

421
Servicios Postales
Nacionales S.A.
31 900 002817
010 26 036 A 05
Línea No. 01 8000 111 210

REMITENTE
Nombre/Razón Social:
CONSEJO SUPERIOR DE LA
JUDICATURA - Tribunal Superior
Sala Penal
Dirección: Calle 19 No. 23 - 00
Palacio de Justicia Bloque III Piso 5
Ciudad: PASTO

**TRIBUNAL SUPERIOR DE PASTO
SALA PENAL**

CSUPER-EXTER
08 JUN 2017 15:07

Departamento: NARIÑO Oficio SSP - 2100
Código Postal: an Juan de Pasto, 01 de junio de 2017
Envío: RN769957784CO

DESTINATARIO
Nombre/Razón Social:
CONSEJO SUPERIOR DE LA
JUDICATURA -
Dirección: CALLE 12 NO. 7 - 65
PALACIO DE JUSTICIA
Ciudad: BOGOTÁ D.C.

Señores:
CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA-CENTRO DE
DOCUMENTACION SOCIO-JURIDICA DE LA RAMA JUDICIAL
Email: info@cen DOJ.ramajudicial.gov.co
Calle 12 No. 7 - 65 Telefax: 5658500 Ext. 4299 Confirmar: Ext. 4006
Bogotá D.C.

Departamento: BOGOTÁ D.C.
Código Postal:
Fecha Admisión:
03/06/2017 03:25:01
No. Transporte de carga: 000707 del 20/06/20
No. B. Rec. Mensaje: 000467 del 09/06/17

F 13
Ext 17-3593

Ref.: Acción de Tutela N° 528353107001-201700006-02
Accionante: Héctor Perlaza Sánchez
Accionados: Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio,
Secretaria de Educación de Tumaco
Magistrado Ponente: Dr. Franco Solarte Portilla

Por medio del presente le notifico fallo de tutela de primero (01) de los cursantes, proferido dentro del asunto de la referencia, mediante el cual esta Corporación resuelve:

“**PRIMERO: ACLARAR** el numeral 1° de la providencia impugnada, en el sentido de indicar que el amparo de los derechos fundamentales del accionante e hace con carácter definitivo, así como el numeral 2°, en cuanto la restitución en el cargo allí ordenada deberá hacerse en el término de las 48 horas siguientes la notificación de la providencia impugnada, en el caso de existir vacantes disponibles, o una vez ellas se produzcan. **SEGUNDO:** confirmese en lo demás. **TERCERO:** En la forma prevista en el artículo 30 del decreto 2591 de 1991 entérese a los intervinientes, y dentro del término señalado en el artículo 32 *ejusdem*, remítase la actuación a la honorable corte constitucional para su eventual revisión.”

Para su conocimiento y fines pertinentes se anexa copia del fallo en 12 folios.

Atentamente,


JUAN CARLOS ALVAREZ LOPEZ
Secretario Sala Penal

Anexo: Lo enunciado.
Julio Ortega.

SECRETARIA SALA PENAL
TELEFAX 7237539 CALLE 19 No. 23 - 00
sccsptsuppasto@cen DOJ.ramajudicial.gov.co
SAN JUAN DE PASTO

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto
Sala de Decisión Penal

Magistrado Ponente	: Franco Solarte Portilla
Asunto	: Impugnación Fallo Tutela
Intervinientes	: Héctor Perlaza Sánchez Vs. Secretaría de Educación de Tumaco y Fondo de Prestaciones sociales del Magisterio
Radicación	: Grupo 16 No. 2017-00006-02
Aprobación	: Acta N° 2017-104

San Juan de Pasto, primero de junio de dos mil diecisiete

Vistos

Es del caso resolver el recurso de alzada impetrado por la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DE TUMACO, en contra del fallo de tutela proferido 21 de marzo de 2017, por el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Tumaco, mediante el cual se ampararon los derechos fundamentales al trabajo, a la estabilidad laboral, a la seguridad social del, salud y al mínimo vital del señor HÉCTOR PERLAZA SÁNCHEZ.

Antecedentes

El señor HÉCTOR PERLAZA SÁNCHEZ, quien a la fecha cuenta con 66 años de edad, indicó que el 20 de octubre de 1976 inició su historia laboral en la empresa Plan de Padrinos en la ciudad de Tumaco, culminando el 16 de

octubre de 1988, lapso en el que su empleador realizó los aportes pensionales al Instituto de Seguros Sociales, hoy COLPENSIONES. Agregó que en el año de 2003, mediante Decreto 1235 de la misma anualidad fue vinculado en provisionalidad como docente en el municipio de Tumaco, aportando también a ese fondo.

Refirió que en el año 2015 fue diagnosticado por su galeno tratante de cáncer del próstata, que le demanda estar en constantes controles, además de someterse a permanentes tratamientos en la especialidad de oncología, situación que fue reportada en su momento a su empleador, pese a lo cual mediante Resolución No. 1105 del 12 de mayo de 2016 la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE TUMACO dio por terminado el vínculo laboral, circunstancia de la que fue notificado personalmente el 20 de mayo del mismo año; hecho que suscitó la desafiliación de su EPS, y a su vez la suspensión del tratamiento médico de su patología.

Por lo anterior, el 14 de mayo del año que antecede interpuso ante la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE TUMACO derecho de petición, con el objeto de que se le otorgara el reconocimiento de la pensión de vejez, que fue resuelto de forma negativa a través de Resolución No. 0601 del 19 de septiembre de 2016, bajo el argumento de que el actor no cumplía con el requisito mínimo contemplado en la Ley 100 de 1993, pues para la fecha proyectada, es decir el 11 de abril de 2016, el docente contaba con 1248 semanas, requiriéndose 1300.

En tal sentido, solicitó el amparo de los derechos fundamentales al trabajo, a la estabilidad laboral, la seguridad social, salud y al mínimo vital, en orden a que se conmine a las entidades accionadas al reconocimiento y pago de la

pensión de vejez, al igual que el reintegro inmediato a la EPS a la cual se encontraba afiliado a fin de continuar con el tratamiento médico prescrito.

Del trámite y la actuación desplegada

Con auto proferido el 10 de enero hogaño, el Juzgado de primer nivel asumió el conocimiento de la demanda y corrió traslado de la misma a las entidades accionadas con el propósito de que ejercieran sus derechos de contradicción y defensa dentro del término legal, de igual manera vinculó oficiosamente a la entidad de salud COSMITET LTDA, corriéndole el respectivo traslado.

Se recuenta que luego mediante fallo del 23 de enero de 2017 el Juzgado de primer nivel consideró que el ente local había vulnerado los derechos fundamentales del accionante y prodigó el amparo transitorio de sus derechos.

Conocida tal decisión, la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DE TUMACO impugnó la providencia tras considerar que contrario a lo expresado por el *A quo*, el acto administrativo que negó el reconocimiento de pensión de vejez rogado por el actor se encuentra debidamente motivado en el concurso público para proveer los cargos de docentes y directivos docentes en el municipio de Tumaco de que trata la Convocatoria 247 del 2012.

Dicha impugnación fue conocida por esta Judicatura, que después de realizar un análisis minucioso del trámite desplegado en el asunto de marras, estimó que se debía decretar la nulidad de lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda, dejando a salvo las pruebas recopiladas, con el fin de que se proceda con la vinculación de la persona que en la actualidad ocupa el cargo que desempeñaba el actor, al igual que a los 24 aspirantes que se encuentran en

lista de espera para ser nombrados en el cargo en comento, eso, amén del tipo de orden que en Primera instancia se desatara y que envolvía la participación de esos personajes.

En atención a lo resuelto por esta Colegiatura, en calendada 7 de mazo de la presente anualidad el Juzgado Penal del Circuito Judicial de Pasto dispuso además de admitir y notificar la acción de tutela instaurada, vincular al trámite a la GOBERNACIÓN DE NARIÑO, al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, a las personas que ocupan el cargo del accionante o los que se encuentran en la lista de elegibles conforme a la convocatoria 247 de 2012 y a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL.

Así entonces las entidades y personas accionadas y vinculadas, conforme obra en el dossier, expusieron los siguientes alegatos:

- a. El **SECRETARIO DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DE TUMACO** solicitó declarar improcedente la acción de tutela de la referencia, tras considerar existir otros medios judiciales para controvertir el acto, como es el de nulidad y restablecimiento de derecho ante la Jurisdicción Contencioso Administrativo.
- b. La **FIDUPREVISORA S.A** decantó que actúa como administradora de los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, que dentro de la órbita de su competencia no se encuentra la de expedir actos administrativos relacionados con el reconocimiento de las prestaciones económicas de los docentes afiliados a ese fondo, y aclaró que en virtud del Decreto 2831 de 2005 dicha potestad recae en las Secretarías de Educación, que para el caso en discusión es la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DE TUMACO**.

Aunado a lo anterior, adujo que el accionante no puede seguir recibiendo atención en salud por parte de COSMITET LTDA, que a su vez opera bajo la figura de las uniones temporales contratadas por la Fiduciaria para la prestación de salud a los docentes y sus beneficiarios, por cuanto éste no se encuentra activo como cotizante o beneficiario en el régimen exceptuado del Magisterio.

Finalmente manifestó que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para pretender el pago del reconocimiento de prestaciones sociales, pues para esto existen otros mecanismos establecidos para resolver su solicitud, por lo cual deprecó se declare la improcedencia de la acción de amparo.

c. La Coordinadora Médica de **COSMITET LTDA** reseñó que el señor **HÉCTOR PERLAZA SÁNCHEZ** se encuentra retirado de la entidad desde el 20 de mayo de 2016 por solicitud de la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.**

d. La **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO** adveró que sobre el caso en particular la acción de amparo debe interponerse donde ocurrieron los hechos tal como lo señala el numeral 7 del Decreto 1382 de 2000, en adición, que se debe declarar la improcedencia por existir otro mecanismo judicial, amén de que el presente es excepcional y subsidiario, que no existe riesgo inminente y hay falta de legitimidad en la causa por parte de la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**.

e. Las demás entidades y personas vinculadas y accionadas no emitieron pronunciamiento alguno.

En virtud de ello, mediante nuevo proveído del 21 de marzo de 2017 el Juzgador de primer nivel mantuvo incólume la decisión emitida previa a la declaratoria de nulidad por parte de esta Magistratura, en este sentido tuteló los derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social, trabajo y estabilidad laboral del señor HÉCTOR PERLAZA SÁNCHEZ, al encontrarlos lesionados por parte de la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DE TUMACO.

Del fallo apelado

El Juez de primera instancia después de hacer referencia a los supuestos fácticos de la demanda, el trámite impartido y el material probatorio, la respuesta de las entidades accionadas y las pretensiones invocadas, planteó el siguiente problema jurídico: ¿existe vulneración de derechos fundamentales a la seguridad social, salud y vida por parte de la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE TUMACO al haber desvinculado al señor HÉCTOR PERLAZA por haber llegado a la edad de retiro forzoso, sin tener en consideración las condiciones especiales del mismo, referentes a su situación de salud y un próximo cumplimiento del requisito mínimo para acceder a la pensión de vejez?

Para dar respuesta al anterior cuestionamiento, primeramente hizo unas precisiones en cuanto a la naturaleza de la acción de tutela, al requisito de subsidiaridad de la misma, a los requisitos para lograr la pensión de vejez en el régimen pensional del Magisterio, sobre el retiro forzoso, cuando se está cerca de cumplir con la pensión de jubilación y a la procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos que desvinculan a funcionarios públicos que ocupan cargos de carrera en provisionalidad.

Posteriormente, en tratándose de la procedencia de la acción de tutela en el caso *sub examine*, indicó que siendo el señor PERLAZA SÁNCHEZ una persona con 66 años de edad, que depende económica y exclusivamente de los ingresos que percibía como contraprestación al ejercicio de sus labores como docente, y que por lo tanto, al haber sido retirado del servicio por alcanzar la edad de retiro forzado y sin un reconocimiento pensional favorable, se ha visto afectado su mínimo vital ante la imposibilidad de suplir con sus propios medios las necesidades esenciales como la alimentación o la vivienda y peor aún, su salud cuando padece una enfermedad degenerativa y catastrófica representada en un carácter prostático. Bajo estas circunstancias, adujo que se hace impostergable la procedencia de la presente acción de amparo, pues los medios de defensa ordinarios disponibles resultan infructuosos, por cuanto se constata una grave afectación de los derechos fundamentales del accionante, quien requiere la adopción de medidas urgentes que legitiman la intervención del juez constitucional a fin de evitar un perjuicio irremediable.

Descendiendo en el caso en concreto, manifestó que la decisión tomada por la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DE TUMACO es desproporcionada constitucionalmente, pues del análisis del caso en particular se observa que la decisión del retiro del cargo que ostentaba el precitado se realizó sin indicar los motivos por los cuales fue desvinculado, sin observancia de sus circunstancias particulares, como el tiempo laborado por el actor dentro de la entidad, que no le ha sido reconocida la pensión de vejez y que la ausencia de un ingreso regular lo tiene sometido a un estado de precariedad económica relevante; aunado a lo cual la entidad de salud a la que estaba afiliado el accionante antes de su desvinculación, no seguirá prestando el

servicio si no está cotizando, atención que para el caso en particular resulta urgente para que se proteja su derecho fundamental a la salud y vida.

Por lo cual, para efectos de emitir solución a la clara afectación de prerrogativas fundamentales del accionante, sin transgredir los principios rectores del sistema de concurso público para proveer los cargos de docentes oficiales, toda vez que no se han nombrado en propiedad la totalidad de puestos disponibles en la entidad demandada, es decir, que todavía existen cargos provisionales en los que se puede nombrar, ese Despacho decidió amparar los derechos fundamentales al trabajo, estabilidad laboral, a la seguridad social, salud y mínimo vital del accionante, y en este sentido ordenó su reintegro al cargo que ocupaba, o uno de similar o igual jerarquía y mantenerlo vinculado en la nómina, hasta tanto éste haya alcanzado asegurar su pensión de vejez y así pueda garantizarse una vida en condiciones dignas.

De la impugnación

El Doctor IVÁN ENRIQUE QUIÑONES ZAMBRANO en calidad de SECRETARIO DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DE TUMACO arguyó que, contrario a lo reseñado por el *A quo*, el acto administrativo que negó el reconocimiento de pensión de vejez al actor se encuentra debidamente motivado con ocasión del concurso público para proveer los cargos de docentes y directivos docentes en el municipio de Tumaco conforme la Convocatoria 247 del 2012.

Agregó que el Funcionario de primer nivel no solicitó información sobre la situación de las plazas de docentes, particularmente para el área del accionante, como tampoco tuvo en cuenta que el cargo que ocupaba el actor,

quien era docente en el área de Ciencias Naturales y Educación Ambiental, hoy existe lista de espera de 24 aspirantes para ser nombrados en esa área, no ocurriendo lo mismo con física, química, matemáticas, inglés y sociales, que a pesar de que fueron sometidas a concurso, los aspirantes no pasaron las pruebas para llenar esas vacantes, de ahí la necesidad de la Administración de nombrar temporalmente para suplir las necesidades en dichas áreas hasta tanto se convoque nuevamente a concurso.

Por otra parte, señaló que la primera instancia se equivocó en aplicar la figura del retén social al docente, toda vez que el accionante no se encuentra inmerso en ninguno de los eventos en que opera tal figura en los términos de la sentencia T- 498 del 2011, máxime cuando se ha dilucidado que en materia de retén social, esa figura no opera para los docentes; en adición dijo que no puede predicarse que al actor le asista alguna clase de fuero y estabilidad laboral, por cuanto su ingreso al servicio educativo no fue mediante el concurso de méritos. En cuanto a la salud del accionante, manifestó que en el país existen dos regímenes de salud, uno no subsidiado y otro el subsidiado, bajo este entendido, puede la actor según las circunstancias de su caso cancelar los aportes de afiliación al régimen de salud al cual estaba vinculado, o realizar las labores tendientes a efectuar la afiliación al régimen subsidiado para que se le garantice la continuidad de la prestación del tratamiento integral en salud que esté requiriendo y que venía suministrando la COSMITET LTDA.

Finalmente, advirtió que en el caso objeto de estudio la acción de tutela resulta improcedente, toda vez que el accionante cuenta con otros medios judiciales para controvertir la legalidad del acto administrativo, como lo es el ejercicio de de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Consideraciones de la Sala

Prima facie recuerda la Sala que bajo el marco Constitucional de 1991 se instituyó el amparo de tutela como un mecanismo jurídico que busca proteger las garantías superiores de las personas en eventos donde se distingue su agresión o amenaza por acción u omisión de una autoridad pública u ocasionalmente de un particular, gozando esta acción de un procedimiento preferente, inmediato y de efectivo cumplimiento.

En el caso *sub examine*, se tiene que el señor HÉCTOR PERLAZA SÁNCHEZ acudió ante el juez constitucional en términos concretos para que se le reconociera la pensión de vejez que la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DE TUMACO y el FONDO DE PRESATCIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO otrora le habían negado y que además se ordenara su afiliación a salud a COSMITET LTDA, que se vio interrumpida con ocasión de que fuera él desvinculado del cargo en provisionalidad como docente que venía ocupando al servicio del ente local.

Dentro de las facultades que están irradiadas al juez de tutela, el *A quo* determinó que la causa de la vulneración evidente de derechos fundamentales del peticionario, se remitiera más que a la negativa en conceder una petición de vejez a la sazón de que no contaba con el número de semanas exigido, a que hubiere sido desvinculado de su cargo cuando poco faltaba para que consiguiera su pensión de vejez, y solamente con fundamento en la llegada a la edad de retiro forzoso, lo que lo hacía acreedor de una protección especial, además por su estado de salud, que reputaba ilegítima la desvinculación que aquel sufrió, y contraía entonces la perentoriedad de que fuera reinstalado en su cargo, o a uno de similar connotación hasta que culminara de cotizar las

semanas demandadas, que ahora se conoce en términos de tiempo traducen a 1 año.

Ante tal manifestación, la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DE TUMACO arguyó que además de que el actor no cumplía con los requisitos de llamado retén social, para el área que ocupaba el accionante existen 24 personas que habiendo salido avante en el concurso de méritos persiguen llenar esa particular vacante, misma que *"fue ocupada totalmente en el concurso y quedó una lista de espera"*¹

Las anteriores circunstancias hicieron que esta Corporación decretara la nulidad de lo actuado, amén de existir una indebida e incompleta conformación del contradictorio, en cuanto a la falta de vinculación de una parte con interés legítimo en la decisión a adoptar, que en este caso corresponde a la persona que en la actualidad ocupa el cargo que desempeñaba el actor, al igual que a los 24 aspirantes que se encuentran en lista de espera para ser nombrados en el cargo en comento, en guarda de la primacía de la normativa superior al derecho de defensa y debido proceso.

Superada la falencia que dio lugar a la declaratoria de nulidad antes dicha, el punto de examen atañe a determinar si ha existido vulneración de las garantías constitucionales del accionante cuando el ente local decide retirarlo de su cargo de docente en provisionalidad, ostentando la condición de sujeto de especial protección constitucional, debido a la necesidad de permitir el ingreso de quien ha superado el concurso de méritos.

¹ Ver folio 92 del cuaderno de primera instancia

Vale recabar aquí que es ese el cuestionamiento jurídico por dilucidar, amén del viro que a la acción le diera el *A quo*, pues es lo cierto que aun cuando la demanda estaba dirigida a que se reconociera una pensión de vejez, asaltó de manera diáfana que el actor no contaba con las semanas exigidas para el reconocimiento de esa prestación social, siendo así que el verdadero meollo del asunto convergía en la desvinculación del accionante del cargo que venía ocupando pese a las particulares condiciones que lo rodeaban.

Con ese derrotero, sea lo primero señalar que ha sido amplio el debate suscitado al interior del alto Tribunal Constitucional en materia de la excepcionalidad de la acción de tutela en torno al reintegro de empleados públicos a sus cargos, siendo la regla general concurrente que el mecanismo previsto en la Carta Constitucional es improcedente cuando se trata de acoger pretensiones de tal naturaleza. Citemos por ejemplo la sentencia T- 016 de 2008, que en lo pertinente señala:

"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.**" (Negritas fuera del texto original)

Y para que una solicitud de reintegro deje de ser un asunto meramente legal y habilite a la acción de tutela como mecanismo judicial excepcional, el órgano de Cierre de la Jurisdicción Constitucional ha decantado que debe acreditarse que en el caso concreto se advierta la vulneración de un derecho fundamental

y se evidencie 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 vulnerados². A la par, es importante tener en cuenta que la acción de tutela como se dijo en líneas anteriores procede excepcionalmente en casos donde efectivamente se pruebe la existencia de un perjuicio irremediable, el que se configura así:

“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 detrimento 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”³

Confrontando los anteriores presupuestos con el *sub lite*, y que en su momento han sido objeto de análisis por la Primera instancia y para mayor ilustración del impugnante diremos: el accionante es una persona de 66 años de edad, por lo que se encuentra en franca desventaja para ofrecer sus destrezas en el mercado de trabajo, en adición, es una persona que depende económica y exclusivamente de los ingresos que percibía como contraprestación al ejercicio de sus labores como docente y, que por lo tanto, al haber sido retirado del servicio se ha visto afectado su mínimo vital ante la imposibilidad de suplir por sus propios medios sus necesidades más esenciales como la alimentación o la vivienda, y peor aún su salud, considerando que a la presente padece de una enfermedad ruinosa representada en un cáncer prostático.

² T-326 de 2014

³ T-225 de 1993

Bajo este entendido, refulge díáfano aseverar que las aludidas circunstancias acreditan la inminencia de un perjuicio irremediable, puesto que el libelista requiere de una protección inmediata que no puede ser proporcionada a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, toda vez que es un hecho notorio la prolongada duración de este tipo de procesos, razón que torna en inidóneo el mecanismo judicial en el presente caso; se itera, que sus condiciones etarias, de salud y económicas lo vierten como un sujeto de especial protección constitucional, lo que demanda de un mecanismo expedido que ampare sus derechos.

Superado el examen que antecede, esta Magistratura se ocupará de continuar con el análisis del problema jurídico planteado, que mana 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.

Primigeniamente resulta menester realizar algunas precisiones preliminares dirigidas a la distinción conceptual a fin de dar solución a la problemática que ahora nos convoca. Es del caso señalar, que no debe confundirse la estabilidad laboral de las personas próximas a pensionarse como mecanismo de origen constitucional 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; al respecto el Alto tribunal Constitucional ha decantado:

“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 reestructuración 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 entren 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.⁴ (Negrillas fuera del texto original)

El panorama esbozado reclama por parte de esta Magistratura constatar si el señor HÉCTOR PERLAZA SÁNCHEZ 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.

A la luz de preceptuado por el Alto tribunal constitucional⁵, 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. En efecto, en el sistema normativo nacional, los requisitos para acceder a la

⁴ T-186 de 2013.

⁵ T-595 de 2016

pensión de vejez se encuentran regulados en la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, cuyo artículo 9 consagra:

"ARTÍCULO 9o. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ.
Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015."

La lectura literal de la norma deja al descubierto que 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.

Ello se hace extensivo 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.

Compaginando estos presupuestos al caso de marras, la Sala observa que el señor HÉCTOR PERLAZA SÁNCHEZ fue desvinculado del cargo que ostentaba a los 65 años de edad, cumpliendo así con el primero de los requisitos; en cuanto a las semanas cotizadas, de acuerdo con su historia laboral, el docente cuenta con 1248, hecho este último no cuestionado por ninguno de los intervinientes en el proceso, faltándole al día de hoy cotizar solo 52 semanas para adquirir el estatus de pensionado. Por lo que se logra

corroborar que en efecto el accionante cumple los requisitos exigidos para ostentar la supradicha calidad de prepensionado de manera diáfana.

Ahora, con eso en mente, conviene recordar que el motivo de la desvinculación del cargo del actor, consistió en la llegada del docente por carrera tras haber salido avante en el concurso de méritos. Con eso, refulge que emerge una pugna de 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 económica⁶. Así, corresponde al juez constitucional realizar la ponderación entre estos derechos, de manera tal que se maximice en cada situación concreta el imperio y la vigencia de la Carta Magna y se mengüen los impactos negativos sobre las prerrogativas fundamentales. El Tribunal de cierre ha dicho en el respecto:

"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."⁷ (Negrilla fuera del texto original)

⁶ T-186 de 2013

⁷ *Ibidem*

Del aparte transcrito se puede extraer que para que la autoridad administrativa a efectos de dar cumplimiento a sus obligaciones, más concretamente, al tomar decisiones relativas a la provisión de cargos de carrera administrativa y tenga en su poder un amplio espectro de alternativas, es imperativo optar por aquella que mejor materialice los derechos, valores y principios rectores, y que en menor nivel afecte los derechos iusfundamentales, especialmente si recae en sujetos de especial protección constitucional, como en el caso las personas próximas a pensionarse, todo esto bajo los criterios de razonabilidad y de forma ponderada.

Para abordar la tarea planteada, es del caso reproducir los postulados del órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, que en sentencia T- 595 de 2016 ha desarrollado los presupuestos jurisprudenciales sobre la situación de los servidores públicos prepensionados, que ostentan cargos en provisionalidad y fueron desvinculados con ocasión de un concurso de méritos:

"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.**" (Negrillas fuera del texto original)

Teniendo en cuenta las circunstancias antes dichas, y en consideración a que el actor fue desvinculado del cargo de carrera en el cual estaba nombrada en

quien ejerce el cargo en condición de provisionalidad, refiriéndose en el siguiente tenor:

"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, 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)

(...)

8.7. Dadas las circunstancias expuestas en el presente caso, y teniendo en cuenta la condición de prepensionada y madre cabeza de familia de la señora Ana Isabel Velásquez Arias, la E.S.E. Hospital San Rafael de Facatativá, vulneró los derechos fundamentales al trabajo, a la estabilidad laboral, a la seguridad social y al mínimo vital de la señora Ana Isabel Velásquez Arias, toda vez que si requería ocupar el cargo con la persona a quien correspondía en la lista de elegibles, debió respetar la situación de la actora, cuya condición de prepensionada le otorgaba el derecho a no ser despedida hasta que reuniera los requisitos para jubilarse y, por ello, designarla en provisionalidad en un cargo vacante igual o similar al que venía desempeñando y que no hubiera sido ofertado en un concurso público de méritos, hasta tanto fuera incluida en la nómina de pensionados de Colpensiones.

8.8. En consecuencia, la Sala Primera de Decisión de la Corte Constitucional revocará la sentencia proferida dentro del presente proceso de tutela por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Facatativa, Cundinamarca, el veinticinco (25) de octubre de dos mil trece (2013), la cual revocó la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal Municipal de Facatativá, Cundinamarca, el trece (13) de septiembre de dos mil trece (2013), que tutelaba los derechos fundamentales al trabajo, al mínimo vital y a la seguridad social de la señora Ana Isabel Velásquez Arias." (Resaltado no hace parte del texto original)

provisionalidad, para posesionar a quien superó el curso de méritos, y que a la presente existen 24 aspirantes más a la espera de ser nombrados en el cargo, no existe tal margen de maniobra; sin embargo, la Sala advierte que en el presente caso la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE TUMACO desconoció su deber de interpretar las normas de carrera administrativa de una manera razonable, proporcional y compatible con los derechos fundamentales del accionante, amén de que si bien no se presentaba el supuesto fáctico de la diferencia entre las plazas ofertadas y aquellas provistas mediante la lista de elegibles, concurrían algunos supuestos que implicaban proteger los derechos del señor HÉCTOR PERLAZA SÁNCHEZ, en razón de su condición de prepensionado, entre ellos el de no ser despedido hasta que reuniera los requisitos para jubilarse.

Bajo este mismo derrotero, vale poner de presente que la Corte Constitucional en sentencia T-186 de 2013⁸ tuteló los derechos invocados por una ciudadana prepensionada, desvinculada de su cargo en provisionalidad debido al concurso de méritos bajo la proclama 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

⁸ Ver sentencia T-186 de 2013 (MP Luis Ernesto Vargas Silva). En esta ocasión correspondió a la Sala Novena de Revisión resolver dos problemas jurídicos diferenciados: i) determinar si las medidas de estabilidad laboral reforzada para los servidores públicos que son sujetos de especial protección constitucional, como sucede con aquellas personas próximas a pensionarse o las madres cabeza de familia, operan cuando la remoción de dichos servidores responde a los resultados del concurso público de méritos para el acceso al empleo que desempeñaban en provisionalidad, y, en caso afirmativo, ii) establecer si se vulneran los derechos constitucionales al mínimo vital, a la igualdad material y a la estabilidad laboral reforzada, cuando la Administración decide remover de su cargo al servidor público que ejerce el empleo en provisionalidad y que tiene la condición de sujeto de especial protección constitucional, en razón de los derechos de carrera administrativa de quien accede al empleo por concurso de méritos. Concluyó que "el Incoder actuó al margen de su deber constitucional de garantía de los derechos de la actora, en su condición de sujeto de especial protección constitucional, para privilegiar una interpretación literalista, y por ende desproporcionada, de las normas de carrera. Ello debido cuando, a pesar de tener la posibilidad fáctica y jurídica de garantizar el acceso al empleo público de todos los aspirantes que integraban la lista de elegibles y, simultáneamente conservar la estabilidad laboral de la ciudadana Orozco Lozano, decidió retirarla del cargo". En consecuencia, confirmó la decisión de segunda instancia, que protegió los derechos fundamentales de la accionante.

Colofón de estos postulados, en el asunto objeto de análisis lo procedente es ordenar la reincorporación del señor HÉCTOR PERLAZA SÁNCHEZ 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 adquiriera el estatus de pensionado y sea incorporado de manera efectiva en la nómina de los pensionados, sin perjuicio de la asignación de los cargos cuando se adelantan los correspondientes concursos de méritos.

Esa orden, pues acontece que la Administración Municipal desvinculó de forma ilegítima al actor de su cargo, de allí que por su indebido proceder debe ser remediado por la misma entidad, incorporándolo nuevamente a un cargo dentro de las variadas posibilidades con que cuenta la Administración para el efecto, de manera inmediata si se cuenta con una vacante disponible, o una vez, dicha vacante se produzca.

Bajo este estado de cosas, la decisión a adoptar por esta sede no puede ser otra que confirmar la providencia fulminada por la primera instancia, al punto de tutelar las prerrogativas fundamentales de trabajo, seguridad social y estabilidad laboral del actor; empero, se aclarará que el amparo prodigado es de carácter definitivo y que la vinculación deberá hacerse de manera inmediata o una vez se produzca una vacante.

Decisión

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

Resuelve

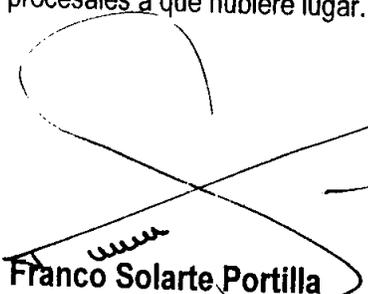
Primero: Aclarar el numeral 1º de la providencia impugnada, en el sentido de indicar que el amparo de los derechos fundamentales del accionante se hace con carácter definitivo, así como el numeral 2, en cuanto la restitución en el cargo allí ordenada deberá hacerse en el término de las 48 horas siguientes la notificación de la providencia impugnada, en el caso de existir vacantes disponibles, o una vez ellas se produzcan.

Segundo: Confírmese en lo demás.

Tercero: En la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, entérese a los intervinientes; y, dentro del término señalado en el artículo 32 *ejusdem*, remítase la actuación a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión.

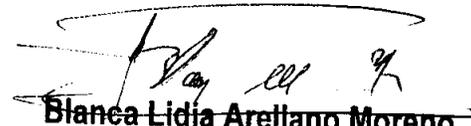
Déjense las constancias procesales a que hubiere lugar.

Cópiese y Cúmplase.



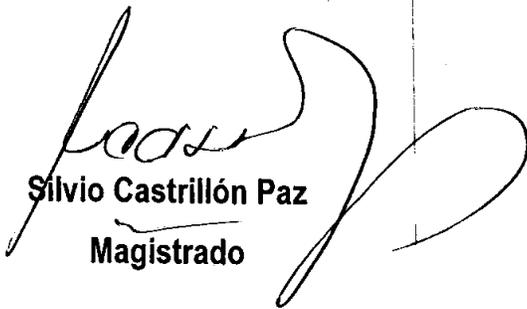
Francisco Solarte Portilla

Magistrado



Blanca Lidia Arellano Moreno

Magistrada



Silvio Castrillón Paz
Magistrado



Juan Carlos Álvarez López
Secretario

RECEIVED
SECRETARIA
30 JUN 2017

