

DEBIDO PROCESO - Vulneración por incumplimiento en procedimiento para determinar que trabajador es prepensionado / OFERTA PUBLICA DE EMPLEOS DE CARRERA - Exclusión de cargos desempeñados por prepensionados

Encuentra claro la Sala que la Secretaría de Educación de Bucaramanga desconoció el debido proceso que debía seguirse para el caso concreto, toda vez que según los artículos 3 y 5 del Acuerdo 121 de 2009, los representantes legales de la entidad nominadora tienen la responsabilidad de verificar el cumplimiento de la condición de prepensionado, una vez el interesado formule la petición para ser reconocido como tal. Si bien es cierto que corresponde al interesado allegar la documentación necesaria para demostrar la condición de prepensionado, también lo es que la entidad ante la que se radica la petición puede solicitar aclaración o información adicional. En el presente caso, la entidad en ningún momento le señaló a la peticionaria los documentos o información adicional que requería para verificar si cumplía o no con los requisitos exigidos por el Decreto 3905 de 2009 para ser prepensionada. Simplemente se limitó a decirle en Oficio de 18 de diciembre de 2009, recibido el 30 siguiente, que no cumple con las semanas cotizadas. Al respecto, advierte la Sala que ese oficio no se dictó conforme los lineamientos del artículo 6 del Acuerdo 121 de 2009, el cual dispone que el acto administrativo debe expresar las razones en que se fundamenta la decisión. Para el caso no es claro cuáles son las semanas contabilizadas por la Secretaría ni si se tuvo en cuenta todo el tiempo laborado y cotizado realmente por la actora, quien informa que el Seguro Social no reportó 7 años, los cuales si fueron cotizados, tal como se observa del certificado de información laboral que obra a folio 19 y que se aportó a la Secretaría de Educación de Bucaramanga. En relación con la información enviada por la citada Secretaría a la Comisión Nacional del Servicio Civil para que sea esta la que decida si se excluye o no de la OPEC el cargo ocupado por la actora, precisa la Sala que según los artículos 3 y 10 del Acuerdo 121 de 2009, es responsabilidad indelegable de los representantes de las entidades verificar el cumplimiento de la condición de prepensionado y reportar ante dicha Comisión los cargos que desempeñan personas próximas a pensionarse en los términos del Decreto 3905 de 2009.

FUENTE FORMAL: DECRETO 3905 DE 2009 / ACUERDO 121 - ARTICULO 3 / ACUERDO 121 - ARTICULO 10 / ACUERDO 121 - ARTICULO 5

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejera ponente: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

Bogotá, D.C., once (11) de noviembre de dos mil diez (2010)

Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00472-01(AC)

Actor: LUZ AMPARO LEAL CORREA

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER

Decide la Sala la impugnación presentada por la actora contra la providencia de 16 de julio de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, mediante la cual se amparó el derecho de petición.

I. ANTECEDENTES

La señora LUZ AMPARO LEAL CORREA, en nombre propio, instauró acción de tutela contra la Comisión Nacional del Servicio Civil, por considerar vulnerado su derecho fundamental a la igualdad.

Hechos

La actora indica como hechos relevantes los siguientes:

Se posesionó el 5 de diciembre de 1988 en el cargo de Profesional Universitario, en provisionalidad, en el Fondo Educativo Regional de Santander, años después pasó a ser parte del Fondo Educativo Departamental y actualmente se encuentra en la Secretaría de Educación Municipal. Desde esa época ha cotizado en Cajanal, actualmente Seguro Social.

El Decreto 3905 de 8 de octubre de 2009 establece que los cargos ocupados por empleados vinculados en provisionalidad, a quienes les falten 3 años o menos para pensionarse, serán ofertados por la Comisión Nacional del Servicio Civil hasta que se cause el derecho pensional.

Presentó petición ante la Secretaría de Educación Municipal de Bucaramanga en la que solicitó se le reconociera como prepensionada, para lo cual allegó la documentación que acreditaba tal calidad, dado que le faltaban 2 años y 4 meses para pensionarse. Frente a tal solicitud, la entidad le responde que no cumple con las semanas cotizadas para ser considerada como prepensionada.

Al respecto, aclara que en el historial de semanas cotizadas emitido por el Seguro Social no se reportaron 7 años de servicios, circunstancia que precisa en la petición que radicó con la cual anexó el certificado de información laboral dado por la Secretaría de Educación (antiguo FER) con el que se demuestra que desde el 5 de diciembre de 1988 hasta el 12 de diciembre de 1995 cotizó a Cajanal.

Sostiene que no es su culpa que el Seguro Social no reportara esas semanas. No obstante debe darse validez al certificado de la Secretaría de Educación.

El 11 de noviembre de 2009 formuló petición ante el Alcalde de Bucaramanga para que se cumpliera lo dispuesto en el Decreto 3905 de 2009, de manera que su condición de prepensionada fuera reconocida y el cargo que ocupa no fuera reportado en la oferta pública de empleos. El 13 de noviembre siguiente la Asesora del Alcalde le informa que la solicitud se remitió al Secretario de Educación por ser el competente.

El 4 de diciembre de 2009, nuevamente radicó petición ante la Secretaría de Educación de Bucaramanga en la que confirma su historia laboral y señala que solicitó al Fondo Educativo Departamental el certificado de información laboral, para demostrar los 7 años cotizados.

El 18 de diciembre de 2009, la Secretaría de Educación nuevamente le informa que no cumple con el número de semanas cotizadas exigidas para ser calificada como prepensionada.

El 30 de diciembre de 2009 formuló una vez más petición en la que reitera su condición de prepensionada y allega el certificado que le expidió la Secretaría de Educación en el que consta que laboró y cotizó a Cajanal los 7 años no reportados por el Seguro Social. El 5 de enero de 2010 la entidad le comunicó que había enviado la información de las semanas cotizadas a la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Se extrae de la lectura del escrito de tutela que el cargo ocupado por la señora Leal Correa se ofertó como vacante en el primer grupo.

Pretensiones

La actora solicita la protección de los derechos fundamentales invocados, y en consecuencia:

“PRIMERA: Se ordene corregir y excluir por parte de la COMISION (sic) NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL mi cargo como profesional universitaria grado 27 código 219 número del empleo 3516 que se encuentra vacante dentro del

primer grupo de la oferta pública de empleo establecida en el decreto 3905 de 2009 y sea incluido en el tercer grupo, por cuanto cumplo con todos los requisitos para ser prepensionada, (...)

SEGUNDA: De lo anteriormente mencionado y como lo he reiterado en derechos de petición, cumplo con todos los requisitos de ley para tener la calidad de prepensionada, pues a la entrada en vigencia del acto legislativo 1 de 2005, es decir a 22 de julio del mismo año tenía más de 850 semanas cotizadas equivalente a 16 años y siete meses de servicio en el sector público. De otro lado como funcionaria pública solicito se me respete mi DERECHO A LA IGUALDAD en consonancia con los demás funcionarios en calidad de provisionales que fueron cobijados por el decreto 3905 y sus cargos se encuentran dentro del grupo 3 de la oferta pública de empleo y que tienen el mismo tiempo de servicio que el mío y por ende las semanas cotizadas.

SEGUNDA: Se responsabilice a quien corresponda el incumplimiento de sus funciones, como lo es al SEGURO SOCIAL por no reportar los años (sic) 7 años cotizados o a la entidad territorial por no haber declarado válido el certificado de información laboral (bono pensional) emitido por la SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL en donde confirma los 7 años no reportados en el SEGURO SOCIAL, pero que demostraba que efectivamente había laborado en la misma entidad durante dichos años e igualmente cotizado a CAJANAL ahora SEGURO SOCIAL, además que en la secretaria (sic) de educación reposa mi hoja de vida, es decir mi nombramiento desde el año 1988 hasta la fecha.

TERCERA: Se le impongan las sanciones establecidas por la ley a quien sea responsable, por cuanto me están causando un perjuicio que puede ser irremediable, pues mi cargo no debe salir a oferta pública hasta tanto no se cause mi derecho a la pensión.”

Trámite.

Una vez avocado el conocimiento de la presente acción por el Tribunal Administrativo de Santander, mediante auto de 1º de julio de 2010, admitió la demanda, ordenó notificar a las partes y vincular a la Secretaría de Educación

Municipal de Bucaramanga y al Instituto de Seguros Sociales- Pensiones. (fls. 23-24)

Oposiciones

El **Secretario de Educación Municipal de Bucaramanga** se opone a todos y cada uno de los hechos y pretensiones de la demanda.

Sostiene que esa entidad cumplió con lo que le correspondía, toda vez que, según lo dispuesto en el Decreto 3905 de 2009, el ente territorial debía reportar la información relacionada con el derecho de prepensionada, previa solicitud del interesado.

Informa que la solicitud en ese sentido, presentada por la actora se negó con oficio de 18 de diciembre de 2009 por no cumplir con las semanas cotizadas necesarias para clasificar como prepensionada y no anexar la documentación completa. Sin embargo, frente a la nueva petición procedió, con oficio de 5 de enero de 2010, a enviar a la Comisión Nacional del Servicio Civil la información respectiva, *para que fueran ellos quienes resuelvan sobre si los documentos allegados son los pertinentes para acceder al mencionado derecho.*

Por lo anterior, considera que es la Comisión Nacional del Servicio Civil la competente para excluir o no el cargo de profesional universitario grado 27, código 219, número de empleo 3516 que se encuentra vacante dentro del primer grupo de la oferta pública de empleo y el mismo se incluya en el tercer grupo. Estima que también es competente para determinar si la actora cumple con los requisitos de prepensionada.

La Asesora Jurídica de la **Comisión Nacional del Servicio Civil** precisa que dentro de la Convocatoria 001 de 2005 existe una garantía que busca la protección de los funcionarios en provisionalidad que estén próximos a pensionarse y que cumplan con los requisitos establecidos en el Decreto 3905 de 2009, según el cual es obligación de los organismos y entidades nominadoras el reportar a la Comisión cuales son los empleos que se encuentran ocupados por funcionarios que reúnen las condiciones para ser beneficiados con esa garantía.

Informa que mediante Acuerdo 121 de 27 de octubre de 2009 la Comisión Nacional del Servicio Civil reglamentó el citado decreto y estableció el procedimiento previo que debe adelantarse para reportar ante esa entidad los empleos vacantes en forma definitiva provistos provisionalmente con prepensionados.

Concluye que la responsabilidad de acreditar si los funcionarios cumplen o no con los requisitos exigidos por el Decreto 3905 de 2009 es de la entidad nominadora en la cual están vinculados, previa solicitud del interesado.

Finalmente, sostiene que revisadas las bases de datos de la entidad no encontró reportado el empleo de la actora por lo que es responsabilidad del empleador acreditar esa situación particular.

Por lo anterior solicita negar el amparo solicitado.

Fallo impugnado

El Tribunal Administrativo de Santander, mediante fallo de 16 de julio de 2010, tuteló el derecho de petición de la actora y ordenó al Secretario de Educación del Municipio de Bucaramanga responder de fondo la petición de 30 de diciembre de 2009 y notificar tal respuesta en debida forma.

En primer lugar, se refiere al Decreto 3905 de 2009 del Gobierno Nacional y al Acuerdo 0121 de 27 de octubre de 2009 de la Comisión Nacional del Servicio Civil y después estudia los hechos acreditados en el proceso y la presunta vulneración del derecho de petición de la señora Leal Correa para concluir que el oficio de 5 de enero de 2010 de la Secretaría de Educación de Bucaramanga, con el cual se da respuesta a la petición formulada por la actora el 30 de diciembre de 2009, no resuelve de fondo la solicitud, pues la entidad se limitó a remitir el certificado de semanas cotizadas a la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Explica que según las referidas normas, corresponde verificar el cumplimiento de los requisitos para acreditar la condición de prepensionados al representante legal de la entidad nominadora, en este caso, la Secretaría de Educación Municipal de Bucaramanga y no a la Comisión Nacional de Servicio Civil.

En virtud de lo anterior, según el Tribunal, la Secretaría debió dar respuesta de fondo y al no hacerlo se le vulneró el derecho fundamental de petición a la actora.

Finalmente, no advierte vulneración alguna del derecho a la igualdad invocado por la actora.

Impugnación

La actora impugna la decisión e insiste en que el derecho que se está vulnerando es el de igualdad, si se tiene en cuenta que los empleados en provisionalidad que son prepensionados han sido beneficiados con el Decreto 3905 de 2009 y en consecuencia se le ha respetado el cargo que ocupan hasta que se cause su derecho a la pensión.

Informa que una vez notificado el fallo de primera instancia, la Secretaría de Educación, mediante Oficio 1303, le responde a la actora que no se reconoció la condición de prepensionada porque la petición se radicó extemporáneamente, pues la fecha límite era el 8 de diciembre de 2009 y se presentó el 30 del mismo mes.

Sostiene que tal afirmación no es cierta, ya que si bien existe una petición de esa fecha (30 de diciembre), la misma es una de las varias solicitudes que se elevaron ante la administración, las cuales se presentaron el 11 de noviembre y el 4 de diciembre de 2009.

Considera que en su caso era sencillo reconocer la condición de prepensionada, dado que su hoja de vida reposa en la Secretaría de Educación, con la cual se demuestran los 21 años de servicios al Estado. De otra parte, advierte que no es su culpa que el Seguro Social no reportara los 7 años de servicios (1988-1995), sin embargo, en la petición adjuntó el certificado laboral que demostraba la prestación del servicio en ese periodo.

Por lo anterior, solicita que se revoque la decisión impugnada y en su lugar se disponga el trámite correspondiente para que la Comisión Nacional del Servicio Civil excluya su cargo del grupo uno de la OPEC y lo incluya en el tres.

II. CONSIDERACIONES

La acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política reglamentada mediante el Decreto 2591 de 1991 que en el artículo 1° establece: "**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 en 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 o de los particulares en los casos que señala este decreto", **la cual procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial**, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Corresponde a la Sala decidir la impugnación interpuesta por la actora contra el fallo de primera instancia, por cuanto insiste en la vulneración del derecho a la igualdad.

Para el efecto se relacionan las pruebas que obran en el expediente en orden cronológico:

- Resolución No. 245 del 21 de Noviembre de 1988, proferida por la Delegación del Ministerio de Educación del Departamento de Santander, por la cual se nombra provisionalmente a la señora Luz Amparo Leal Correa en el cargo de Profesional Universitario, Código 3020, Grado 06 en el CENTRO EXPERIMENTAL PILOTO de Bucaramanga. (Fl. 6)
- Acta de posesión No. 058 del 5 de Diciembre 1988 del cargo antes citado. (Fl. 7)
- Oficio de 27 de diciembre de 2002, Radicado No. 01846 de la Coordinadora del Grupo de Administración de Personal de la Gobernación de Santander, mediante el cual se informa a la señora Luz Amparo Leal Correa que mediante Resolución No. 14020 del 2 de diciembre de 2002 fue incorporada en el cargo de

Profesional Universitario, Código 34008, Grado 8, Nivel Profesional, en el Centro Piloto Simón Bolívar del Municipio de Bucaramanga. (FL. 8)

➤ Oficio de 24 de enero de 2008 del Secretario de Educación del Municipio de Bucaramanga, mediante el cual comunica a la señora Luz Amparo Leal Correa que mediante Resolución No. 0045 de 23 de enero de 2008 se incorporó al cargo de Profesional Universitario, Código 219, Grado 27, Nivel Profesional de la planta de personal administrativo de esa Secretaría (FI. 9)

➤ Petición de 11 de noviembre de 2009 elevada por la señora Luz Amparo Leal Correa al Alcalde de Bucaramanga, con el fin de que se dé cumplimiento al Decreto 3905 de 2009 dada su situación actual de prepensionada. (Fls. 10 y 11)

➤ Oficio No. 007147 de 13 de noviembre de 2009 del Asesor del Despacho del Alcalde de Bucaramanga, mediante el cual se informa a la señora Luz Amparo Leal Correa que la petición Radicada con el No. 55911 del 11 de Noviembre de 2009, se remitió al Secretario de Educación para su consideración y trámite.(FI. 12)

➤ Oficio SEB-JUR 1239 de 1º de diciembre de 2009 del Secretario de Educación Municipal en el que le informa a la señora Luz Amparo Leal Correa que los docentes que reúnan los requisitos del Decreto 3905 de 2009 deben adjuntar los soportes del caso para que esa Secretaría envíe el reporte de la información a la Comisión Nacional del Servicio Civil. (FI. 16)

➤ Escrito de 4 de diciembre de 2009, radicado con el No. 41030, dirigida a la Coordinadora Administrativa de la Secretaría de Educación, mediante el cual la señora Luz Amparo Leal Correa reporta los datos de afiliación al Seguro Social y explica que esa entidad no registró las semanas cotizadas en los años 1988 a 1996, las cuales efectivamente se cotizaron en Cajanal, por lo que solicitó certificado laboral con el cual se demuestra tal circunstancia. (Fls. 14 y 15)

➤ Oficio de 18 de diciembre de 2009, mediante el cual el Secretario de Educación Municipal, en respuesta a la petición radicada con No. 41030, indica que según la información reportada no cumple con las semanas cotizadas, como requisito para que se le clasifique dentro de los “prepensionados”. (FI. 18)

- Escrito de 30 de diciembre de 2009, Radicado No. 42323, remitido a la Coordinadora Administrativa de la Secretaría de Educación con el cual la señora Luz Amparo Leal Correa reitera que es negligencia del Seguro Social el no reportar las semanas cotizadas y aporta el certificado laboral de los años no reportados, desde el 5 de diciembre de 1988 , con lo cual demuestra su condición de prepensionada. (FL. 13)

- Petición de 30 de diciembre de 2009, remitido a la Comisión Nacional del Servicio Civil (fase II) mediante el cual la señora Luz Amparo Leal Correa comunica que se encuentra en provisionalidad como Profesional Universitario, Código 219, Grado 27, desde el día 5 de Diciembre de 1988 y que reúne los requisitos de prepensionada, por lo que solicita que su cargo no sea ofertado. (Fls. 81 y 82)

- Oficio de 5 de enero de 2010, por medio del cual Secretario de Educación Municipal, en respuesta a la solicitud de No. 42323 informa, que se procedió a enviar la información a la Comisión Nacional del Servicio Civil. (Fl. 17)

- Certificado de Información Laboral de la señora Luz Amparo Leal Correa, donde se certifican los periodos de vinculación laboral y de aportes para pensión desde el 5 de diciembre de 1988 hasta el 31 de diciembre de 1995. (Fl. 19)

- Oficio de 23 de julio de 2010 del Secretario de Educación de Bucaramanga por el cual, en cumplimiento del fallo de tutela de primera instancia, da respuesta a la petición de la actora en el sentido de indicarle que el plazo otorgado en el Decreto 3905 de 2009 para reportar la información de prepensionados venció el 8 de diciembre de ese año y que la solicitud de la actora fue de 30 de diciembre de 2009, por lo que era extemporánea. Sin embargo, envió la información a la Comisión Nacional del Servicio Civil para lo que estimara procedente. (fls. 95-96)

Relacionadas como están las pruebas encuentra la Sala probado que la señora Luz Amparo Leal Correa ocupa en provisionalidad el cargo de profesional universitario, grado 27, código 219, número 3516, que hace parte de la planta de

personal de la Secretaría de Educación del Municipio de Bucaramanga. Así mismo, que el cargo fue reportado como vacante dentro de la Convocatoria 001 de 2005- Oferta Pública de Empleos- OPEC.

No obstante, advierte la actora que ha laborado desde el 5 de diciembre de 1988, por lo que está próxima a pensionarse, razón por la que solicitó ante la entidad nominadora le reconociera la condición de prepensionada, en los términos del Decreto 3905 de 2009. La citada norma prevé:

“DECRETO NUMERO 3905 DE 2009

(octubre 8)

por el cual se reglamenta la Ley 909 de 2004 y se dictan normas en materia de carrera administrativa.

(...)

DECRETA:

Artículo 1°. Los empleos vacantes en forma definitiva del sistema de carrera general, de los sistemas específicos y especial del Sector Defensa, que estén siendo desempeñados con personal vinculado mediante nombramiento provisional efectuado antes del veinticuatro (24) de septiembre de 2004 a cuyos titulares a la fecha de expedición del presente decreto les falten tres (3) años o menos para causar el derecho a la pensión de jubilación, serán ofertados por la Comisión Nacional del Servicio Civil una vez el servidor cause su respectivo derecho pensional.

Surtido lo anterior, los empleos deberán proveerse siguiendo el procedimiento señalado en la Ley 909 de 2004, en los Decretos-ley 765, 775, 780, 790 de 2005, 91 de 2009 y en sus decretos reglamentarios.

Artículo 2°. Los jefes de los organismos o entidades deberán reportar a la Comisión Nacional del Servicio Civil, dentro de los dos meses siguientes a la fecha de publicación del presente decreto, los empleos que se encuentren en la situación antes señalada.

(...)”

El procedimiento para reportar los cargos de carrera que estén vacantes en forma definitiva pero ocupados con personas nombradas en provisionalidad antes del 24 de septiembre de 2004 y que a 8 de octubre de 2009¹ sólo les falten 3 años o menos para pensionarse, está descrito en el Acuerdo 121 de 27 de octubre de 2009 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, así:

“ACUERDO

No. 121 de 2009

(27 de Octubre)

“Por medio del cual se establece el procedimiento a seguir para implementar lo dispuesto en el Decreto 3905 de 2009”

ACUERDA:

CAPITULO II

PROCEDIMIENTO

ARTICULO 2º. Procedimiento para reportar ante la CNSC los empleos vacantes en forma definitiva provistos de manera provisional con prepensionados. El trámite sólo podrá iniciarse por solicitud del interesado ante el representante legal de la entidad donde se encuentre vinculado el servidor, acompañando para tal fin la información necesaria para que la entidad pueda constatar su situación de prepensionado, de acuerdo con los términos establecidos en el Decreto 3905 de 2009.

ARTICULO 3º. De la verificación. La verificación del cumplimiento de los requisitos, así como el reporte ante esta Comisión Nacional de los empleos que estén siendo desempeñados por servidores en condición de prepensionados, conforme a los términos señalados en el artículo 1º del presente acuerdo, será responsabilidad indelegable de los Representantes Legales de las entidades, quienes garantizarán el ejercicio del control social de acuerdo con el procedimiento que establezcan para tal fin.

(...)

ARTICULO 5º. Petición por parte del interesado. El servidor público que considere cumplir con los requisitos señalados en el artículo 1º del presente acuerdo, solicitará el reconocimiento de su condición de prepensionado ante el

¹ Fecha en la que se expidió el Decreto 3905 de 2009.

Represente Legal de la entidad a la cual se encuentra vinculado, a través de una petición formal. Los Representantes Legales de las entidades podrán solicitar aclaraciones o información adicional cuando a ello haya lugar, y en todo caso deberán advertir al interesado del término perentorio máximo de dos meses para efectuar el reporte de cargos ante la Comisión Nacional del Servicio Civil.

PARAGRAFO. Los Representantes Legales de las entidades no podrán iniciar de oficio el trámite de que trata el presente acuerdo.

ARTICULO 6º. Decisión del Representante Legal de la entidad frente a la petición del interesado. Una vez recibida la petición de reconocimiento de la condición de prepensionado, el Representante Legal de la entidad en la que se encuentre vinculado el servidor deberá verificar en un término razonable el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Decreto 3905 de 2009 y expedir la certificación que sirva de soporte para efectuar el reporte ante la CNSC. En el evento en que el Representante Legal de la entidad establezca que el interesado no cumple con los requisitos para el reconocimiento de su condición de prepensionado, emitirá el acto administrativo expresando las razones en que se fundamenta la decisión. Contra este acto administrativo sólo procede el recurso de reposición; quedando así agotada la vía gubernativa.

PARAGRAFO: En todo caso esta actuación administrativa no podrá superar los dos meses contados a partir de la publicación del Decreto 3905 de 2009.

(...)

ARTICULO 10º. Reporte ante la CNSC de empleos desempeñados por prepensionados. Los Representantes Legales de las entidades, una vez cumplido con lo señalado en los artículos precedentes, deberán reportar ante la Comisión Nacional del Servicio Civil, los empleos desempeñados por servidores provisionales en condición de prepensionados que cumplan con los requisitos establecidos en el Decreto 3905 de 2009.

Dicho reporte sólo procederá a través del aplicativo dispuesto para tal fin en la página web www.cnsc.gov.co. Para que sea tenido en cuenta el referido reporte por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil, el Representante Legal de manera indelegable deberá diligenciar la información de todos los campos del aplicativo y firmar digitalmente la certificación que acredite los empleos desempeñados por prepensionados en los términos del Decreto 3905 de 2009.

PARAGRAFO 1°. *Para lo anterior, la CNSC facilitará los certificados de firma digital temporales a las entidades que no cuenten con éstos.*

PARAGRAFO 2°. *Los certificados de firma digital diligenciados por los Representantes Legales de las entidades, tendrán la equivalencia funcional autorizada por la Ley y contarán con estampado cronológico que garantiza la seguridad del mismo.*

ARTICULO 11°. **Plazo límite para efectuar el reporte ante la CNSC.** *Los Representantes Legales de las entidades deberán reportar a la CNSC, los empleos desempeñados por servidores provisionales en condición de prepensionados que cumplan con los requisitos establecidos en el Decreto 3905 de 2009, a más tardar el día siete (7) de diciembre de 2009.*

ARTICULO 12°. **Oferta de los empleos reportados en virtud del Decreto 3905 de 2009.** *Los empleos reportados ante la CNSC desempeñados por servidores provisionales en condición de prepensionados que cumplan con los requisitos establecidos en el Decreto 3905 de 2009, estarán sometidos a una condición suspensiva, en la medida en que sólo serán ofertados por la CNSC una vez el servidor cause su respectivo derecho pensional.*

De la lectura de las normas transcritas se observa con claridad que el interesado, para que se le reconociera su condición de prepensionado, debía formular petición formal ante el representante legal de la entidad en la que estuviera vinculado junto con la información necesaria para que se constatará tal situación.

En este caso, está demostrado que la señora Luz Amparo Leal Correa elevó petición en ese sentido ante la Secretaría de Educación del Municipio de Bucaramanga el 11 de noviembre de 2009. Luego, el 4 de diciembre del mismo año, por escrito, explicó que el Seguro Social no reportó las semanas cotizadas desde 1988 a 1995.

El Secretario de Educación Municipal de Bucaramanga, mediante oficio de 18 de diciembre de 2009 indicó a la actora que “según la información reportada por usted, no cumple con las semanas cotizadas como requisito que lo clasifique dentro de los “prepensionados”, a que hace referencia el decreto 3905 de 2009”.

Frente a esa respuesta, la actora procedió el 30 de diciembre de 2009 a reiterar la solicitud, para lo cual anexó certificado laboral de los 7 años de servicios no reportados por el Seguro Social, ante lo cual la Secretaría simplemente procedió a remitir la información a la Comisión Nacional del Servicio Civil. (fl. 17)

De lo anterior, encuentra claro la Sala que la Secretaría de Educación de Bucaramanga desconoció el debido proceso que debía seguirse para el caso concreto, toda vez que según los artículos 3 y 5 del Acuerdo 121 de 2009, los representantes legales de la entidad nominadora tienen la responsabilidad de verificar el cumplimiento de la condición de prepensionado, una vez el interesado formule la petición para ser reconocido como tal.

Si bien es cierto que corresponde al interesado allegar la documentación necesaria para demostrar la condición de prepensionado, también lo es que la entidad ante la que se radica la petición puede solicitar aclaración o información adicional. En el presente caso, la entidad en ningún momento le señaló a la peticionaria los documentos o información adicional que requería para verificar si cumplía o no con los requisitos exigidos por el Decreto 3905 de 2009 para ser prepensionada. Simplemente se limitó a decirle en Oficio de 18 de diciembre de 2009, recibido el 30 siguiente, que no cumple con las semanas cotizadas.

Al respecto, advierte la Sala que ese oficio no se dictó conforme los lineamientos del artículo 6 del Acuerdo 121 de 2009, el cual dispone que el acto administrativo debe expresar las razones en que se fundamenta la decisión. Para el caso no es claro cuáles son las semanas contabilizadas por la Secretaría ni si se tuvo en cuenta todo el tiempo laborado y cotizado realmente por la actora, quien informa que el Seguro Social no reportó 7 años, los cuales si fueron cotizados, tal como se observa del certificado de información laboral que obra a folio 19 y que se aportó a la Secretaría de Educación de Bucaramanga.

En relación con la información enviada por la citada Secretaría a la Comisión Nacional del Servicio Civil para que sea esta la que decida si se excluye o no de la OPEC el cargo ocupado por la actora, precisa la Sala que según los artículos 3 y 10 del Acuerdo 121 de 2009, es responsabilidad indelegable de los representantes de las entidades verificar el cumplimiento de la condición de prepensionado y reportar ante dicha Comisión los cargos que desempeñan personas próximas a pensionarse en los términos del Decreto 3905 de 2009.

De otra parte, es necesario referirse al Oficio de 23 de julio de 2010 con el cual pretende la Secretaría de Educación de Bucaramanga dar cumplimiento a la orden impartida por el *a quo*, en el que se indica que la petición de la actora fue extemporánea dado que el plazo venció el 8 de diciembre de 2009 y la solicitud se presentó apenas el 30 siguiente.

El citado oficio no cumple con los requerimientos exigidos por el Acuerdo 121 de 2009, menos aún si se tiene en cuenta que la señora Luz Amparo Leal Correa radicó su petición el 11 de noviembre de 2009 y además el plazo de que tratan los artículos 2º del Decreto 3905 de 2009 y el 11 del Acuerdo 121 de 2009, fue ampliado por la Comisión Nacional del Servicio Civil a través de la Circular 003 de 16 de febrero de 2010, con el fin de garantizar a los servidores públicos su condición de prepensionados respecto de los cuales no fueron reportados los cargos dentro del plazo fijado.

En la citada Circular se indicó que el aplicativo² sería habilitado en la página web de la Comisión Nacional del Servicio Civil entre el 4 y 18 de marzo de 2010.

Teniendo en cuenta lo expuesto, estima la Sala que la Secretaría de Educación de Bucaramanga desconoció el debido proceso al no cumplir de manera estricta con el procedimiento descrito en el Acuerdo 121 de 27 de octubre de 2009, tal como se indicó.

En aras de garantizar el debido proceso de la señora Leal Correa, procederá esta Corporación a modificar el fallo impugnado ya que en este caso se advierte una flagrante vulneración del referido derecho más que del de petición.

En consecuencia, se ordenará a la Secretaría de Educación del Municipio de Bucaramanga que en el término máximo de 48 horas, contadas a partir de la notificación de la presente providencia, verifique si la actora cumple con los requisitos exigidos en el Decreto 3905 de 2009 para ser considerada como prepensionada para lo cual deberá estudiar los documentos que reposan en sus archivos en cuanto a los periodos laborados por la actora en esa entidad y deberá solicitar la información adicional que requiera a la actora, a los anteriores

² *“información relacionada con los empleos que están siendo desempeñados por servidores provisionales en condición de prepensionados conforme al Decreto 3905 de 2009”*

empleadores o al Instituto de Seguro Social para efectos de determinar si cumple con las semanas cotizadas exigidas.

Si cumple con todos los requisitos, la entidad nominadora deberá expedir la certificación que sirva de soporte para efectuar el reporte ante la Comisión Nacional del Servicio Civil, conforme lo dispuesto en el artículo 6 del Acuerdo 121 de 2009, circunstancia que deberá comunicar a esa entidad. Una vez dispuesto el aplicativo en la página web www.cnsc.gov.co el representante legal de la Secretaría de Educación del Municipio de Bucaramanga deberá reportar el cargo desempeñado por la actora dada su condición de prepensionada, para ello es necesario que diligencie todos los campos del aplicativo y firme digitalmente la certificación, conforme lo dispuesto en el artículo 10 ib. En caso de que no reúna la condición de prepensionada debe dictar un acto administrativo en el que se indiquen los fundamentos de la negativa.

Por su parte se le ordenará a la Comisión Nacional del Servicio Civil que en el evento en que la señora Leal Correa cumpla con las condiciones para ser tenida como prepensionada, excluya el cargo de profesional universitaria, grado 27, código 219, número de empleo 3516, que fue ofertado en el grupo uno de la OPEC y en consecuencia se habilite el aplicativo respectivo para que el Secretario de Educación de Bucaramanga reporte el citado cargo como ocupado por un prepensionado, de tal manera que solo sea ofertado cuando la trabajadora cumpla con todos los requisitos para acceder al reconocimiento de la respectiva pensión según las normas que rigen la materia.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, por medio de la Sección Cuarta - Sala de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

F A L L A

1. **MODIFICASE** la sentencia de 26 de julio de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, objeto de impugnación, la cual quedará así: **AMPARASE** el derecho fundamental al debido proceso de la señora Luz Amparo Leal Correa. En consecuencia:

2. **ORDENASE** a la Secretaría de Educación del Municipio de Bucaramanga que en el término máximo de 48 horas, contadas a partir de la notificación de la presente providencia, verifique si la actora cumple con los requisitos exigidos en el Decreto 3905 de 2009 para ser considerada como prepensionada para lo cual deberá estudiar los documentos que reposan en sus archivos en cuanto a los periodos laborados por la actora en esa entidad y deberá solicitar la información adicional que requiera a la actora, a los anteriores empleadores o al Instituto de Seguro Social para efectos de determinar si cumple con las semanas cotizadas exigidas. Demostrada la condición de prepensionada la Secretaría de Educación del Municipio de Bucaramanga deberá seguir el trámite descrito en el Acuerdo 121 de 2009 de la Comisión Nacional del Servicio Civil para efectos de reportar el cargo en el aplicativo dispuesto para el efecto por la citada entidad.

3. **ORDENASE** a la Comisión Nacional del Servicio Civil que en el evento en que la señora Luz Amparo Leal Correa cumpla con las condiciones para ser tenida como prepensionada, excluya el cargo de profesional universitaria, grado 27, código 219, número de empleo 3516, que fue ofertado en el grupo uno de la OPEC y en consecuencia habilite el aplicativo respectivo para que el Secretario de Educación de Bucaramanga reporte el citado cargo como ocupado por un prepensionado, de tal manera que solo sea ofertado cuando la actora cumpla con todos los requisitos para acceder al reconocimiento de la respectiva pensión según las normas que rigen la materia.

Envíese el expediente a la Corte Constitucional para lo de su cargo,

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

**MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA HUGO FERNANDO BASTIDAS
BARCENAS**

Presidenta de la Sección

**WILLIAM GIRALDO GIRALDO
RODRIGUEZ**

CARMEN TERESA ORTIZ DE