar y también poseen la facultad de trasladarse entre ellos, pero la escogencia del régimen de ahorro individual o el traslado que hagan al mismo trae para ellos una consecuencia: la pérdida de la protección del régimen de transición. En ese sentido, estas personas, para pensionarse, deberán cumplir necesariamente con los requisitos de la ley 100 de 1993 según el régimen pensional que elijan y no podrán hacerlo de acuerdo con las normas anteriores, aunque les resulten más favorables. Es evidente que, en el caso de las personas amparadas por el régimen de transición, el efecto del traslado tiene importantes repercusiones en el goce del derecho a la pensión de vejez y, por tanto, en el derecho fundamental a la seguridad social, ya que hace más exigentes las condiciones para acceder a la prestación referida. El traslado deja de ser entonces una simple cuestión legal y adquiere una relevancia constitucional innegable por estar en juego un derecho fundamental. Aunque la Corte consideró acordes con la Constitución las disposiciones que prescriben que la protección de régimen de transición se extingue cuando la persona escoge el régimen de ahorro individual o se traslada a él, aclaró que las normas expresamente circunscriben tal consecuencia a sólo dos de los tres grupos de personas que ampara el régimen de transición: (i) mujeres mayores de treinta y cinco y (ii) los hombres mayores de cuarenta." (Negrilla fuera del texto)

83. Conforme con lo expuesto en precedencia, la Sala observa que contrario a lo sostenido por la Sala de Con jueces Civil – Familia – Laboral del Tribunal Superior de Montería, en la sentencia de primera instancia, el señor Rafael Eduardo Sáenz Vidal no se encuentra cobijado por el régimen de transición previsto en el artículo 36 la Ley 100 de 1993 y en ese sentido, tampoco es beneficiario de la extensión de aquel régimen de transición, prevista en el acto legislativo 01 de 2005. Por tanto, esta Sala no puede estudiar si el señor Sáenz Vidal tiene el estatus de pensionado según las disposiciones anteriores a la Ley 100 de 1993, en lugar de ello, tendrá que verificar que se cumplan con las exigencias de ésta, para acceder al reconocimiento y pago de la pensión de vejez.

84. Ahora bien, dilucidado lo anterior corresponde a la Sala constatar si el señor Rafael Eduardo Sáenz Vidal cumple con los requisitos para ser calificado como un prepensionado y en ese sentido, debe garantizarse su estabilidad laboral hasta que adquiera de manera definitiva el estatus de pensionado.

85. En consonancia con lo indicado en el literal E. de la presente providencia, prepensionado en el contexto del examen de solicitudes de amparo constitucional, es aquella persona que fue retirada de su puesto de trabajo faltándole 3 años o menos para cumplir con los requisitos de

edad y tiempo de servicios o semanas cotizadas, según sea el caso, que le permitan acceder a la pensión de vejez.

Respecto de los requisitos para acceder a la pensión, el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, consagra que para tener derecho a la pensión de vejez el afiliado debe (i) haber cumplido 57 años de edad en el caso de la mujer y 62 años para el hombre y (ii) haber cotizado 1300 semanas. Por tanto, no basta con que una persona acredite el cumplimiento de uno de los dos requisitos, pues la norma dispone dos condicionamientos para acceder a dicha prestación social.

En idéntico sentido ocurre para quienes pretendan hacer valer su condición de prepensionados, es decir, para que a una persona le sea reconocido el beneficio de la estabilidad laboral por encontrarse próxima a pensionarse, su rango de edad puede variar entre los 54 y 57 años si es mujer, y entre los 59 y 62 años si es hombre, e incluso puede ser mayor, pero además, le debe faltar máximo 156 semanas por cotizar, que corresponden a 3 años.

86. En efecto, revisado en detalle el material probatorio obrante en el expediente del señor Rafael Eduardo Sáenz Vidal, la Sala observa que el actor fue desvinculado del cargo que ostentaba a los 64 años, cumpliendo así con el primero de los requisitos, tener la edad. En cuanto a las semanas cotizadas, de los actos administrativos de posesión en los cargos de Auxiliar de Servicios Generales Grado 3¹³⁶ y Auxiliar Administrativo Grado 5¹³⁷, así como del certificado laboral expedido por la Coordinadora del Área de Talento Humano de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Montería¹³⁸ y los días indicados por el demandante a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., como días efectivamente cotizados¹³⁹, hecho este último no cuestionado por ninguno de los intervenientes en el proceso, llevan a colegir a la Sala que pese a que en el sistema solo aparecen reportadas 15 semanas en el régimen de prima media, como tiempo cotizado previo al traslado al régimen de ahorro individual - abril de 1996 -, el empleador del actor ha debido reportar 225 semanas adicionalmente -efectuando los aportes correspondientes, para un total de 240 semanas.

Lo anterior, quiere decir que al señor Sáenz Vidal le corresponde un bono pensional previo a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 - del 7 de julio de 1991 al 30 de marzo de 1994 - por 2 años y 8 meses, esto es, 136 semanas cotizadas y un reporte en el régimen de prima media con prestación definida - 1 de abril de 1994 hasta el 30 de marzo de 1996 - equivalente a 104 semanas. Por consiguiente, esta Sala de Revisión advierte que el demandante, de acuerdo con su vida laboral debería tener 1250 semanas cotizadas entre el bono pensional, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual, faltándole al día de hoy cotizar solo 50 semanas para adquirir el estatus de pensionado.

Cabe destacar que, aunque el accionante cotizó desde el mes de mayo al mes de agosto de 2016 en el fondo de pensiones, de conformidad con la vinculación laboral que tuvo con la empresa Aluminios y Servicios de la Costa S.A.S., ello no modifica la calidad de prepensionado del señor Sáenz Vidal al momento de su desvinculación de la Rama Judicial, pues para esa época cumplía con la edad para ser considerado como tal y tenía 1234 semanas cotizadas, es decir, le faltaban 66 semanas o, menos de tres años para cotizar las semanas necesarias que le permitirían adquirir el estatus de pensionado.

87. A continuación, esta Sala de Revisión hará referencia a las sentencias de este tribunal que se han ocupado de analizar la situación de los servidores públicos prepensionados, que ostentan cargos en provisionalidad y fueron desvinculados con ocasión de un concurso de méritos, los cuales constituyen precedentes relevantes para el presente asunto.

87.1 Sobre el particular, la sentencia SU-446 de 2011¹⁴⁰ no tuteló los derechos de los servidores públicos en condiciones especiales, como los prepensionados, que fueron desvinculados con ocasión de un concurso de méritos surtido al interior de la Fiscalía General, pero le ordenó a ésta última que en caso de existir vacantes en cargos iguales o equivalentes procediera a su reingreso:

10.2. Sin embargo, la Fiscalía General de la Nación, pese a la discrecionalidad de la que gozaba, sí tenía la obligación de dar un trato preferencial, como una medida de acción afirmativa a: i) las madres y padres cabeza de familia; ii) las personas que estaban próximas a pensionarse, entiéndase a quienes para el 24 de noviembre de 2008 -fecha en que se expidió el Acuerdo 007 de 2008- les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión; y iii) las personas en situación de discapacidad.

En estos tres eventos la Fiscalía General de la Nación ha debido prever mecanismos para garantizar que las personas en las condiciones

antedichas, fueran las últimas en ser desvinculadas, porque si bien una cualquiera de las situaciones descritas no otorga un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos. Como el ente fiscal no previó dispositivo alguno para no lesionar los derechos de ese grupo de personas, estando obligado a hacerlo, en los términos del artículo 13 de la Constitución, esta Corte le ordenará a la entidad que dichas personas, de ser posible, sean nuevamente vinculadas en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía de los que venían ocupando.

Es claro que los órganos del Estado en sus actuaciones deben cumplir los fines del Estado, uno de ellos, garantizar la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución, entre los cuales la igualdad juega un papel trascendental, en la medida que obliga a las autoridades en un Estado Social de Derecho, a prodigar una protección especial a las personas que, por su condición física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, artículo 13, inciso 3 de la Constitución. Este mandato fue ignorado por la Fiscalía General cuando hizo la provisión de los empleos de carrera y dejó de atender las especiales circunstancias descritas para los tres grupos antes reseñados.

En consecuencia, la entidad deberá prever las especiales situaciones descritas en este apartado, al momento en que deba ocupar los cargos con el o los concursos que tiene que efectuar en cumplimiento de esta providencia.

10.3. Lo expuesto, le permite a la Sala concluir que debe negar la protección que solicitaron los accionantes que ocupaban empleos en provisionalidad y que alegaron la vulneración de sus derechos a la igualdad y al debido proceso, entre otros, por la inexistencia de criterios para definir a quiénes se les terminaría su vinculación para ser reemplazados por personal de carrera, en los términos del concurso.

En el caso de los provisionales que son sujetos de especial de 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. (Negrilla fuera del texto)

87.2 En idéntico sentido, esta Corte mediante sentencia C-640 de 2012¹⁴¹ declaró fundadas las objeciones Gubernamentales al Proyecto de Ley N° 54 de 2010 Senado, 170 de 2010 Cámara, “por la cual se implementa el retén social, que garantiza la estabilidad laboral a grupos vulnerables y se dictan otras disposiciones”, al considerar que pese a que los sujetos de especial protección constitucional, como los prepensionados nombrados en provisionalidad, gozan de un tratamiento preferente, prevalecen los derechos de las personas que ganan un concurso público de méritos. En esa oportunidad, se examinó una norma que disponía la imposibilidad de separar del cargo de carrera a aquel funcionario público próximo a pensionarse que lo ejercía en provisionalidad, pese a haberse surtido el concurso público de méritos, al respecto indicó:

“Sin embargo, en relación con las madres y padres cabeza de familia, las personas que estén próximas a pensionarse (a las que les faltan tres años o menos para cumplir los requisitos), y las personas en situación de discapacidad,[93] nombrados provisionalmente en cargos de carrera administrativa cuya vacancia es definitiva, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que tienen derecho a recibir un tratamiento preferencial. Este, consiste en prever mecanismos para garantizar que los servidores públicos en las condiciones antedichas, sean los últimos en ser desvinculados cuando existan otros cargos de igual naturaleza del que ocupan vacantes. En cualquiera de las condiciones descritas no se otorga un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos, pero su condición de debilidad manifiesta hace que la administración deba otorgarles un trato especial.[94]

(...)

No resulta factible, que los funcionarios nombrados en provisionalidad, por encontrarse en alguna de las circunstancias de debilidad que la norma objetada prevé ingresen de manera automática a la carrera administrativa, y por ende, gocen de los mismos beneficios y grado de estabilidad que la ley otorga a quienes han superado con éxito el respectivo concurso de méritos.

Teniendo en cuenta lo anterior la Corte encuentra fundadas las objeciones formuladas por el Gobierno Nacional al Proyecto de Ley N° 54 de 2010 Senado, 170 de 2010 Cámara, (...)¹⁴².

87.3 Posteriormente, a través de sentencia T-186 de 2013¹⁴³ frente al caso de una servidora pública prepensionada, que ocupaba un cargo en provisionalidad en el INCODER y fue desvinculada debido a un concurso de méritos, la Corte decidió, luego de verificar que el número de cargos ofertados era superior al número de ciudadanos que integraron la lista, confirmar el fallo de segunda instancia que concedió el amparo de tutela:

"13. Un escenario distinto de vigencia de la estabilidad laboral reforzada de las personas próximas a pensionarse concurre ante la provisión de cargos por concurso público de méritos. La problemática surge cuando el servidor público próximo a pensionarse ejerce un cargo público en provisionalidad, el cual es ofertado a concurso público de méritos y asignado al aspirante que supera dicho concurso. En ese escenario entran en tensión dos derechos de raigambre constitucional. El primero, que refiere al derecho subjetivo del aspirante a acceder al empleo público por haber superado el concurso público de méritos, que es a la vez el mecanismo preferente y general para el acceso a los empleos del Estado. El segundo, que tiene que ver con la protección de los derechos fundamentales del prepensionado, que se verían intervenidos por el retiro del cargo, lo que lo dejaría en estado de vulnerabilidad económica.

La jurisprudencia de la Corte ha considerado que este asunto no puede resolverse simplemente a través de la opción a favor de alguno de los derechos en conflicto. En contrario, ha planteado la necesidad que en el caso concreto se efectúe un ejercicio de ponderación entre esos derechos, el cual no afecte el núcleo esencial de cada uno de los extremos en cuestión. Para ello ha enfatizado en dos tipos de argumentos centrales: (i) la necesidad que las autoridades del Estado interpreten las normas de forma razonable, proporcionada y compatible con los derechos fundamentales de los afectados; (ii) la obligación que esas mismas autoridades hagan una evaluación objetiva de las circunstancias del caso, diferente a una adjudicación aleatoria, en la cual se determine si es posible proteger concomitantemente los derechos del prepensionado y del aspirante.

14. En cuanto a lo primero, la Corte ha insistido que la interpretación mecánica y aislada de las normas de la carrera administrativa no es acertada, en cuanto puede llegar a afectar derechos constitucionales, que a su vez tienen la misma fundamentación superior que el mérito como mecanismo para el acceso a los empleos del Estado. Esa interpretación razonable implica, necesariamente, que la autoridad debe incluir entre su análisis de la regla legal de la carrera administrativa, todas aquellas variables relacionadas con la vigencia de los derechos fundamentales del aspirante y de quien ejerce el cargo en condición de provisionalidad. Esto con el fin de evitar que una maximización de alguno de estos derechos permita llegar a resultados manifiestamente injustos, entre ellos los que significan la grave afectación de las posiciones jurídicas que la Constitución garantiza a los sujetos de especial protección.

(...)

17. A partir de los precedentes expuestos, se tiene que la Corte ha concluido que (i) la decisión de la Administración de excluir del empleo público a quien lo ejerce en provisionalidad, debido a la necesidad de permitir el ingreso de quien ha superado el concurso de méritos, es una medida constitucionalmente adecuada, pues se sustenta en el carácter preeminente de esa modalidad de provisión de cargos; (ii) sin embargo, la medida no resulta necesaria cuando quien ejerce el empleo en provisionalidad es un sujeto de especial protección constitucional, como sucede con las personas próximas a pensionarse y, a su vez, concurre un margen de maniobra para la Administración en cuanto a la provisión del empleo, en razón de la diferencia entre las plazas ofertadas y aquellas proveídas mediante la lista de elegibles correspondiente; y (iii) una decisión de ese carácter se muestra compatible con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, a la vez que se resulta respetuosa de los derechos fundamentales de dichos sujetos de especial protección.

(...)

Ahora bien, se encuentra que el caso analizado era plenamente factible proteger los derechos de los aspirantes que conformaron la lista de elegibles, a la vez que las garantías constitucionales de la accionante. Esto en razón que los cargos ofertados eran superiores en número a los ciudadanos que integraron la lista. Por ende, como se explicó en los casos precedentes, la Administración tenía plena posibilidad de proveer los cargos para todos los aspirantes y, a su vez, permitir que la actora se mantuviera en el empleo hasta tanto adquiriera su pensión de jubilación. Esto más aún cuando desde 2007 tenía conocimiento que la ciudadana Orozco Lozano estaba próxima a pensionarse." (Negrilla fuera del texto)

87.4 De otro lado, en la sentencia T-156 de 2014¹⁴⁴ la Corte Constitucional reiteró la sentencia T-186 de 2013 y tuteló el derecho de un señor que se desempeñaba en provisionalidad en el despacho del Gobernador de Cundinamarca, el cual fue desvinculado sin tener en cuenta su

condición de prepensionado, debido al nombramiento en periodo de prueba del primero de la lista de elegibles, que se conformó como resultado del concurso de méritos. No obstante, es preciso aclarar que para ese caso en específico, la Secretaría de la Función Pública envió varias comunicaciones al demandante en las cuales le recordaba que en virtud del Decreto 3905 de 2009 y del Acuerdo 121 de 2009, el empleo por él desempeñado sería ofertado por la CNSC, una vez causara su derecho a la pensión de jubilación, atendiendo a su condición de prepensionado.

"3.3. 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, funcionarios que están próximos a pensionarse o funcionarios que padecen discapacidad física, mental, visual o auditiva, ‘concurre 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’.[29]

Si bien estas personas no tienen un derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, pues este debe proveerse por medio de concurso de méritos, si debe otorgárseles un trato preferencial como acción afirmativa,[30] antes de efectuar el nombramiento de quienes ocuparon los primeros puestos en la lista de elegibles del respectivo concurso de méritos, con el fin de garantizar el goce efectivo de sus derechos fundamentales. Ello, en virtud de los mandatos contenidos en los incisos 2º y 3º del artículo 13 Superior, relativos a la adopción de medidas de protección a favor de grupos vulnerables y personas en condición de debilidad manifiesta, y en las cláusulas constitucionales que consagran una protección reforzada para ciertos grupos sociales, tales como las mujeres (art. 43 CP), los niños (art. 44 C.P.), las personas de la tercera edad (art. 46 C.P.) y las personas con discapacidad (art. 47 C.P.). [31]

En esta ocasión debe tenerse en cuenta que el actor es un funcionario público que fue nombrado como provisional en un empleo de carrera, pero además tiene la condición de prepensionado, de conformidad con el artículo 1º del Decreto 3905 de dos mil nueve (2009).

(...)

4.4. Como se observa, el Decreto 3905 de dos mil nueve (2009) y el Acuerdo 121 de dos mil nueve (2009), tienen entre sus finalidades que aquellos empleos que se encuentren ocupados por funcionarios provisionales prepensionados nombrados antes del veinticuatro (24) de septiembre de dos mil cuatro (2004),[35] puedan ser identificados y excluidos del concurso 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.

4.5. Lo expuesto, pone de presente la relevancia constitucional de garantizar una protección especial frente a la estabilidad en el empleo a 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 cuál entren en tensión los derechos al mínimo vital y 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 social¹⁴⁵.

(...)

Los empleos de los funcionarios públicos prepensionados que ocupan cargos de carrera en provisionalidad y fueron nombrados en tales cargos antes del veinticuatro (24) de septiembre de dos mil cuatro (2004), a cuyos titulares a la fecha de expedición del Decreto 3905 de dos mil nueve (2009) les falte tres (3) años o menos para causar el derecho a la pensión de jubilación, no pueden ser ofertados antes de que el funcionario cause su respectivo derecho pensional. Y, en caso de ser ofertado en cumplimiento de lo establecido en este Decreto, su desvinculación no se puede efectuar antes de que este se encuentre en nómina de pensionados. (Negrillas fuera del texto)

87.5 Asimismo, la sentencia T-326 de 2014¹⁴⁶ tuteló los derechos invocados por una señora prepensionada, desvinculada de su cargo en provisionalidad debido al concurso de méritos. Para el efecto, citó la tesis planteada en la sentencia T-186 de 2013, respecto de que la autoridad debe incluir en el análisis de la regla legal de la carrera administrativa, todas aquellas variables relacionadas con la vigencia de los derechos fundamentales del aspirante y de quien ejerce el cargo en condición de provisionalidad.

6.3. La interpretación razonable de las normas sobre carrera administrativa, de conformidad con las posiciones expuestas, se funda en la evaluación de las diversas alternativas de decisión en cada caso concreto, de modo que se llegue a aquella opción que mejor desarrolle los derechos, principios y valores constitucionales, entre ellos los relacionados con la estabilidad laboral reforzada de los sujetos de especial protección y los que se predicen del aspirante que supera satisfactoriamente el concurso público de méritos.

En esta premisa se funda el segundo argumento que ha permitido a la Corte adelantar la ponderación entre derechos antes explicada. De tal modo, se ha considerado que la definición acerca del acceso del ganador del concurso de méritos al empleo público, que en todo caso es un derecho constitucionalmente prevalente, debe definirse de forma que consulte condiciones objetivas y no de manera aleatoria. Esto significa, en concreto, que en aquellas circunstancias en que sea posible garantizar relativamente los derechos de carrera y la estabilidad laboral reforzada, particularmente porque se está ante la pluralidad de cargos, sin que todos ellos hayan sido provistos por el concurso, la autoridad administrativa estará obligada a preferir una solución razonable, basada en la protección simultánea de los derechos constitucionales del aspirante y del prepensionado^[84].

6.4. A partir de las posiciones fijadas por diferentes salas de revisión de tutelas, se puede concluir que (i) la decisión de la Administración de excluir del empleo público a quien lo ejerce en provisionalidad, debido a la necesidad de permitir el ingreso de quien ha superado el concurso de méritos, es una medida constitucionalmente adecuada, pues se sustenta en el carácter preeminente de esa modalidad de provisión de cargos; (ii) sin embargo, la medida no resulta necesaria cuando quien ejerce el empleo en provisionalidad es un sujeto de especial protección constitucional, como sucede con las personas próximas a pensionarse y, a su vez, concurre un margen de maniobra para la Administración en cuanto a la provisión del empleo, en razón de la diferencia entre las plazas ofertadas y aquellas provistas mediante la lista de elegibles correspondiente^[85], y (iii) una decisión en este sentido se muestra compatible con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, a la vez que resulta respetuosa de los derechos fundamentales de dichos sujetos de especial protección. (Negrilla fuera del texto)

88. De acuerdo con la jurisprudencia reseñada en precedencia se advierten dos grupos de decisiones. El primero conformado por la sentencia SU - 446 de 2011 y la C-640 de 2012, en las que se precisa que la administración no vulnera ningún derecho fundamental de personas prepensionadas al desvincularlas de los cargos que ejercían en provisionalidad con ocasión del concurso de méritos, toda vez que no ostentan un derecho a permanecer en el empleo. Sin embargo, este tribunal manifestó que al no preverse mecanismos para garantizar que las personas en esas condiciones fueran las últimas en ser desvinculadas, en caso de existir vacantes disponibles en cargos iguales o equivalentes deberían ser reincorporadas a la provisionalidad. El segundo está integrado por las sentencias T- 186 de 2013, T-156 de 2014 - que aunque contiene un supuesto de hecho distinto a las otras dos sentencias que conforman este grupo, pues se centra en la aplicación del Decreto 3905 de 2009, reitera la regla jurisprudencial invocada en los otros dos casos - y T-326 del 2014, a través de las que se reconoció una vulneración por parte de la Administración de los derechos fundamentales invocados por los accionantes, comoquiera que en esos casos la entidad contaba con un margen de maniobra en cuanto a la provisión de empleo de carrera y en ese sentido, podía garantizar la estabilidad laboral tanto del aspirante como de la persona próxima a pensionarse.

En suma, la Corte ha propendido por una interpretación armónica entre las reglas de la carrera administrativa y los derechos de los servidores públicos próximos a pensionarse que ocupan en provisionalidad un cargo ofertado en un concurso de méritos. En aquellos casos en los que la Administración cuente con un margen de maniobra en la provisión de empleos de carrera, en razón de la diferencia entre las plazas ofertadas y aquellas provistas mediante la correspondiente lista de elegibles, surge la obligación de garantizar la estabilidad laboral tanto del aspirante al concurso como del servidor público prepensionado, sin que exista una preferencia absoluta o incondicionada de los derechos fundamentales de unos sobre los de los otros. No obstante, en aquellos eventos en los que no se posea tal margen de maniobra, la Administración debe generar medios que permitan proteger a las personas en condiciones especiales, como los prepensionados, con el propósito de que sean las últimas en ser desvinculadas de sus cargos, esto, por cuanto no gozan de un derecho indefinido a permanecer en el cargo de carrera.

89. En el asunto objeto de análisis lo procedente es ordenar la reincorporación del señor Sáenz Vidal en provisionalidad, a un cargo con funciones similares o equivalentes al que ocupaba antes de que la persona que ganó el concurso de méritos asumiera el cargo que ostentaba el actor y hasta que aquel adquiera el estatus de pensionado y sea incorporado de manera efectiva en la nómina de los pensionados. Esto solo en caso de existir un cargo disponible en esas condiciones, para la fecha de expedición de la presente sentencia.

Lo anterior, encuentra sustento en los mandatos constitucionales contenidos en los incisos segundo y tercero del artículo 13 superior, relativos a la adopción de medidas de protección en favor de grupos vulnerables y personas en condición de debilidad manifiesta, en la cláusula del artículo 46 que consagra una protección reforzada para las personas de la tercera edad y en el derecho de acceder oportunamente a la administración de justicia. La interpretación conjunta de estas disposiciones, fundamenta el deber al que le es correlativo el derecho antes referido.

En todo caso, la Corte juzga que con el mismo fundamento, la protección a la estabilidad laboral de las personas próximas a pensionarse no requiere de la interposición de la acción de tutela para su reconocimiento, basta con que el prepensionado realice una solicitud a su último empleador dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha de desvinculación, plazo que se considera pertinente, pues corresponde al término del que disponen los servidores públicos para cuestionar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo los actos administrativos de retiro.

90. Así las cosas, esta Sala de Revisión advierte que el Consejo Superior de la Judicatura - la Sala Administrativa y la Unidad Administrativa de la Carrera judicial -, el Consejo Seccional de la Judicatura de Córdoba y la Dirección Ejecutiva Seccional de la Administración Judicial de Montería vulneraron los derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social, a la vida digna, al mínimo vital y al debido proceso del señor Rafael Eduardo Sáenz Vidal, al desvincularlo del cargo de Auxiliar Administrativo Grado 5 con ocasión del concurso de méritos realizado, pese a que fueron avisados en dos oportunidades por el Director Ejecutivo de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Administración Judicial de Montería¹⁴⁷ de la condición de prepensionado del señor Sáenz Vidal, pues como quedó demostrado, para la fecha en que fue retirado del cargo cumplía con los requisitos para ser considerado como tal - tenía 64 años y le faltaban 66 semanas por cotizar -, por tanto es susceptible de aplicarse la estabilidad laboral reforzada. Por consiguiente, la Sala revocará la decisión proferida el 18 de mayo de 2016, por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que confirmó el fallo de primera instancia, y en su lugar tutelará los derechos fundamentales del actor.

Asimismo, ordenará a las entidades demandadas que si al momento de proferirse la presente sentencia existe un cargo vacante con funciones similares o equivalentes a las que desarrollaba el señor Rafael Eduardo Sáenz Vidal antes de la fecha en la que fue desvinculado del cargo de Auxiliar Administrativo Grado 5, proceda a su reincorporación y el pago de los salarios y aportes dejados de cotizar, hasta que el señor Saénz Vidal adquiera de manera definitiva su estatus pensional y sea incorporado en la nómina de pensionados. Ello, naturalmente, sin perjuicio de la asignación de los cargos cuando se adelantan los correspondientes concursos de méritos.

G. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

91. En esta oportunidad la Corte examinó cuatro casos de funcionarios públicos desvinculados que solicitaban el amparo de la estabilidad laboral reforzada debido a su condición de prepensionados y, consecuentemente, su reintegro.

91.1 El primero correspondía a un señor de 61 años, padre de tres hijos, que actualmente cuenta con el apoyo económico de su cónyuge para solventar los gastos familiares, es propietario con aquella del inmueble en el que residen y debido a la ocupación laboral de su cónyuge tiene acceso al servicio de salud en el régimen contributivo.

91.2 El segundo atañe a una señora de 56 años, madre de una hija, cuyos gastos familiares son solventados con ayuda de su cónyuge y de lo que actualmente genera, a través de la venta de sus preparaciones culinarias. Además, con su cónyuge es propietaria del inmueble en el que residen.

91.3 El tercer caso se refiere a una señora 61 años, que afirma que tanto su hija de 23 años como su madre de 90 años dependen económicamente de ella, y que el inmueble en el que habitan no es de su propiedad. No obstante, se encuentra demostrado en el expediente que (i) retiró \$32.850.592 por concepto de cesantías definitivas, (ii) de acuerdo con la declaración juramentada de bienes y rentas sus ingresos en el año 2015 ascendían a \$107.516.577¹⁴⁸ y (iii) es propietaria de un vehículo valuado en \$48.000.000¹⁴⁹.

91.4 El cuarto caso corresponde a un señor de 65 años, del que depende económicamente su compañera permanente, cuya única fuente de ingresos la constituía su vínculo laboral, lo que ha generado que deba vivir de la beneficencia de sus ex compañeros de trabajo, amigos y familiares, aunado al hecho de que no cuenta con la propiedad del inmueble en el que reside.

92. Como resultado de las sub-reglas jurisprudenciales analizadas en la parte motiva de esta providencia, observa la Sala lo siguiente:

- a) Los servidores públicos próximos a pensionarse igual que cualquier otro servidor público, en principio, no pueden acudir a la acción de tutela para discutir los actos administrativos de desvinculación. Sin embargo, de evidenciarse que con tal decisión la administración genera la ocurrencia de un perjuicio irremediable, se activa la competencia del juez constitucional de manera transitoria.
- b) Procede la acción de tutela como mecanismo definitivo cuando el juez evidencie que el prepensionado que pretende su estabilidad laboral se encuentra en una precaria situación, generada por el retiro de su lugar de trabajo. Someter a las personas, en tales condiciones, a un procedimiento que podría durar un tiempo considerable, tornaría ineficaz la protección de los derechos fundamentales invocados por éste; un ejemplo de ello puede advertirse en los eventos en los que el juez de tutela advierta una afectación al mínimo vital del prepensionado.
- c) El retén social en el caso de los prepensionados, es un régimen de protección diseñado por el legislador, cuyo fin es proteger, en los procesos de renovación o modernización de la Administración Pública - fusión, restructuración o liquidación -, así como en los procesos de reforma institucional, a los servidores públicos próximos a pensionarse - a las personas que desde el momento en el que se determine la real y efectiva supresión del cargo les falte no más de tres años para cumplir las exigencias requeridas y así consolidar su derecho pensional. Cuando se cumplen tales supuestos no podrán ser desvinculados, salvo que medie una justa causa para su desvinculación. Pero, de advertirse que la razón por la que fueron apartados del cargo, ataña a aquello que justifica esta protección laboral reforzada, tales funcionarios deberán ser reintegrados a su cargo o continuar el pago de los aportes al correspondiente fondo de pensiones hasta el momento en que se reconozca la pensión vejez, o se dé el último acto de liquidación de la entidad, lo que ocurra primero.
- d) La estabilidad laboral reforzada para las personas próximas a pensionarse es un mecanismo de origen constitucional, distinto del retén social que garantiza la protección de los derechos fundamentales de aquellos funcionarios nombrados en propiedad o provisionalidad, que fueron desvinculados de su lugar de trabajo faltándoles 3 años o menos para cumplir los requisitos, edad y tiempo de servicio o semanas cotizadas, para adquirir el derecho pensional y sin que existiese justa causa que amerite tal desvinculación. En este orden de ideas, procede la protección del mínimo vital, a través del reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada para las personas próximas a pensionarse, a fin de que sean reincorporados a su ocupación hasta que se les reconozca y pague su mesada pensional. Contrario a ello, quien solo cumpla con uno de los requisitos en ese lapso de tiempo no podrá ser considerado como prepensionado. En todo caso, el examen en sede de tutela de estas hipótesis exige un estricto examen de subsidiariedad.
- e) La Corte ha propendido por una interpretación armónica entre las reglas de la carrera administrativa y los derechos de los servidores públicos próximos a pensionarse que ocupan en provisionalidad un cargo ofertado en un concurso de méritos, de manera que en aquellos casos en los que la Administración cuente con un margen de maniobra en la provisión de empleos en razón de la diferencia entre las plazas ofertadas y aquellas provistas mediante la lista de elegibles correspondiente, surge la obligación de garantizar la estabilidad laboral tanto del aspirante al concurso como del servidor público prepensionado, sin que exista una preferencia absoluta o incondicionada de los derechos fundamentales de unos sobre los de los otros.
- f) En aquellos eventos en los que la Administración no posea margen de maniobra, debe generar medios que permitan proteger a las personas en condiciones especiales, como los prepensionados, con el propósito de que sean las últimas en ser desvinculadas de sus cargos, esto, por cuanto no gozan de un derecho indefinido a permanecer en el cargo de carrera.
- g) Sin perjuicio de lo anterior y con fundamento en los artículos 13, 46 y 229 de la Constitución procede la reincorporación en provisionalidad de los servidores públicos próximos a pensionarse, a un cargo con funciones similares o equivalentes al que ocupaban antes de que la persona que ganó el concurso de méritos asumiera ese cargo y hasta que aquel adquiera el estatus de pensionado y sea incorporado de manera efectiva en la nómina de los pensionados, solo en caso de existir un cargo vacante en esas condiciones, para la fecha de expedición de la sentencia de tutela. Ello, naturalmente, sin perjuicio de la asignación de los cargos cuando se adelantan los correspondientes concursos de méritos.
93. La Corte constató que en los tres primeros casos, considerando las circunstancias particulares de los tres accionantes, no se encontraban probados los elementos que permiten declarar la existencia de un perjuicio irremediable a efectos de hacer procedente la acción de tutela. Igualmente, la Sala advirtió que en el caso de la accionante del tercer caso ejerce una profesión liberal y por tanto, para desempeñarse en la misma puede hacerlo de manera independiente, sin necesidad de que para su pleno desarrollo medie un contrato de trabajo, por lo que su derecho al trabajo no se ve supeditado a una sola modalidad contractual, en lugar de ello, permite cualquier tipo de relación, ya sea civil, comercial o laboral.

Contrario a lo anterior, en el cuarto caso concluyó que la acción de tutela sí era procedente en tanto el accionante se encontraba en una difícil situación económica generada por la desvinculación cuestionada. Ello se explica en su avanzada edad y en el hecho de que no dispone en la actualidad de otra fuente de ingresos que le permita satisfacer sus necesidades básicas. Además, advirtió que cumplía los requisitos para ser calificado como prepensionado y, en virtud de ello, dispuso conceder el amparo.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- CONFIRMAR las decisiones judiciales proferidas al interior de los expedientes T-5.556.251, T-5.633.567 y T-5.647.394 acorde con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

Segundo.- REVOCAR las decisiones judiciales proferidas al interior del expediente T-5.637.118 y en su lugar tutela los derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social, a la vida digna, al mínimo vital y al debido proceso del señor Rafael Eduardo Sáenz Vidal.

Tercero.- ORDENAR al Consejo Superior de la Judicatura – Sala Administrativa y a la Unidad Administrativa de la Carrera judicial –, el Consejo Seccional de la Judicatura de Córdoba y la Dirección Ejecutiva Seccional de la Administración Judicial de Montería que si al momento de proferirse la presente decisión existe un cargo vacante con funciones similares o equivalentes a las que desarrollaba el señor Rafael Eduardo Sáenz Vidal antes de la fecha en la que fue desvinculado del cargo de Auxiliar Administrativo Grado 5, proceda a su reincorporación y el pago de los salarios y aportes dejados de cotizar, hasta que adquiera de manera definitiva su estatus pensional y sea incorporado en la nómina de pensionados. Ello, naturalmente, sin perjuicio de la asignación de los cargos cuando se adelantan los correspondientes concursos de méritos.

Por Secretaría General, LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE, CÚMPLASE E INSÉRTESE EN LA GACETA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaría General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

A LA SENTENCIA T-595/16

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE DESVINCULAN A EMPLEADOS PUBLICOS DE SUS CARGOS-Improcedencia por incumplirse el requisito de subsidiariedad por cuanto los accionantes cuentan con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho
(Salvamento parcial de voto)

Referencia: Expedientes AC T-5.556.251, T-5.633.567, T-5.647.394 y T-5.637.118

Acción de tutela promovida Bernardo Antonio González Vélez contra la Alcaldía Mayor de Bogotá, -Secretaría General; Olga Lucía Grisales Zapata contra el Municipio de Barbosa -Antioquía: Yolanda Acosta Manzano contra el Instituto Financiero del Valle -INFIVALLE-, Rafael Eduardo Sanz Vidal contra el Consejo Superior de la Judicatura, -Sala Administrativa de Carrera Judicial, Consejo Seccional de la Judicatura de Córdoba y Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Montería.

Magistrado Ponente:

Alejandro Linares Cantillo

Con el acostumbrado respeto, me permito explicar mi discrepancia con el criterio mayoritario esbozado por la Sala en los expedientes T.5.556.251, T-5.637.118 y T-5.647.394, según el cual los demandantes no cumplieron con el requisito de subsidiariedad. Ajuicio de la mayoría, quienes solicitan el amparo, ante la ausencia de un perjuicio irremediable, debieron acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, mecanismo idóneo y adecuado a efectos de solicitar el reintegro. En esa medida, señaló la sentencia que: "procede la acción de tutela cuando el juez evidencie que el pre pensionado que pretende su estabilidad laboral se encuentra en una precaria situación generada por el retiro de su lugar de trabajo" (...) un ejemplo de ello puede advertirse en los eventos en los que el juez de tutela advierta una afectación al mínimo vital del pensionado"

Debo iniciar por reiterar que el precedente de la Corte ha establecido que el concepto de mínimo vital, de acuerdo con la jurisprudencia, debe ser evaluado desde el punto de vista de la satisfacción de las necesidades mínimas del individuo, razón por la cual es necesario realizar un examen de las circunstancias de cada caso concreto y realizar un análisis más cualitativo que cuantitativo¹⁵⁰

Es así como estimo que en el estudio de los casos concretos, se debió realizar una valoración que tomara en cuenta, de manera cualitativa, la necesidad de cada accionante, en cuanto a verificar que cada quien debe vivir de acuerdo al status adquirido durante su vida, advirtiendo además, que son personas a quienes les resulta difícil acceder al mercado laboral por razón de su edad, y a quienes les falta poco tiempo para acceder a la pensión de vejez. Dichos elementos de juicio imponen criterios distintos a efectos de analizar el derecho fundamental al mínimo vital.

Ahora, no cabe duda que los accionantes cuentan con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y, por consiguiente, con la solicitud de medidas cautelares que consagra la Ley 1437 de 2011, sin embargo, la efectividad de esta última se ha cuestionado en sede de tutela¹⁵¹ de tal manera que es difícil establecer con certeza el impacto y el grado de eficacia e idoneidad de dichos instrumentos judiciales para la protección de

derechos fundamentales como el trabajo y el mínimo vital. Además de lo anterior, el precedente de la Corporación ha señalado que la estabilidad laboral de los servidores públicos es diferente, y no puede aplicarse el mismo examen de subsidiariedad. Si bien en algunos casos los actores han recibido sumas considerables por concepto de prestaciones sociales, estas podrían suplir sus necesidades económicas por un lapso de tiempo, pero, seguramente, esto no alcanzaría en muchos casos a cubrir las obligaciones y necesidades durante el tiempo que necesitan para obtener la pensión de vejez. La extensión inusual de los procesos ordinarios o contenciosos, sitúa a las personas en una espera, que si bien, de manera inmediata, no afecta su derecho fundamental del mínimo vital, el paso del tiempo que trascurre mientras existe un pronunciamiento judicial, sí podría acarrear perjuicio irremediable¹⁵².

Vistas así las cosas, no comparto que en los asuntos bajo examen se hubiere declarado improcedente la acción de tutela, pues estimo que el estudio de los casos concretos, debió tener en cuenta el precedente de la Corporación en lo que tiene que ver con el derecho fundamental del mínimo vital.

Fecha ut supra,

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

¹ Folio 1 - 7 cuaderno No. 1., expediente T-5.556.251.

² Folio 63 cuaderno No. 1., expediente T-5.556.251. Se advierte la Resolución No. 110 del 7 de marzo de 2012, expedida por la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá, mediante la cual se nombró al señor Bernardo Antonio González Vélez en el cargo de Subdirector Técnico Código 068, grado 05 de la Subdirección de Seguimiento a la Gestión de Inspección Vigilancia y Control, de la Dirección Distrital de Servicio al Ciudadano.

³ Ver folio 65 cuaderno No. 1., expediente T-5.556.251, consta acta de posesión No. 120, en la que el señor Bernardo Antonio González Vélez se posesionó en el cargo de Subdirector de Inspección, Vigilancia y Control de Personas Jurídicas sin Ánimo de Lucro de la Alcaldía Mayor de Bogotá.

⁴ Folio 10 cuaderno No. 1., expediente T-5.556.251. En tal escrito se advierte como fecha de presentación, el 31 de diciembre de 2015.

⁵ Folio 1 (anverso) cuaderno No. 1., expediente T-5.556.251.

⁶ Folio 8 cuaderno No. 1., expediente T-5.556.251.

⁷ Folio 11 cuaderno No. 1., expediente T-5.556.251.

⁸ Folio 13 - 15 cuaderno No. 1., expediente T-5.556.251.

⁹ Acorde con la cédula de ciudadanía visible a folio 9 del cuaderno No. 1, del Expediente T-5.556.251, el demandante nació el 20 de agosto de 1955, es decir, que actualmente tiene 61 años.

¹⁰ Folio 27 – 32 cuaderno No. 1., expediente T-5.556.251, se advierte historia laboral del señor Bernardo Antonio González Vélez, certificada por PORVENIR (régimen de ahorro individual con solidaridad).

¹¹ Folio 54 – 68 cuaderno No. 1., expediente T-5.556.251.

¹² Folio 69 – 72 cuaderno No. 1., expediente T-5.556.251.

¹³ Folio 79 – 88 cuaderno No. 1., expediente T-5.556.251.

¹⁴ Folio 97 – 105 cuaderno No. 1., expediente T-5.556.251.

¹⁵ Folio 126 – 137 cuaderno No. 1., expediente T-5.556.251.

¹⁶ Folio 23 cuaderno principal.

¹⁷ Folio 32 cuaderno principal.

¹⁸ Según balance general visible a folio 35 cuaderno principal, presentado por el contador del accionante, el valor de sus pasivos es de \$38.879.083 y el de su patrimonio es de \$76.002.917.

¹⁹ Folio 33 – 34 cuaderno principal.

²⁰ Folio 40 – 41 cuaderno principal.

²¹ Folio 3 – 5 cuaderno principal expediente T-5.556.251.

²² Folio 1 – 7 cuaderno No. 1., expediente 5.633.567.

²³ Folio 8 – 9 cuaderno No. 1., expediente 5.633.567. Se advierte Decreto No. 076 del 26 de marzo de 2012, por medio del cual el Alcalde Municipal de Barbosa – Antioquia nombra a la señora Olga Lucía Grisales Zapata en el cargo de Auxiliar Administrativa Almacén nivel asistencial, adscrita a la Secretaría General y de Gobierno. Así mismo, se observa acta de posesión de la misma fecha.

²⁴ Folio 10 cuaderno No. 1., expediente 5.633.567.

²⁵ Folio 11 cuaderno No. 1., expediente 5.633.567.

²⁶ Folio 15 cuaderno No. 1., expediente 5.633.567. Obra la cédula de ciudadanía de la demandante, en la que consta como fecha de nacimiento el 24 de mayo de 1960, es decir, que actualmente tiene 56 años.

²⁷ Folio 16 – 28 cuaderno No. 1., expediente 5.633.567. Acorde con el resumen de la cuenta individual suministrada por Protección Pensiones y Cesantías.

²⁸ Folio 35 cuaderno No. 1., expediente 5.633.567, obra interrogatorio de parte, recepcionado por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal con Función de Control de Garantías de Barbosa, en el que la señora Grisales Zapata informó que a la fecha no cuenta con otra vinculación laboral y que su esposo desde hace más de 10 años que no realiza ninguna actividad laboral.

²⁹ Folio 33 – 34 cuaderno No. 1., expediente 5.633.567.

³⁰ Folio 36 – 42 cuaderno No. 1., expediente 5.633.567.

³¹ Folio 45 – 49 cuaderno No. 1., expediente 5.633.567.

³² Folio 52 – 54 cuaderno No. 1., expediente 5.633.567.

³³ Folio 23 cuaderno principal.

³⁴ Folio 45 – 46 cuaderno principal, se encuentra el folio de matrícula inmobiliaria No. 012-30236, en el que se precisa que el inmueble es propiedad de la accionante y su cónyuge, sin que tal predio este afectado por ningún tipo de garantía. Sin embargo, se encuentra gravado por valorización.

³⁵ Folio 42 – 44 cuaderno principal.

³⁶ Folio 7 cuaderno No. 1., expediente T- 5.647.394.

³⁷ Folio 1 – 6 cuaderno No. 1., expediente T- 5.647.394.

³⁸ Folio 18 cuaderno No. 1., expediente T- 5.647.394. Además, ver folio 77 del mismo cuaderno, en el que INFIVALLE certifica que el cargo ostentado por la actora era de libre nombramiento y remoción.

³⁹ Folio 8 cuaderno No. 1., expediente T- 5.647.394. Se advierte número de radicado ante COLPENSIONES.

⁴⁰ Folio 17 cuaderno No. 1., expediente T- 5.647.394.

⁴¹ Folio 94 – 95 cuaderno principal. Respecto del régimen de transición solicitado por la actora, COLPENSIONES precisó: “si bien la asegurada cuenta con la edad requerida para acceder a la pensión de vejez, no acredita 20 años continuos o discontinuos de servicios públicos, razón por la cual no es procedente el reconocimiento de la pensión de vejez, en virtud de la Ley 33 de 1985.

⁴² Folio 10 cuaderno No. 1., expediente T- 5.647.394. se advierte “notificación de resolución que resuelve una solicitud de prestaciones económicas”.

⁴³ Folio 89 – 90 cuaderno principal.

⁴⁴ Folio 11 cuaderno No. 1., expediente T- 5.647.394. . se advierte “notificación de resolución que resuelve una solicitud de prestaciones económicas”.

⁴⁵ Folio 34 – 35 cuaderno No. 1., expediente T- 5.647.394. Se observa auto admisorio de la demanda presentada por la actora contra COLPENSIONES.

⁴⁶ Folio 14 cuaderno No. 1., expediente T- 5.647.394.

⁴⁷ Folio 13 14 cuaderno No. 1., expediente T- 5.647.394.

⁴⁸ Folio 9 cuaderno No. 1., expediente T- 5.647.394. Se advierte, la cédula de ciudadanía de la señora Acosta Manzano, en la que consta que su fecha de nacimiento es el 25 de octubre de 1955.

⁴⁹ Folio 15, obra contrato de arrendamiento con un canon por valor de \$1.403.587. Igualmente, a folios 20 a 23 se advierten los extractos de las tarjetas de crédito de la señora Yolanda Acosta Manzano y a folios 24 a 26 se observan copias de los servicios públicos cancelados en el mes de diciembre de 2015. Así mismo, a folio 19 presentó copia de la matrícula que pagó en la Escuela Nacional del Deporte, por la educación superior de su hija María Juliana Vernaza Acosta. (Los folios pertenecen al cuaderno No. 1., expediente T- 5.647.394).

⁵⁰ Folio 48 – 76 cuaderno No. 1., expediente T- 5.647.394.

⁵¹ El 29 de enero de 2016, El Juzgado Octavo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali profirió sentencia de primera instancia, en el sentido de amparar de manera transitoria los derechos fundamentales alegados por la actora, dado que era un sujeto de especial protección por su edad, estatus de prepensionada y por ser madre cabeza de familia. Posteriormente, el 3 de marzo de 2016, la Sala de Decisión Constitucional del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali declaró la nulidad de todo lo actuado, ya que no se vinculó como tercera con interés legítimo en el proceso a la señora María del Socorro Rincón Beltrán. Ver folios 82 - 98 y 136 – 143 del cuaderno No. 1., expediente T- 5.647.394.

⁵² Folio 217 – 228 cuaderno No. 2., expediente T- 5.647.394.

⁵³ Folio 234 – 249 cuaderno No. 2., expediente T- 5.647.394.

⁵⁴ Folio 279 – 306 cuaderno No. 2., expediente T- 5.647.394.

⁵⁵ A folio 84 del cuaderno principal obra el registro civil de nacimiento de la señora Yolanda Acosta Manzano, en el que consta que su madre es la señora Paulina Manzano Montoya. Igualmente, a folio 86 del cuaderno principal se encuentra visible la cédula de ciudadanía de la señora Paulina Manzano Montoya, cuya fecha de nacimiento fue el 25 de diciembre de 1925.

⁵⁶ Folio 81 cuaderno principal se advierte registro civil de nacimiento de María Juliana Vernaza Acosta, en el que consta que su madre es la señora Yolanda Acosta Manzano. Igualmente, obra a folio 82 del cuaderno principal la cédula de ciudadanía de María Juliana Vernaza, cuya fecha de nacimiento es el 19 de octubre de 1992.

⁵⁷ Folio 75 del cuaderno principal, obra autorización de retiro de cesantías, expedida por PORVENIR, por un valor de \$32.850.592.

⁵⁸ Folio 72 - 74 cuaderno principal. Además ver folio 80 del cuaderno principal, obra declaración juramentada de la actora, mediante la cual declara que a la fecha no recibe ninguna remuneración de índole laboral, ni reta por trabajo o actividad dependiente.

⁵⁹ Folio 14 cuaderno No. 1., expediente T- 5.637.118.

⁶⁰ Folio 1 - 13 cuaderno No. 1., expediente T- 5.637.118.

⁶¹ Folio 17 cuaderno No. 1., expediente T- 5.637.118. Se advierte acta de posesión del señor Rafael Sáenz Vidal, al cargo de Auxiliar de Servicios Generales Grado 3 de la Dirección Seccional de Administración Judicial de Montería.

⁶² Folio 18 cuaderno No. 1., expediente T- 5.637.118. Se advierte acta de posesión del señor Rafael Sáenz Vidal, al cargo de Auxiliar Administrativo Grado 5 de la Dirección Seccional de Administración Judicial de Montería.

⁶³ Folio 19 - 27 cuaderno No. 1., expediente T- 5.637.118. Se observa el Acuerdo No. 161 de 2009, mediante el cual el Consejo Seccional de la Judicatura de Córdoba – Sala Administrativa “convoca a concurso de méritos destinado a la conformación del Registro Seccional de Elegibles para los cargos de empleados de carrera del Consejo Seccional de la Judicatura y Dirección Seccional de Administración Judicial del distrito judicial de Montería”.

⁶⁴ Folio 28 cuaderno No. 1., expediente T- 5.637.118. Obra el oficio DESAJ NO. 306.

⁶⁵ Folio 29 cuaderno No. 1., expediente T- 5.637.118. Se advierte el oficio DESAJ No. 0456.

⁶⁶ Folio 30 - 31 cuaderno No. 1., expediente T- 5.637.118.

⁶⁷ Acorde con lo señalado en la demanda por el señor Sáenz Vida y en la petición formulada por el actor a la entidad accionada: “*lo anterior se produjo sin existir acto administrativo alguno por medio del cual me desvincularan de mis labores, es decir, no me notificaron absolutamente ninguna decisión que proviniera de la administración*”. Folios 2 y 41 cuaderno No. 1., expediente T- 5.637.118.

⁶⁸ Folio 40 - 42 cuaderno No. 1., expediente T- 5.637.118.

⁶⁹ Folio 43 - 44 cuaderno No. 1., expediente T- 5.637.118. La Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Montería también informó que el cargo había sido ocupado en propiedad por la señora Shirley Cristina Castro Castro.

⁷⁰ Folio 16 cuaderno No. 1., expediente T- 5.637.118, se advierte certificado expedido por la Coordinadora del Área de talento humano de la Dirección Ejecutiva seccional de Administración Judicial de Montería, en la que consta que el demandante laboró en la rama judicial en provisionalidad, dese el 5 de julio de 1991 hasta el 31 de diciembre de 2015.

⁷¹ Acorde con la cédula de ciudadanía que obra a folio 15 del cuaderno No. 1., expediente T- 5.637.118, el actor nacio el 30 de septiembre de 1951, es decir, que actualmente tiene 65 años.

⁷² Folio 82 - 84 cuaderno No. 1., expediente T- 5.637.118.

⁷³ Folio 87 - 88 cuaderno No. 1., expediente T- 5.637.118.

⁷⁴ Folio 92 - 97 cuaderno No. 1., expediente T- 5.637.118.

⁷⁵ Folio 71 cuaderno No. 1., expediente T- 5.637.118.

⁷⁶ Folio 69 - 70 cuaderno No. 1., expediente T- 5.637.118.

⁷⁷ Folio 77 cuaderno No. 1., expediente T- 5.637.118.

⁷⁸ Folio 118 - 125 cuaderno No. 1., expediente T- 5.637.118.

⁷⁹ Folio 133 - 136 cuaderno No. 1., expediente T- 5.637.118.

⁸⁰ Folio 10 - 14 cuaderno No. 2., expediente T- 5.637.118.

⁸¹ Folio 23 - 24 cuaderno principal.

⁸² Folio 60 - 71 cuaderno principal.

⁸³ Folio 55 - 59 cuaderno principal.

⁸⁴ Ver sentencia C-378 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. En esa ocasión la Corte Constitucional estudió la demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 3º (parcial) del artículo 42 del Decreto Ley 2591 de 1991, “*por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política*” y al respecto señaló: “*Son tres las hipótesis previstas por el Constituyente respecto de la procedencia de la acción de tutela en el caso de acciones u omisiones de particulares, a saber: a) Cuando el particular presta un servicio público; b) Cuando la conducta del particular afecta grave y directamente el interés colectivo; y c) Cuando el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión frente al particular.*” (Destaca la Sala).

⁸⁵ Ver sentencias T-1013 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-584 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y T- 332 de 2015, M.P. Alberto Rojas Ríos, entre otras.

⁸⁶ Folio 50 cuaderno No. 1, expediente T-5.556.251.

⁸⁷ Folio 8 cuaderno No. 1, expediente T-5.556.251.

⁸⁸ Folio 29 cuaderno No. 1, expediente T-5.633.567.

⁸⁹ Folio 10 cuaderno No. 1, expediente T-5.633.567.

⁹⁰ Folio 27 cuaderno No. 1, expediente T-5.647.394.

⁹¹ Folio 14 cuaderno No. 1, expediente T-5.647.394.

⁹² Folio 13 cuanderno No. 1., expediente T-5.647.394.

⁹³ Folio 13 y 68 cuaderno No. 1, expediente T-5.367.118.

⁹⁴ Folio 43 - 44 cuaderno No. 1, expediente T-5.367.118.

⁹⁵ Ver sentencia T-225 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. En esa ocasión la Corte Constitucional determinó los criterios que definen la figura del perjuicio irremediable.

⁹⁶ M.P. Mauricio González Cuervo.

⁹⁷ M.P. María Victoria Calle Correa.

⁹⁸ La cita corresponde al texto original de la sentencia T-186 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁹⁹ María Victoria Calle Correa.

¹⁰⁰ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁰¹ M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. En tal decisión se señaló: “(...) la Corte ha admitido la procedencia excepcional del amparo constitucional cuando se pretende el reintegro de un servidor público que ha sido desvinculado de su cargo, si se advierte en el caso concreto la vulneración de sus derechos fundamentales, evidenciando además, la ocurrencia de un perjuicio irremediable; ya que se considera que en estos eventos los medios de control de los actos administrativos no proporciona un mecanismo de protección idóneo y eficiente a los derechos conculcados. (...)”.

¹⁰² Las notas al pie dentro del texto transcrita, corresponde a las citas originales de la citada sentencia T-972 de 2014.

¹⁰³ M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹⁰⁴ Ver T- 376 de 2016, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

¹⁰⁵ Los pie de página citados al interior del texto, pertenecen la sentencia T-376 del 2016.

¹⁰⁶ Folio 36 del cuaderno principal.

¹⁰⁷ Ver numeral 25.

¹⁰⁸ Ver folio 77 del cuaderno principal. La declaración juramentada es de fecha 21 abril de 2016.

¹⁰⁹ Ibídem.

¹¹⁰ Ver página web de INFIVALLE <http://www.infivalle.gov.co/portal/virtual/config/img/files/540.pdf>.

¹¹¹ Acorde con la información suministrada por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Cali, visible a folio 104 del cuaderno principal, el proceso formulado por la señora Yolanda Acosa Manzano contra Colpensiones actualmente se encuentra pendiente de realizar la audiencia obligatoria de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio, programada para el día 8 de noviembre de 2016, a las 10:30 am.

¹¹² Artículo 1º. *Objeto.* La presente ley tiene por objeto renovar y modernizar la estructura de la rama ejecutiva del orden nacional, con la finalidad de garantizar, dentro de un marco de sostenibilidad financiera de la Nación, un adecuado cumplimiento de los Fines del Estado con celeridad e inmediación en la atención de las necesidades de los ciudadanos, conforme a los principios establecidos en el artículo 209 de la C.N. y desarrollados en la Ley 489 de 1998. (...).

¹¹³ Cabe destacar, que a través sentencia C-044 del 2004, M.P. Jaime Araujo Rentería, se analizó la constitucionalidad del aparte referido a las madres cabeza de familia y se decidió su exequibilidad en el sentido de indicar que también se refería a los padres cabeza de familia.

¹¹⁴ M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹¹⁵ M.P. Jaime Araujo Rentería.

¹¹⁶ La cita al pie, corresponde al texto original de la sentencia T-768 de 2005, antes referida.

¹¹⁷ M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Reiterada en la sentencia T-128 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹¹⁸ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹¹⁹ Artículo 8º. Plazo. Dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha en que asuma sus funciones, el liquidador elaborará un programa de supresión de cargos, determinando el personal que por la naturaleza de las funciones desarrolladas debe acompañar el proceso de liquidación.

No obstante, al vencimiento del término de liquidación quedarán automáticamente suprimidos los cargos existentes y terminarán las relaciones laborales de acuerdo con el respectivo régimen legal aplicable.

¹²⁰ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹²¹ M.P. Alexei Julio Estrada.

¹²² PRAP: Plan de Renovación de la Administración Pública.

¹²³ M.P. María Victoria Calle Correa.

¹²⁴ Corresponde al pie de página citado en la sentencia SU-377 de 2014.

¹²⁵ Ibídem.

¹²⁶ Ver punto 71.3.

¹²⁷ Las notas de pie visibles en el texto corresponden a las citas realizadas en la sentencia C-795 de 2009.

¹²⁸ M.P. Luis Ernesto Vargas.

¹²⁹ M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹³⁰ No puede tomarse como causal de desvinculación válida la edad de retiro forzoso sin antes verificar que el funcionario hubiese cumplido con todos los requisitos para adquirir el estatus de pensionado. En consecuencia, en estos eventos la estabilidad laboral reforzada de los prepensionados, también se activa. Al respecto ver sentencia T-376 de 2016, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

¹³¹ Mediante sentencia C-789 del 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil, la Corte declaró la constitucionalidad condicionada de los incisos 4 y 5 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en el sentido de aclarar que la pérdida del régimen de transición, por la escogencia del régimen de ahorro individual o su traslado a él solo se aplica a los grupos de trabajadores: (i) mujeres mayores de treinta y cinco años y (ii) hombres mayores de 40 años; no así, a las personas que contaba con quince años de servicios para el 1 de abril de 1994.

"A su vez, como se desprende del texto del inciso 4º, este requisito para mantenerse dentro del régimen de transición se les aplica a las dos primeras categorías de personas; es decir, a las mujeres mayores de treinta y cinco y a los hombres mayores de cuarenta. Por el contrario, ni el inciso 4º, ni el inciso 5º se refieren a la tercera categoría de trabajadores, es decir, quienes contaban para la fecha (1º de abril de 1994) con quince años de servicios cotizados. Estas personas no quedan expresamente excluidos del régimen de transición al trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme al inciso 4º, y por supuesto, tampoco quedan excluidos quienes se trasladaron al régimen de prima media, y posteriormente regresan al de ahorro individual, conforme al inciso 5º." (Negrilla fuera del texto).

¹³² Folio 15 del cuaderno No. 1., expediente T- 5.637.118.

¹³³ Folio 62 del cuaderno principal. Porvenir señala que el señor cotizó en el régimen de prima media con prestación definida del 7 de julio de 1991 al 30 de marzo de 1996.

¹³⁴ Folio 64 – 71 del cuaderno principal.

¹³⁵ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. En esa ocasión, la Corte reconoció que el actor preservó su derecho a pensionarse ya que era beneficiario del régimen de transición porque a la entrada en vigencia de la Ley 100 del 1993 tenía 15 años de servicios cotizados.

¹³⁶ Ver folio 17 del cuaderno No. 1., expediente T - 5.637.118. El acta de posesión fue suscrita el día 8 de julio de 1991.

¹³⁷ Folio 18 del cuaderno No. 1., expediente T - 5.637.118. El acta de posesión fue suscrita el día 17 de mayo de 1999.

¹³⁸ Folio 16 del cuaderno No. 1., expediente T - 5.637.118. Se señaló que el señor Rafael Eduardo Sáenz Vidal laboró en provisionalidad para la rama judicial desde el 5 de julio de 1991 hasta el 31 de diciembre de 2015.

¹³⁹ Folio 62 del cuaderno principal, se advierte en la columna de “Historia Laboral recordada por el afiliado en proceso de reconstrucción”, lo siguiente:

Periodo Inicial Periodo Final Días

Día/Mes/Año Día/Mes/Año Cotizados

07/07/1991 30/03/1994 998

01/04/1994 30/03/1994 730

¹⁴⁰ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁴¹ M.P. María Victoria Calle Correa.

¹⁴² Las citas pertenecen al texto original de la sentencia C-640 de 2012.

¹⁴³ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁴⁴ M.P. María Victoria Calle Correa.

¹⁴⁵ Las citas al interior del texto corresponden al escrito original de la sentencia T-156 de 2014.

¹⁴⁶ M.P. María Victoria Calle Correa.

¹⁴⁷ Folio 28 y 29 del cuaderno No. 1., expediente T- 5.637.118. Obra el oficio DESAJ NO. 306 y oficio DESAJ No. 0456, respectivamente.

¹⁴⁸ Ver folio 77 del cuaderno principal. La declaración juramentada es de fecha 21 abril de 2016.

¹⁴⁹ Ibídem.

150 T-581A de 2011 y T-184 de 2009

151 T-326 de 2014

152 T-223 de 2014

Fecha y hora de creación: 2026-01-30 10:56:51