

VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS A LA SEGURIDAD SOCIAL, AL MÍNIMO VITAL Y AL TRABAJO / ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA – Prepensionado / REINTEGRO - Inspectora de Trabajo y Seguridad Social

[L]a señora [Y.P.D.P.], cuenta con la edad para obtener la pensión de vejez y le faltan aproximadamente 99 semanas, es decir menos de tres años, para cumplir la totalidad de las requeridas para acceder a la pensión de vejez, y por ende cumple con lo señalado para acreditar su condición de prepensionada. (...) Ahora, si bien el Ministerio de Trabajo informó que en razón a la lista de elegibles conformada por 65 aspirantes para proveer 47 vacantes del empleo Inspector del Trabajo y Seguridad Social Código 2003 Grado 14, proferida por la Comisión Nacional del Servicio Civil, no pudo aplicar la orden de protección contemplada en el parágrafo 2 del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 648 de 2017 ya que el número de aspirantes fue mayor al de vacantes ofertada, no demostró que hubiese tomado medidas para proteger el estatus de prepensionada de la accionante. (...) De acuerdo con el escenario descrito, es evidente que no era consecuente con el estatus de prepensionado de la accionante que se produjera su retiro del servicio sin que antes se tomaran las medidas que ameritaban la protección especial ya que no podía ser desvinculada hasta cuando fuere incluida en nómina de pensionados, pues, es un sujeto de especial protección constitucional beneficiario de la estabilidad laboral reforzada, lo que lo que impone al juez constitucional emitir una orden que permita la satisfacción material de los derechos fundamentales en juego. (...) Ahora bien, no desconoce la Sala que si ya se proveyó el cargo con quien legítimamente superó todas las etapas del proceso de selección, esta circunstancia no obsta para que se acceda al amparo invocado, pues no puede desatenderse la especialísima condición de prepensionada que gobierna la situación de la accionante. No obstante la orden de amparo no puede afectar los derechos de la señora Sandra Milena Mesa Flórez quien fue nombrada en el cargo que ostentaba la accionante, ya que los concursantes no pueden sufrir las consecuencias de las omisiones de la entidad nominadora. (...) Por lo anterior, la Sala amparará los derechos al mínimo vital, al trabajo y a la seguridad social de la accionante y en consecuencia se ordenará al Ministerio del Trabajo proceder a efectuar el reintegro de la señora Yanette Padilla Pinzón a un cargo de los niveles de inspectora de trabajo y seguridad social dentro de la planta administrativa de la entidad, con un salario equivalente o similar al que devengaba, atendiendo su especialidad funcional y la labor que realizaba. (...) Dicho reintegro será hasta tanto PORVENIR reconozca la pensión de jubilación de la accionante y la incluya en nómina de pensionados. La orden de protección permanecerá vigente hasta que la señora Yanette Padilla Pinzón cumpla los requisitos para el reconocimiento de la pensión, siempre y cuando el cargo al que sea reintegrada no sea provisto por concurso de méritos. (...) Lo anterior con el fin de proteger tanto los derechos de la accionante como de las personas que superaron el concurso y conforman la lista de elegibles.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA – ARTÍCULO 29 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA – ARTÍCULO 2 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA – ARTÍCULO 13. / LEY 100 DE 1993.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN “A”

Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNANDEZ

Bogotá, D.C., quince (15) de julio de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-15-000-2019-01744-00(AC)

Actor: YANETTE PADILLA DE PINZÓN

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER Y OTRO

I. ANTECEDENTES

La señora Yanette Padilla de Pinzón, actuando en nombre propio, interpuso acción de tutela contra el Tribunal Administrativo de Santander, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia, a la seguridad social, al mínimo vital y de los principios constitucionales de seguridad jurídica, confianza legítima, publicidad, contradicción y estabilidad reforzada, con ocasión de la expedición de la providencia de 16 de enero de 2019 que revocó la sentencia de primera instancia y, en su lugar, amparó el derecho de acceso a la carrera administrativa por meritocracia, igualdad, debido proceso y trabajo de la señora Sandra Milena Mesa Flórez.

Asimismo, accionó a la Nación, Ministerio del Trabajo por la expedición de la Resolución 0134 de 25 de enero de 2019 a través de la cual dio cumplimiento a lo ordenado en la providencia objeto de reproche y nombró en periodo de prueba a la señora Mesa Flórez como Inspectora de Trabajo y Seguridad Social Código 2003, Grado 14.

1.- HECHOS

1.1. La suscrita accionante se desempeñaba como inspectora de trabajo social en provisionalidad, en la Dirección Territorial de Santander, con sede en Bucaramanga, desde el 31 de marzo de 2000, conforme con la Resolución 752 de marzo 22 de 2000. La provisión de este empleo de forma definitiva quedó sujeta a la realización de concurso según la Convocatoria 428 de 2016 de la Comisión Nacional del Servicio Civil en adelante CNSC (OPEC 34429).

1.2. El 23 de agosto de 2018, el Consejo de Estado profirió una medida cautelar en el proceso de nulidad simple con número de radicado 11001032500020170032600, ordenó a CNSC suspender provisionalmente la actuación administrativa que se encontraba adelantando con ocasión del concurso de méritos abierto por la Convocatoria 428 de 2016.

1.3. El 23 de noviembre de 2018, la señora Sandra Milena Mesa Flórez, quien participó en la Convocatoria No. 428 de 2016, interpuso acción de tutela en contra del Ministerio del Trabajo y la CNSC, en la que solicitó su nombramiento y posesión en el cargo de Inspector de Trabajo y Seguridad Social, luego de ocupar

el puesto 47 dentro de la lista de elegibles conformada por la omisión para proveer 47 vacantes de este empleo.

1.4. La acción precitada correspondió al Juzgado Once Administrativo del Circuito Judicial de Bucaramanga el cual, mediante sentencia de 5 de diciembre de 2018 rechazó por improcedente el amparo solicitado, al no encontrar acreditados los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial.

1.5. Impugnada la decisión por la señora Sandra Milena Mesa Flórez, el Tribunal Administrativo de Santander, en sentencia de 16 de enero de 2019, revocó la decisión del *a quo* y, en su lugar, amparó sus derechos fundamentales ordenando al Ministerio de Trabajo efectuar el nombramiento de la señora Mesa Flórez con estricto respeto al orden de mérito de la lista de elegibles.

1.6. Con la sentencia del Tribunal Administrativo de Santander, se vieron afectados los cargos provistos en provisionalidad cuyos titulares fueron desvinculados mediante la Resolución No. 134 de 2019, entre ellos la señora Yanette Padilla Pinzón.

2. Fundamentos de la acción

Consideró la accionante que tanto la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander el 16 de enero de 2019 como la actuación del Ministerio del Trabajo vulneraron sus derechos fundamentales, con base en los siguientes argumentos:

- En el trámite procesal del fallo de tutela objeto de reproche no se notificó la existencia de la acción constitucional a todas las personas con interés directo, es decir aquellos que, como en su caso, ocupaban en provisionalidad uno de los cargos ofertados en la OPEC 34429.
- Lo anterior, teniendo en cuenta que el Juzgado 11 Administrativo del Circuito Judicial de Bucaramanga en el auto admisorio de la acción de tutela ordenó vincular a los integrantes de la lista de elegibles conformada mediante resolución 20182120081335 de agosto de 2018 y a los terceros interesados que pudiesen beneficiarse o perjudicarse con la decisión tomada, sin embargo no dispuso que el Ministerio de Trabajo pusiera en conocimiento al personal que ocupaba en provisionalidad el empleo de Inspector de Trabajo y Seguridad Social Código 2003 Grado 13 o 14 quienes evidentemente se verían afectados.
- El Ministerio de Trabajo estableció un procedimiento de desvinculación de los cargos en provisionalidad que fueron ofertados, en el cual dispuso que los nombramientos de las personas que ganaron el concurso se harían únicamente cuando existiera una orden judicial.
- Empezarían a efectuarse lo nombramientos, nominando a quienes no concursaron o a quienes lo hicieron y no quedaron en lista. Así mismo, señaló que respetaría la antigüedad de la vinculación, valoraría el

desempeño laboral y establecería un orden de protección por razón de enfermedad, condición de padre o madre cabeza de familia, prepensionados, fuero sindical y embarazo o licencia de maternidad.

- No obstante, el Ministerio de Trabajo no tuvo en cuenta que contaba con condiciones objetivas de refuerzo, tales como mayor antigüedad laboral, haber participado en el concurso y ser prepensionada, pues tiene 63 años de edad y 1201 semanas cotizadas, calidades de las que estaba enterado el Ministerio por comunicación que realizó el 4 de diciembre de 2009.
- En la Dirección Territorial Santander del Ministerio de Trabajo existen al menos tres vacantes del empleo de Inspector de Trabajo y Seguridad Social Código 2003 Grado 14 que no fueron ofertados en el concurso, más las múltiples plazas vacantes del mismo empleo en Barrancabermeja, Norte de Santander, Cesar y otras territoriales y oficinas especiales.

3. Pretensiones

Las pretensiones de la acción de tutela son las siguientes:

«Se tutelen los Derechos Fundamentales que aparecieren vulnerados y, en consecuencia:

1. Deje sin efectos la sentencia y lo actuado en el proceso de Tutela Rad. 68001333301120180043200 desde su admisión en noviembre 28/18 disponiendo que se vincule y se dé término prudencial para que intervenga la acá accionante en tanto ocupaba uno de los empleos de Inspectora de Trabajo y Seguridad Social Código 2003 Grado 14 (antes 13) en la Dirección Territorial Santander.
2. Deje sin efectos la Resolución 0134 de enero 25/19 expedida por el Ministerio de Trabajo vulneradora de Derechos Fundamentales, al menos en lo correspondiente a la acá accionante.
3. Disponga el reintegro de la accionante al empleo que ocupaba en el Ministerio de Trabajo antes de la terminación del nombramiento en provisionalidad o a uno de igual o superior jerarquía y el pago de lo que dejó de devengar, debidamente actualizado, sin solución de continuidad.»¹

4. Trámite procesal

Avocado el conocimiento de la presente acción, mediante auto de 7 de junio de 2019, se ordenó notificar como accionados a los magistrados integrantes del Tribunal Administrativo de Santander, al Ministerio de Trabajo, al Juzgado Once Administrativo del Circuito Judicial de Bucaramanga, a la Comisión Nacional del Servicio Civil, a la señora Sandra Milena Mesa Flórez, a la señora Liliana Vega Espinel, al señor José Luis Pabón Sanabria y a la Agencia para la Defensa

¹ Fol. 100

Jurídica del Estado para que intervinieran en el proceso en caso de considerarlo necesario.

Así mismo, se ofició al Ministerio del Trabajo para que indicara que empleos de carrera se encontraban en vacancia y en provisionalidad en el cargo de Inspector de Trabajo y Seguridad Social de la planta global de la entidad, en la Dirección Territorial de Santander y certificara que personal contaba con estabilidad laboral reforzada.

5. Intervenciones

5.1. El Ministerio del Trabajo², solicitó que se rechace por improcedente la presente acción constitucional, por tratarse del cumplimiento de orden judicial, pues la legitimación de la misma se rompe cuando la conducta del demandado no es la que inflige el daño sino que su actuar se realiza en cumplimiento de una orden judicial, proferida dentro del trámite de la acción de tutela como quedó señalado en la expedición del acto administrativo de desvinculación de los cargos provistos en provisionalidad.

Además de lo anterior, considera que la presente acción constitucional no cumple el requisito de subsidiariedad, debido a que existen medios judiciales y procesales apropiados para resolver las controversias que se derivan de los concursos de méritos adelantados, por cuanto los mismos deben estar sustentados en los actos administrativos proferidos para tal fin, los cuales gozan de presunción de legalidad y pueden ser objeto del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Así mismo, señaló que de conformidad con el artículo 125 de la Constitución Política, los empleos en órganos y entidades del Estado son de carrera, salvo los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine expresamente la ley, por lo que el concurso de méritos al ser un instrumento que garantiza la selección fundada en la evaluación y la determinación de la capacidad e idoneidad del aspirante para desempeñar las funciones y asumir responsabilidades, se convierte en una actuación encaminada a cumplir los postulados constitucionales. De manera que, las pretensiones de la accionante encaminadas en sustraerse del cumplimiento de dichos principios van en contravía de la constitución.

Por otro lado, indicó que en el caso particular de la Dirección Territorial de Santander el total de la oferta de cargos a proveer mediante la Convocatoria 428 de 2016 corresponde a 47 vacantes y la lista de elegibles se conformó con 37 aspirantes y en ese sentido todos los provisionales deben ser retirados del servicio para lograr proveer el total de los cargos ofertados.

Ahora, en lo que tiene que ver con la planta del personal del Ministerio del Trabajo, manifestó que los cargos vacantes en el empleo de Inspector de Trabajo y Seguridad Social Código 2003 Grado 14, ubicados en la Dirección Territorial Santander, se encuentran ocupados por servidores públicos del Ministerio del Trabajo, nombrados en provisionalidad.

² Fol. 104-114

Por último, expuso que la presente acción resulta improcedente por cuestionar una providencia judicial que resuelve una demanda de tutela, y en ese sentido cita la sentencia SU-627 de 2015 de la Corte Constitucional.

5.2. La Comisión Nacional del Servicio Civil³, señaló que existe una falta de legitimación en la causa por pasiva en lo que corresponde a la ese organismo pues no es la entidad llamada a resolver el problema jurídico planteado por la accionante, dado que lo que pretende es que se decrete la nulidad de todo lo actuado en el proceso con número de radicado 68001-33-33-011-2018-00432-00.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Esta Sala de Subsección es competente para conocer de la solicitud de amparo *ius* fundamental interpuesta por la señora Yanette Padilla de Pinzón contra el Tribunal Administrativo de Santander, de conformidad con lo establecido en el Decreto 2591 de 1991.

2. Aclaración previa.

El Consejero William Hernández Gómez, manifestó su impedimento para pronunciarse sobre esta acción de tutela⁴ debido a la relación con la suspensión provisional que ordenó su Despacho por medio del auto interlocutorio del 23 de agosto de 2018 dentro del expediente 11001-03-25-000-2017-00326-00, situación, que encuadra dentro de los lineamientos del artículo 39 del Decreto 2591 de 1991 y la causal indicada en el numeral 4° del artículo 56 del Código de Procedimiento Penal⁵. En consecuencia, los restantes miembros de la Sala de Subsección aceptan su impedimento, tal como se dirá en la parte resolutive de esta providencia.

2. Problema jurídico

Vistos los antecedentes del caso, se debe determinar si el Tribunal Administrativo de Santander, al proferir la sentencia de 16 de enero de 2019, vulneró los derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia, a la seguridad social, al mínimo vital y a los principios de seguridad jurídica, confianza legítima, publicidad, contradicción y estabilidad reforzada de la señora Yanette Padilla de Pinzón.

³ Fol.122-123

⁴ Fol. 202

⁵ “Que el funcionario judicial haya sido apoderado o defensor de alguna de las partes, o sea o haya sido contraparte de cualquiera de ellos, o haya dado consejo o manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso.”

Así mismo, esta Sala debe determinar si el Ministerio del Trabajo vulneró los derechos fundamentales de la accionante invocados en protección, al retirarla del cargo que ocupaba en provisionalidad como Inspectora de Trabajo y Seguridad Social, pues indica que se encuentra próxima a pensionarse.

Para resolver los problemas jurídicos planteados se abordarán las siguientes temáticas: (i) la procedencia de la presente acción contra la providencia judicial cuestionada, (ii) estabilidad laboral relativa de los servidores públicos nombrados en provisionalidad que desempeñan cargos de carrera administrativa, (iii) sujetos de especial protección y, (iv) caso concreto.

3. La procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial

En términos generales y de acuerdo con la doctrina constitucional vigente⁶ aceptada mayoritariamente por la Sala Plena de esta Corporación⁷, es posible acudir al recurso de amparo para obtener la protección material de los derechos fundamentales, cuando éstos resulten amenazados o vulnerados por decisiones judiciales. Ello, atendiendo a que el ejercicio de la judicatura como cualquier rama del poder en el Estado democrático, supone la absoluta sujeción a los valores, principios y derechos que la propia Constitución establece, y en esa perspectiva, cualquier autoridad investida de la potestad de administrar justicia, sin importar su linaje, es susceptible de ser controlada a través de ese mecanismo constitucional cuando desborda los límites que la Carta le impone.

Ahora bien, al ser la tutela una acción de carácter excepcional y residual, supone el cumplimiento de ciertas exigencias por parte de quien pretende la protección de sus derechos, en tanto que el ejercicio natural de la jurisdicción se inscribe dentro de procedimientos destinados a la eficacia de los mismos y en esa medida las controversias que allí surjan, son subsanables en el contexto del proceso. De ahí que la Corte Constitucional estructurara después de años de elaboración jurisprudencial, los requisitos generales y especiales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, que tienen como sano propósito garantizar el delicado equilibrio entre el principio de seguridad jurídica, la autonomía e independencia de los jueces para interpretar la ley y la necesidad de asegurar la vigencia efectiva de los derechos constitucionales fundamentales.

Los presupuestos generales responden al carácter subsidiario de la tutela y por lo mismo deben cumplirse en cualquier evento para su interposición, como son:

(i) Que el asunto que esté sometido a estudio sea de evidente relevancia constitucional. Sobre este punto, corresponde al juez de tutela, señalar de forma clara y precisa las razones por las cuales el asunto a resolver tiene tal entidad que afecta derechos fundamentales de alguna de las partes.

(ii) Que en el proceso se hayan agotado todos los medios de defensa, tanto ordinarios como extraordinarios que se encuentren al alcance de quien demande el amparo, salvo, claro está, que se busque evitar un perjuicio irremediable.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-590-05.

⁷ Sentencia de treinta y uno (31) de julio de dos mil doce (2012). Radicación número: 11001-03-15-000-2009-01328-01(IJ) Actor: Nery Germania Álvarez Bello. C.P. María Elizabeth García González.

(iii) Que la presentación de la acción cumpla con el requisito de inmediatez. Esto significa que el término de interposición de la tutela sea “razonable y proporcionado” entre el momento en que se presentó la presunta vulneración y el tiempo de presentación de la acción de tutela. Lo anterior, con el fin de velar por los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica.

(iv) Que la irregularidad procesal devenga en sustancial: cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora. No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio.

(v) Identificación de la situación fáctica que devino en la vulneración de derechos: que quien acciona identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible.

(vi) Que no se trate sentencias de tutela.

3.2. 3. Procedencia de la acción de tutela frente a prepensionados como sujetos de especial protección.

El artículo 86 de la Constitución Política dispone que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. No obstante, sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Por su parte, el numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 establece, que la acción de tutela no procederá entre otros casos, cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable⁸. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo a

⁸ La Corte Constitucional, en sentencia T-1316 de 2001, con ponencia del Magistrado Rodrigo Uprimny Yepes señaló que el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder, en estos términos:

“(..)

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”

las circunstancias en que se encuentra el solicitante.

Ahora bien, debe señalarse que la acción de tutela no procede para atacar actos administrativos de carácter laboral, pues para tal fin el ordenamiento jurídico ha creado acciones ordinarias, que son consideradas como medios idóneos para la protección de los derechos. Es decir, que ante la existencia de otros mecanismos de defensa judicial diferentes a la tutela, esta acción constitucional se torna improcedente, salvo que se instaure como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, se trate de un sujeto de especial protección o la acción ordinaria no sea idónea y eficaz para el amparo de los derechos.

En este caso, como quedó claro de la parte histórica de esta providencia, la accionante pretende el amparo *ius fundamental* al señalar que ostenta la calidad de prepensionada, razón por la cual no puede ser desvinculada del cargo que ostenta para proveerlo con la persona que superó el concurso de méritos adelantado en virtud de la Resolución No. 040 de 2015, o en su defecto que debe ser reintegrada a uno de igual o mayor categoría.

Al respecto, debe señalarse que dicho *status* (prepensionado) ha sido protegido en varias ocasiones por esta Corporación y por la Corte Constitucional, en ejercicio de la acción de tutela, dada la especial condición de quienes tienen una expectativa legítima de que se les reconozca la pensión de vejez⁹.

En efecto, ha señalado la Corte Constitucional, que para determinados grupos de funcionarios, como madres y padres cabeza de familia, discapacitados o *prepensionados*, 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.

En este sentido, es menester destacar que en la sentencia T- 186 de 2013 la Corte diferenció el retén social de la protección de origen constitucional que se predica de los prepensionados. En efecto, señaló esa Corporación:

«(...) 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 sólo 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

⁹ Sobre el tema ver entre otras sentencias: C-331/00, C-789/02, C-754/04, T-169/03, T-798/06 y T-128/09 de la Corte Constitucional.

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.»

De igual manera, a través de diversos pronunciamientos ésta Corporación ha accedido a la protección constitucional cuando se encuentran en juego los derechos de prepensionados¹⁰, al señalar que dicha situación especial, sumada a la avanzada edad y al retiro del servicio sin que haya sido reconocida la pensión de jubilación, evidencian la dificultad que puede surgir para que los accionantes puedan conseguir un nuevo empleo y asegurar los recursos económicos suficientes para garantizar sus necesidades básicas y con ello el derecho a una vida en condiciones dignas y al mínimo vital.

Además, según lo expresó la Corte Constitucional en sentencia T - 357 de 2016, la falta de los salarios y de las mesadas pensionales, cuando el afectado asegura que depende de ellos para subsistir, permite presumir el perjuicio irremediable en materia de mínimo vital. De acuerdo con la argumentación de la Corte, si quien recibe una suma de dinero mensual depende de ella para subsistir, exigirle que pruebe la existencia de un perjuicio irremediable implica someterlo a una prueba excesiva, por lo que resulta legítimo presumir la inminencia del perjuicio irremediable del individuo que pierde su única fuente de subsistencia. En efecto, en la mencionada sentencia se sostuvo lo siguiente:

«(...) esta Corporación ha considerado en diferentes ocasiones y contextos que la ausencia de recursos económicos, con las consecuencias que tal circunstancia acarrea en la decisión del asunto, no debe ser probada por el peticionario sino que le corresponde a la parte accionada controvertir tal aseveración. Así, en el contexto de la protección del derecho a la salud la Corte ha indicado que las partes no están obligadas a probar negaciones indefinidas:

«La jurisprudencia constitucional ha acogido el principio general establecido en la legislación procesal civil colombiana referido a que incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite la consecuencia jurídica de la norma aplicable al caso, excepto los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas, las cuales no requieren prueba.»

¹⁰ En efecto en sentencia de 5 de febrero de 2015, la Sección Cuarta de esta Corporación, dentro del proceso radicado con el No. 25000-23-42-000-2013-03899-01 amparó los derechos de la accionante quien ostentaba la calidad de prepensionada y pese a tal condición el Fondo de Bienestar Social de la Contraloría General de la República, profirió lista de elegibles para proveer por concurso público el cargo que ostentaba, pese a que no le había sido reconocida la pensión de jubilación ni incluida en nómina de pensionados. Pueden consultarse además, la sentencias de la Sección Segunda, Subsección A, de 14 de julio de 2016, dentro del proceso radicado con el No. 25307-33-33-001-2016-00028-01, Accionante: Manuel Santana García Yepes, con ponencia de quien se ocupa de esta providencia. De la Sección Cuarta pueden consultarse las sentencias de 30 de septiembre de 2010, Rad. AC-2010-00553, M.P. Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas; de 7 de octubre de 2010, Rad. AC-2010-00745, M.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila; de 11 de noviembre de 2010, Rad. AC-2010-01786, M.P. Dr. William Giraldo Giraldo; de 20 de enero de 2011, Rad. AC-2010-02985, M.P. Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia y de 10 de febrero de 2011, Rad. AC-2010-03439, M.P. Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia.

En este sentido, la Corte Constitucional ha entendido que la manifestación de no contar con la capacidad económica es una negación indefinida que no requiere ser probada y que, por tanto, invierte la carga de la prueba en el demandado, quien deberá, entonces, probar en contrario.

Así mismo, en materia de incapacidad económica la Corte Constitucional ha establecido que: (i) no existe una tarifa legal para su prueba, pues, para la Corporación, ésta puede verificarse a través de cualquier medio probatorio, incluyendo la presunción judicial de la incapacidad, y (ii) se aplica la presunción de buena fe establecida en el artículo 83 de nuestra Carta Política.¹¹»

Ya en el marco de los derechos pensionales, este Tribunal se ha pronunciado sobre la prueba del riesgo de sufrir un perjuicio irremediable para efectos de la procedencia de la acción de tutela, en los siguientes términos:

*“En otros casos, la Corte Constitucional ha sostenido que **la falta de pago de los salarios y de las mesadas pensionales, cuando el afectado asegura que depende de ellos para subsistir, permite presumir el perjuicio irremediable en materia de mínimo vital**. De acuerdo con la argumentación de la Corte, si quien recibe una suma de dinero mensual depende de ella para subsistir, exigirle que pruebe la existencia de un perjuicio irremediable implica someterlo a una prueba excesiva. Así, la Corte ha dicho que es legítimo presumir la inminencia del perjuicio irremediable del individuo que pierde súbitamente su única fuente de subsistencia”. (Negritas fuera del texto).*

En este orden de ideas, y de acuerdo a la jurisprudencia citada, se tiene que no hace falta que el peticionario aporte prueba de la precariedad de su capacidad económica para probar una afirmación en tal sentido y en consecuencia le corresponde a la entidad accionada el desvirtuar tal aseveración.»

Todo lo anterior confirmando lo que esta Subsección en providencia con ponencia del Doctor Gabriel Valbuena Hernández, ya ha planteado en el caso de radicado: 05001-23-23-000-2016-01944-01.

3.3.- Del caso concreto

El presente caso, la señora Yanette Padilla de Pinzón solicita la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia, a la seguridad social, al mínimo vital y a los principios constitucionales de seguridad jurídica, confianza legítima, publicidad, contradicción y estabilidad reforzada, con ocasión de la expedición de la providencia de 16 de enero de 2019 que revocó la sentencia de primera instancia de tutela y, en su lugar, amparó el derecho constitucional de acceso a la carrera administrativa por meritocracia, igualdad, debido proceso y trabajo de la señora Sandra Milena Mesa Flórez.

¹¹ Sentencia T-662 de 2008.

A partir de lo anterior se colige que la presente acción constitucional, al interponerse contra una sentencia de tutela, no cumple con los requisitos de procedencia de la misma, y, como consecuencia, la Sala de Subsección deberá rechazarla por ser abiertamente improcedente.

Dicho fenómeno de improcedencia de la acción, deviene del criterio jurisprudencial que ha reiterado la imposibilidad de atacar, mediante la acción constitucional, una sentencia proferida dentro de una acción de tutela anterior; pues de aceptarse una situación contraria, ello implicaría que la resolución del conflicto se prolongue indefinidamente en desmedro tanto de la seguridad jurídica como del goce efectivo de los derechos fundamentales, principios que radican en la necesidad de brindar una protección cierta, estable y oportuna a las personas cuyos derechos fundamentales han sido vulnerados o amenazados.

Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia SU-627 de 2015, precisó lo siguiente:

(a) “Si la acción de tutela se dirige contra la sentencia de tutela, la regla general es la de que no procede”.

(b) “Esta regla no admite ninguna excepción cuando la sentencia ha sido proferida por la Corte Constitucional, sea por su Sala Plena o sea por sus Salas de Revisión de Tutela. En este evento solo procede el incidente de nulidad de dichas sentencias, que debe promoverse ante la Corte Constitucional”.

(c) “Si la sentencia de tutela ha sido proferida por otro juez o tribunal de la República, la acción de tutela puede proceder de manera excepcional, cuando exista fraude y por tanto, se esté ante el fenómeno de la cosa juzgada fraudulenta, siempre y cuando, además de cumplir con los requisitos genéricos de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales, (i) la acción de tutela presentada no comparta identidad procesal con la solicitud de amparo cuestionada; (ii) se demuestre de manera clara y suficiente, que la decisión adoptada en la sentencia de tutela fue producto de una situación de fraude (*Fraus omnia corrumpit*); y (iii) no exista otro medio, ordinario o extraordinario, eficaz para resolver la situación”.

En este caso, advierte la Sala de Subsección que si bien el recurso de amparo puede llegar a ser procedente contra una sentencia de tutela, esto solo puede ser posible en situaciones de fraude, lo cual no se encuentra demostrado en la presente oportunidad.

Por lo anterior, esta Sala de Subsección rechazará por improcedente la tutela formulada por la señora Yanette Padilla Pinzón contra la acción constitucional proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

Ahora bien, alega la accionante que el Ministerio del Trabajo vulneró su derechos fundamentales, al retirarla del cargo que ocupaba en provisionalidad como inspectora de trabajo y seguridad social, teniendo en cuenta que desconoció su antigüedad y que se encuentra próxima a pensionarse, en ese sentido, sostiene

que debe mantenerse en su cargo hasta cuando ocurra su reconocimiento pensional y su inclusión en nómina de pensionados.

Una vez revisadas las piezas procesales, se tiene que a través de Resolución No. CNSC 20182120081335 de 9 de agosto de 2018, se conformó la lista de elegibles con 65 personas para proveer 47 vacantes ofertadas a través de la Convocatoria 428 de 2016.

Mediante Resolución 0134 del 25 de enero de 2019, el Ministerio del Trabajo dio cumplimiento del fallo de tutela proferido el 16 de enero de 2019 por el Tribunal Administrativo de Santander, nombró en periodo de prueba a 37 integrantes de la lista de elegibles y dio por terminado el nombramiento en provisionalidad de 37 personas dentro de las cuales se encontraba la señora Yanette Padilla Pinzón.¹²

Dentro del proceso se acreditó que la accionante nació el 31 de marzo de 1955¹³ es decir en la actualidad cuenta con 64 años de edad y 1201 semanas cotizadas, según reporte qué obra a (Fols. 56 – 57), fue nombrada mediante Resolución 000752 del 22 de marzo de 2000¹⁴ en el cargo de Inspectora del Trabajo y seguridad Social y se efectuó su posesión el 31 de marzo de ese mismo año.

Ahora bien, la Ley 100 de 1993 en su artículo 33, modificado por el art. 9 de la Ley 797 de 2003, estableció lo siguiente:

«Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

Haber cumplido (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

A partir del 1° de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.»¹⁵

En este sentido la señora Yanette Padilla de Pinzón, cuenta con la edad para obtener la pensión de vejez y le faltan aproximadamente 99 semanas, es decir menos de tres años, para cumplir la totalidad de las requeridas para acceder a la pensión de vejez, y por ende cumple con lo señalado para acreditar su condición de prepensionada.

Ahora, si bien el Ministerio de Trabajo informó que en razón a la lista de elegibles conformada por 65 aspirantes para proveer 47 vacantes del empleo Inspector del Trabajo y Seguridad Social Código 2003 Grado 14, proferida por la Comisión Nacional del Servicio Civil, no pudo aplicar la orden de protección contemplada en el parágrafo 2 del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 648 de 2017 ya que el número de aspirantes fue mayor al de vacantes ofertada, no demostró que hubiese tomado medidas para proteger el estatus de prepensionada de la accionante.

¹² Fol. 49-55

¹³ Fol. 17

¹⁴ Fol. 16

¹⁵ Ley 100 de 1993, artículo 33

De acuerdo con el escenario descrito, es evidente que no era consecuente con el *estatus* de prepensionado de la accionante que se produjera su retiro del servicio sin que antes se tomaran las medidas que ameritaban la protección especial ya que no podía ser desvinculada hasta cuando fuere incluida en nómina de pensionados, pues, es un sujeto de especial protección constitucional beneficiario de la estabilidad laboral reforzada, lo que lo que impone al juez constitucional emitir una orden que permita la satisfacción material de los derechos fundamentales en juego.

Ahora bien, no desconoce la Sala que si ya se proveyó el cargo con quien legítimamente superó todas las etapas del proceso de selección, esta circunstancia no obsta para que se acceda al amparo invocado, pues no puede desatenderse la especialísima condición de prepensionada que gobierna la situación de la accionante. No obstante la orden de amparo no puede afectar los derechos de la señora Sandra Milena Mesa Flórez quien fue nombrada en el cargo que ostentaba la accionante, ya que los concursantes no pueden sufrir las consecuencias de las omisiones de la entidad nominadora.

Por lo anterior, la Sala amparará los derechos al mínimo vital, al trabajo y a la seguridad social de la accionante y en consecuencia se ordenará al Ministerio del Trabajo proceder a efectuar el reintegro de la señora Yanette Padilla Pinzón a un cargo de los niveles de inspectora de trabajo y seguridad social dentro de la planta administrativa de la entidad¹⁶, con un salario equivalente o similar al que devengaba, atendiendo su especialidad funcional y la labor que realizaba.

Dicho reintegro será hasta tanto PORVENIR reconozca la pensión de jubilación de la accionante y la incluya en nómina de pensionados. La orden de protección permanecerá vigente hasta que la señora Yanette Padilla Pinzón cumpla los requisitos para el reconocimiento de la pensión, siempre y cuando el cargo al que sea reintegrada no sea provisto por concurso de méritos.

Lo anterior con el fin de proteger tanto los derechos de la accionante como de las personas que superaron el concurso y conforman la lista de elegibles.

Igualmente, esta orden de protección cesará si la accionante no presenta ante PORVENIR su solicitud de reconocimiento pensional al siguiente día hábil del cumplimiento de las 1300 semanas exigidas en la ley. El Ministerio del Trabajo acompañará a la accionante en la gestión de su pensión.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

IV. FALLA

¹⁶ Que se encuentre vacante o en la primera vacancia que ocurra.

PRIMERO.- ACÉPTASE el impedimento manifestado por el Consejero WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.

SEGUNDO.- RECHÁZASE POR IMPROCEDENTE la tutela formulada por la señora Yanette Padilla Pinzón contra la acción constitucional proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO.- AMPÁRENSE los derechos fundamentales al mínimo vital, al trabajo y la seguridad social de la señora Yanette Padilla de Pinzón de conformidad con lo señalado en precedencia.

CUARTO.- Ordenar al Ministerio del Trabajo, que en el término máximo de diez (10) días, reintegre a la accionante a un cargo de los niveles de Inspectora de Trabajo y Seguridad Social dentro de la planta administrativa de la entidad que se encuentre vacante en la ciudad de origen o en la primera vacancia que ocurra, con un salario equivalente o similar al que devengaba, atendiendo su especialidad y, la labor que realizaba.

Dicho reintegro será hasta tanto PORVENIR reconozca la pensión de jubilación de la accionante y le incluya en nómina de pensionados. La orden de protección permanecerá vigente hasta que la señora Yanette Padilla de Pinzón cumpla los requisitos para el reconocimiento de la pensión, siempre y cuando el cargo al que sea reintegrada, no sea provisto por concurso de méritos.

Cesará la orden, si la accionante no presenta ante PORVENIR su solicitud de reconocimiento pensional al siguiente día hábil, del cumplimiento de las 1300 semanas exigidas en la Ley. El Ministerio del Trabajo acompañará a la accionante en la gestión del reconocimiento de su pensión.

QUINTO. - NOTIFÍQUESE por cualquier medio expedito.

SEXTO.- ENVÍESE a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

Esta sentencia se estudió y aprobó en sesión celebrada en la fecha.

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ