

ACCIÓN DE TUTELA / VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL / ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA / PROCURADOR JUDICIAL / PREPENSIONADO / REINTEGRO

[La accionante] alegando su condición de pre pensionada, solicita (...) que se ordene a la Procuraduría General de la Nación, en el trámite del concurso de méritos adelantando mediante la Convocatoria 007-2015, abstenerse de nombrar en el cargo de Procurador Judicial 28 Penal II, a la persona que integró la lista de elegibles conformada para el empleo, y/o de manera subsidiaria, que se le nombre en alguno de los cargos vacantes de igual, equivalente o superior jerarquía o categoría al que viene ejerciendo, en cualquiera de las especialidades en las que los Procuradores Judiciales II se desempeñan, hasta tanto sea incluida en nómina de pensionados (...) se observa que la [accionante] actualmente cuenta con 57 años, y desempeñó el cargo de Procurador Judicial II, código 3PJ-EC, en la dependencia Procuraduría 54 Judicial II Infancia, Adolescencia y Familia de San Andrés, con tipo de vinculación en provisionalidad, desde el 3 de mayo de 2011 hasta que fue nombrada la señora [M] en el empleo, a través del Decreto 3352 del 8 de agosto de 2016, por provisión en carrera administrativa, por lo que actualmente la [accionante] se encuentra en situación de retiro (...) Se evidencia entonces que la accionante fue desvinculada del servicio por una justa causa que tiene como fundamento la provisión del cargo por concurso de méritos, por lo que puede observarse prima facie que la entidad accionada obró en cumplimiento de las normas del proceso de selección (...) Como se encontró probado, es persona de 57 años y para este momento cumple con las 1300 semanas de cotización, por lo que cumple con los requisitos para adquirir el status pensional; sin embargo, como ella misma lo afirma, aún no se ha consolidado su estatus en atención a que, de un lado, no se ha corregido la totalidad de su historia laboral por parte de Colpensiones, y, de otro, no se ha resuelto su solicitud de cambio de régimen; trámites administrativos que no pueden imponérseles como carga, pues solo hasta que dichas solicitudes sean resueltas, puede solicitarse el reconocimiento pensional con la respectiva inclusión en nómina de pensionados (...) Con todo, para este momento no es posible que el derecho de estabilidad laboral reforzada que le asiste a la actora, desplaze los derechos de la persona que luego de superar el proceso de selección correspondiente fue nombrada en periodo prueba en el cargo desempeñado en provisionalidad por la aquí accionante, por lo que es deber de la Sala de decisión garantizar los derechos de ambas partes. Por tanto, cierto es que para el cargo de Procurador Judicial II, código 3PJ-EC, en la dependencia Procurador Judicial II, código 3PJ-EC, dependencia Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia, fueron ofertados 45 empleos y la lista de elegibles fue integrada con 96 personas, y que en tal sentido, no existe vacancia para que la actora sea reintegrada a alguno de estos cargos; sin embargo, de la información proporcionada por la Procuraduría General de la Nación, existen en las convocatorias 001-2015, 002-2015 y 005-2015, un número de cargos ofertados superior al número de elegibles, de forma tal que habrá de ordenar a la accionada reintegrar a la actora en alguna de aquellas vacantes; y/o en caso de no ser posible, que proceda a realizar el reintegro en alguno de los cargos de asesor, directivo o profesional de la planta administrativa de la entidad, con un salario equivalente o similar al que devengaba, atendiendo a su condición de abogado, su especialidad y, la labor que realizaba.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION A

Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Bogotá, D.C., veinte (20) de abril de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 88001-23-33-000-2016-00060-01(AC)

Actor: INGRID POLANIA CHAUX

Demandado: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Decide la Sala la impugnación formulada por la parte actora contra la sentencia del 13 de septiembre de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

1. La acción de tutela

Ingrid Polania Chaux, quien actúa en nombre propio, promueve acción de tutela contra la Procuraduría General de la Nación.

1.1. Pretensiones

La accionante presente las siguientes pretensiones:

PRIMERA: TUTELAR los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, el mínimo vital y la seguridad social por las razones de hecho y derecho expuestas en relación con la calidad de pre pensionada y se ordene la ejecución de acciones afirmativas de protección ante la inminencia de la vulneración.

SEGUNDO: TUTELAR el derecho al debido proceso legal y administrativo violado por la Procuraduría General de la Nación al omitir la aplicación del Régimen General de Carrera Administrativa aplicable por vía supletoria de acuerdo con las razones de hecho y derecho expuestas. La accionada ha desconocido los derechos de pre pensionados desde la Resolución 040 de 2015 y con todos los actos producidos con ocasión de esta resolución.

TERCERO: ORDENAR a la accionada garantizar los derechos fundamentales pretendidos y para su efectividad ante la estabilidad laboral reforzada, me traslade o nombre en un empleo de igual o superior categoría al que soy titular.

De igual forma solicitó como medida preventiva:

Para evitar un perjuicio irremediable, se solicita ordenar a la Procuraduría General de la Nación:

PRIMERO: Abstenerse de nombrar de la lista de elegibles contenida en la Resolución 344 de 2016, en el empleo que actualmente ostento como Procuradora 54 Judicial II de San Andrés y hasta que se me reconozca la calidad de pre pensionada, se tomen las medidas necesarias para garantizar mi derecho al mínimo vital, seguridad social y estabilidad reforzada por mi estatus de pre pensionada y se consolide mi derecho pensional mediante la verificación efectiva de encontrarme incluida en nómina de pensionados.

SEGUNDO: O, abstenerse de separarme del servicio público nombrándome en otro empleo de igual o superior categoría al que ostento, de los ofertados en las diferentes convocatorias dentro del concurso contenido en la Resolución 040 de 2015 en donde el número de aspirantes es menor al de los cargos ofertados o en otro similar vacante bajo la disponibilidad discrecional del señor Procurador General hasta que alcance la inclusión en nómina de pensionada y evitar la solución de continuidad entre el pago de salarios y el pago de las mesadas pensionales.

TERCERO: Se conmine a que los actos que se llegaren a producir con efectos de desvinculación me sean notificados y debidamente motivados en respeto al derecho de estabilidad laboral reforzada, en cumplimiento del debido proceso legal y administrativo en los términos de la sentencia SU 917 de 2010. El no tenerme en cuenta para la aplicación de los beneficios de pre pensionada dentro de un proceso reglado, pone en riesgo grave la oportunidad de defensa de mis derechos.

1.2. Hechos de la solicitud

Señala la actora que el 3 de mayo de 2011 ingresó a laborar en la Procuraduría General de la Nación, en el cargo de Procurador Judicial II Infancia, Adolescencia y Familia, sede San Andrés, Isla, cargo que hasta la fecha de interposición de la acción de tutela ostenta.

A través de la Resolución 04 del 20 de enero de 2015, la Procuraduría General de la Nación en cumplimiento de la sentencia C-101 de 2013, dio apertura al concurso de méritos para la provisión de empleos de Procuradores Judiciales I y II.

El 16 de marzo de 2016, radicó oficio dirigido a la Secretaria General y al Jefe de Oficina de Selección y Carrera, donde informó su condición de pre pensionada y madre cabeza de familia y solicitó el reconocimiento de ambos derechos fundamentales.

El 17 de mayo de 2016 recibió respuesta de la Secretaría General, en la que se le indicó que tanto la solicitud como el informe sobre la condición de madre cabeza de familia serían enviados a la hoja de vida, para ser considerados por el señor Procurador General de la Nación.

El 12 de junio de 2016 cumplió la edad de 57 años, ha cotizado al Sistema General de Pensiones desde el 2 de enero de 1979, logrando superar las 1300 semanas cotizadas a los fondos, hechos que constituyen su derecho pre pensional.

El 8 de julio de 2016 se expidió y publicó la Resolución 344 de 2016, por medio de la cual se establece la lista de elegibles para la convocatoria 007-2015, para la provisión de 45 empleos en la Procuraduría Delegada para la defensa de los derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia. Lista de elegibles en la que 97 concursantes obtuvieron el puntaje para inclusión en la lista, por lo que quedaron 52 legibles para vacantes por dos años.

El 1 de agosto de 2016, vía correo electrónico y correo ordinario, reiteró la petición de reconocimiento de pre pensionada ante el señor Procurador General de la Nación y solicitó nuevamente que se realizaran las acciones afirmativas en protección, como verificar tal status antes de proceder a la provisión de su empleo o nombramiento en su cargo.

El 18 de agosto de 2016 recibió respuesta a la petición por parte de la Dirección General, negando el amparo solicitado, argumentando que la terminación de una vinculación en provisionalidad, cuando la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, no desconoce los derechos de funcionarios con estabilidad relativa, ya que esta calidad sede ante el mejor derecho que tienen las personas que ganaron el concurso público de méritos, respuesta que se contextualiza solamente en la provisionalidad del empleo y no se refiere a su estatus de pre pensionada, y por ende a la estabilidad reforzada que esa calidad otorga.

El 26 de agosto de 2016 recibió respuesta completa al requerimiento, en la que se señaló que de acuerdo con la sentencia T-326 de 2014, para poder prodigar una medida alternativa de protección la entidad debe tener la posibilidad o margen de maniobra para proceder y teniendo en cuenta que la lista de elegibles se integra por 97 personas frente a un total de 45 empleos ofertados, el nominador en estricto obediencia a la orden de la Corte Constitucional tuvo que proceder a la nominación, por lo que en el caso no tuvo margen de maniobra.

1.3. Fundamentos jurídicos del accionante

Argumenta que el salario por el empleo que ostenta constituye su único ingreso y no posee otros recursos de capital para su sustento, y que el retiro del cargo la dejaría en estado de vulnerabilidad económica afectando no solo su mínimo vital, sino el de sus padres de 83 y 93 años de edad, sumado a su derecho a la seguridad social.

Señala que el 12 de junio de 2016 cumplió la edad requerida y las semanas cotizadas como requisito para el reconocimiento del derecho pensional, reconocimiento que hará valer una vez culmine los trámites de corrección en su historia laboral que inició en el año 2014 y a la fecha se encuentra pendiente de resolver.

Alega que al ostentar el estatus de pre pensionada por cuanto a la fecha tiene 57 años y más de 1300 semanas cotizadas, ello la ubica dentro del grupo de personas con expectativa pensional, situación que informó oportunamente a la Procuraduría General de la Nación y a las dependencias administrativas a fin de que se tomaran las precauciones pertinentes, pero de ello recibió respuesta negativa.

Considera que la Procuraduría General de la Nación ignoró el deber constitucional y legal de garantizar la estabilidad laboral reforzada al no realizar acciones afirmativas, negándose a reconocer su calidad de pre pensionada.

1.4. Trámite en primera instancia

1.4.1. Mediante auto del 1 de septiembre de 2016, el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, **admitió** la acción de tutela, **ordenó** notificar de la decisión a la Procuraduría General de la Nación, como demandada, para que dentro del término de cuarenta y ocho horas, rindiera el respectivo informe, presentara las pruebas que considerara pertinentes e informara si en el cargo de Procurador 54 Judicial II con sede en San Andrés se ha realizado algún nombramiento. Asimismo, **ordenó** a la Procuraduría General de la Nación como medida preventiva, abstenerse de desvincular a la actora de la entidad, manteniéndola ya sea en el cargo que actualmente ostenta o en otro de igual o superior jerarquía, hasta tanto fuera resuelta la acción de tutela.

1.4.2. Por medio de auto del 5 de septiembre de 2016, el tribunal **vinculó** al trámite de la acción constitucional a la señora Martha Patricia Hernández Espitia y **ordenó** correr traslado por el término de 24 horas para que manifestara lo que a bien considerara y aportara las pruebas que estimara pertinentes.

1.5. Intervenciones

1.5.1. La Procuraduría General de la Nación, a través del apoderado especial, Clodomiro Rivera Garzón, presentó informe en el cual solicitó denegar la tutela. Señaló que en el caso se configuró una causal de nulidad, por cuanto en el auto admisorio de la demanda de tutela se omitió vincular a todas y cada una de las personas que integran la lista de elegibles.

Consideró que el presente caso la acción es improcedente, pues el proceso de selección abierto por la Procuraduría se dio en estricto cumplimiento de una orden judicial, que no quedó sujeta a ninguna condición o restricción que le permitiera a este órgano abstenerse de proveer los cargos con los concursantes que se encuentren bajo algún tipo de estabilidad laboral, por lo que de proceder en la forma requerida por la actora, se estaría desconociendo la orden judicial de la Corte Constitucional.

1.5.2. La señora Martha Patricia Hernández Espitia, allegó informe de los hechos de tutela y solicitó que se denegaran las pretensiones. Indicó que se posesionó en el cargo de Procurador Judicial II para la defensa de la Infancia, Adolescencia y Familia, el 1 de septiembre de 2016, como consecuencia del concurso de méritos convocado por la Procuraduría General de la Nación mediante Convocatoria 007-2015, dentro de la cual fue incluida en la lista de elegibles correspondiente, ocupando el puesto 22 de 97 aspirantes que superaron cada una de las etapas de concurso.

Alega que el derecho de quienes integran la lista de elegibles no está condicionado a mantener en el cargo a quienes estén vinculados en provisionalidad, aunque tenga condición especial de pre pensionados, madres cabeza de familia o discapacidad, pues para ser reubicados en otro cargo, en aras de darles un trato preferencial, el cargo debe existir en la entidad y no estar incluido en aquellos que daban ser provistos por las listas de elegibles. De manera

que en ningún momento debe interpretarse que el derecho fundamental de la persona que ha superado el concurso y ha sido nombrada y posesionada deba revertirse o limitarse frente al derecho de las personas que ocupan cargos en provisionalidad y tienen la calidad de pre pensionados.

Menciona que tiene dos hijas en etapa de educación universitaria, que estudian en una ciudad diferente a la que reside, lo que hace que sus gastos sean mayores y frente a las cuales debe asumir una responsabilidad económica; además tiene una madre por quien velar, pues desde el fallecimiento de su padre, solo recibe ingresos para su subsistencia de su parte, y sus quebrantos de salud le implican asumir gastos que no cubre el sistema de seguridad social en salud. De igual forma, antes de su posesión en el cargo de Procurador Judicial II, que hoy ocupa, renunció a su cargo en la Rama Judicial en el que se desempeñó durante 13 años, y por tanto a los derechos de carrera que tenía en esa entidad.

Considera que en la situación planteada por la actora no se observa vulneración de ningún derecho fundamental, principalmente porque no le falta ningún requisito para obtener el derecho a la pensión, por lo que debe de manera diligente reclamar ante Colpensiones su reconocimiento.

1.6. Sentencia impugnada

El Tribunal Administrativo del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, mediante providencia del 13 de septiembre de 2016, **no tuteló** los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la estabilidad laboral reforzada de la actora, **negó** la solicitud de nulidad incoada por la Procuraduría General de la Nación y, **levantó** la medida preventiva decretada en el auto admisorio de la demanda.

Evidenció que la actora no tiene la calidad de pre pensionada, pues tiene consolidado su estatus pensional, ya que cumple con 1379 semanas de cotización y 57 años de edad, razón por la que no se encuentra restricción alguna para la provisión del cargo que ocupaba en provisionalidad con una persona que conforma la lista de elegibles como consecuencia de un concurso de méritos.

Señaló que el parágrafo del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, trajo como causal adicional para terminar la relación legal o reglamentaria, el cumplimiento de los

requisitos legales para tener derecho a la pensión de jubilación, causal de retiro que se analizó por la Corte Constitucional en la sentencia C-1037 de 2003 y se declaró exequible.

Refirió que en el caso no se demostró el perjuicio irremediable alegado, puesto que el daño o menoscabo que pudiera llegar a sufrir no es un daño injustificado, toda vez que el nombramiento en periodo de prueba de la señora Martha Patricia Hernández Espitia en el cargo de Procurador 54 Judicial II para la defensa de la infancia, adolescencia y la familia de San Andrés, Isla, se hizo como resultado de un concurso de méritos, realizado para la provisión en carrera administrativa de los empleos de procurador judicial I y II de todo el país.

Dijo que en el caso no se configuraba la causal de nulidad contemplada en el numeral 8 del artículo 133 del C.G.P., pues mediante oficio 4856 del 2 de septiembre de 2016, en el cargo de Procurador 54 Judicial II para la defensa de la infancia, adolescencia y la familia de San Andrés, Isla, se nombró en periodo de prueba a la doctora Martha Hernández Espitia, quien aceptó la designación y tomó posesión del cargo, de manera que mediante auto de 5 de septiembre de 2016 se ordenó su vinculación a la acción de tutela.

1.7. Impugnación

La señora Ingrid Polania Chaux, impugna la decisión de primera instancia y solicita que se revoque y, en consecuencia, que se acceda al amparo de tutela. Señala que precisamente el motivo de la acción de tutela es que se reconozca su calidad de pre pensionada, dado que a la fecha no ha podido consolidar su estatus pensional.

Indica que las pruebas aportadas al plenario demuestran la acción diligente que ha tenido desde el año 2014 para lograr el reconocimiento de semanas cotizadas al sistema, y Colpensiones no ha resuelto la corrección de su historia laboral, para completar 750 semanas antes del 1 de abril de 1994, como tampoco Porvenir ha resuelto su solicitud de traslado hacia Colpensiones, provocando así una situación de indeterminación para saber a quién se debe solicitar el reconocimiento de su pensión.

Menciona que en la sentencia C-1037 de 2013 se señala como condición o requisito de las causales de retiro del servicio, que se consolide el estatus pensional con el pago o inclusión en nómina de pensionados.

Aduce que en el escrito de tutela no se desconoce el concurso de méritos, pues no se solicita que no se haga la provisión del empleo, sino que exista ponderación de derechos en tensión.

Señala que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, para asegurar la efectividad de los derechos a la subsistencia, el mínimo vital y la dignidad humana de los empleados próximos a pensionarse, llámense o no pensionados, no puede existir solución de continuidad entre la terminación de la relación laboral y la iniciación del pago efectivo de la mesada pensional, precisamente para asegurar al trabajador y su familia los ingresos mínimos vitales, así como la efectividad y garantía de los derechos.

Alega que en su caso aún no se ha reconocido su pensión ni tampoco tiene inclusión en nómina de pensionados, pues aunque tiene los requisitos para adquirir el estatus pensional aun no se ha consolidado, de manera que se constituye un perjuicio de carácter irremediable al ser desvinculada de la entidad, pues su salario era su única fuente de ingreso y el retiro la ha dejado en estado de vulnerabilidad.

1.8. Manifestación de impedimento

1.8.1. Llegado el expediente de tutela a despacho para resolver lo correspondiente en sede de impugnación, el suscrito magistrado ponente de la presente decisión Rafael Francisco Suárez Vargas, con oficio de fecha 2 de noviembre de 2016, manifestó su impedimento para pronunciarse sobre el asunto de la referencia por considerar estar incurso en la causal de impedimento contenida en el numeral 1 del artículo 56 del Código de Procedimiento Penal, aplicable por remisión expresa del artículo 39 del Decreto 2591 de 1991.

Lo anterior al haber participado en la Convocatoria 006 de 2015, por la cual se convocó a concurso abierto de méritos para proveer cargos de Procuradores Judiciales II según lo dispuesto en la Resolución 040 de 20 de 2015, concurso donde resulto elegido para ocupar el cargo de Procurador Judicial II, Código 3PJ,

Grado EC, para la Conciliación Administrativa, el cual desempeño en periodo de prueba hasta la elección como Consejero de Estado. Adicionalmente, porque su hermana Clara Cecilia Suárez Vargas también participó en la misma convocatoria y se encontraba nombrada en periodo de prueba, en tanto resultó incluida en la lista de elegibles para ocupar uno de los cargos de Procurador Judicial II 3PJ-EC, cargo de similar grado al que se discute a través de la presente acción.

1.8.2. Mediante auto del 24 de noviembre de 2016, con ponencia del magistrado doctor Gabriel Valbuena Hernández, se declaró infundado el impedimento manifestado, bajo el siguiente considerando:

[...] la afirmación esgrimida por el magistrado doctor Rafael Francisco Suárez Vargas, no se ajusta al presupuesto señalado en el dispositivo mencionado, toda vez que, en la actualidad su hermana se encuentra en etapa de prueba en el cargo de Procuradora 142 Judicial II Administrativa de la ciudad de Bogotá, es decir, ya se encuentra vinculada al cargo al que aspiraba en la convocatoria y el tema en discusión en la acción de tutela que hoy nos ocupa no afectaría la situación laboral en la que ya se encuentra; además de ello, las pretensiones de la accionante es mantenerse en el cargo de Procurador Judicial II de Infancia y Adolescencia y Familia con sede en San Andrés Isla, y por lo tanto se entiende que el cargo, la especialidad y la ciudad no son relevantes para el momento en el que se dicte una decisión. (ff.117-178).

2. Consideraciones

2.1. Competencia

De acuerdo con el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, según el cual «presentada debidamente la impugnación el juez remitirá el expediente dentro de los dos días siguientes al superior jerárquico correspondiente», esta sala es competente para conocer del presente asunto.

2.2. Problema jurídico

Consiste en analizar si, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto de la estabilidad laboral reforzada de personas próximas a pensionarse que ocupan cargos en provisionalidad sometidos a concurso público de méritos, le asiste derecho a la accionante a ser reintegrada al cargo de Procurador Judicial II que venía desempeñando con nombramiento en provisionalidad.

2.3. Marco normativo y jurisprudencial

2.3.1. Sobre el concurso de méritos en la Procuraduría General de la Nación para proveer cargos de procurador judicial

La Corte Constitucional en sentencia C-101 de 2013, declaró inexecutable la expresión «Procurador Judicial» contenida en el numeral segundo del artículo 182 del Decreto Ley 262 de 2000¹, por lo que ordenó a la Procuraduría General de la Nación convocar un concurso público para la provisión en propiedad de los cargos de procurador judicial.

Lo anterior, con la finalidad de garantizar el ingreso de personal idóneo a la Procuraduría y el ascenso de los empleados con base en el mérito, mediante procedimientos que permitan la selección objetiva y la participación en igualdad de condiciones de quienes demuestren cumplir los requisitos para desempeñar los empleos, de conformidad con lo señalado en el artículo 191 del Decreto Ley 262 de 2000.

En cumplimiento de la orden de la Corte Constitucional, la Procuraduría General de la Nación a través de la Resolución 040 del 20 de enero de 2015, publicó las convocatorias 001 a 014 de 2015, en las cuales dio apertura y reglamentó el proceso de selección para proveer 744 cargos de carrera de procuradores judiciales, de los cuales 317 corresponden a procuradores judiciales I (3PJ-EG) y 427 a procuradores judiciales II (3PJ-EC).

El proceso de selección se realizará con base en las disposiciones contenidas en la mencionada resolución, norma reguladora del concurso, que obliga tanto a la Entidad como a los participantes, y en donde se encuentran los requisitos, competencias, ubicación geográfica inicial, el número de empleos a proveer por área de trabajo, sueldo y demás detalles de los cargos ofertados.

¹ Por el cual se modifican la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos.

2.3.2. Sobre la estabilidad laboral reforzada de personas próximas a pensionarse que ocupan cargos en provisionalidad sometidos a concurso público de méritos

La Corte Constitucional ha reconocido que cuando un funcionario ocupa en provisionalidad un cargo de carrera, y es además sujeto de especial protección constitucional, como por ejemplo, madres o padres cabeza de familia, funcionarios que están próximos a pensionarse o funcionarios que padecen discapacidad física, mental, visual o auditiva «concorre una relación de dependencia intrínseca entre la permanencia en el empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, particularmente el mínimo vital y la igualdad de oportunidades. De allí que se sostenga por la jurisprudencia que la eficacia de esos derechos depende del reconocimiento de estabilidad laboral en aquellos casos, a través de un ejercicio de ponderación entre tales derechos y los principios que informan la carrera administrativa»².

De esta forma, ha sostenido que cuando el cargo ocupado por una persona próxima a pensionarse es ofertado en un concurso de méritos entran en tensión los derechos del aspirante que superó el concurso para acceder al cargo y la protección de los derechos del pre pensionado, sin que sea posible resolverse únicamente a favor de alguno, sino que debe realizarse una ponderación de los derechos que no afecte el núcleo esencial de ninguno de los dos, de manera que debe realizarse un examen objetivo de las circunstancias del caso y cuando no se haya provisto todos los cargos por el concurso debe adoptarse la acción razonable para la protección correlativa de los derechos.³

2.4. Hechos probados

2.4.1. La señora Ingrid Polania Chaux nació el 12 de junio de 1959, por lo que actualmente cuenta con 57 años de edad (f.14).

2.4.2. El 3 de mayo de 2011 ingresó a laborar en la Procuraduría General de la Nación, en el cargo de Procurador Judicial II, código 3PJ-EC, dependencia Procuraduría 54 Judicial II Infancia, Adolescencia y Familia de San Andrés, con tipo de vinculación en provisionalidad (f.15).

² Sentencia T-185 de 2013.

³ Ver entre otras: sentencias T-729 del 2010, T-017 del 2012 y T-186 del 2013

2.4.3. El 23 de febrero de 2015, Colpensiones dio contestación a la solicitud de corrección de historia laboral, en la que le indicó que la respuesta sería emitida dentro de los 60 días hábiles siguientes, toda vez que el trámite implica un procedimiento operativo especial orientado a una corrección definitiva e integral de la historia laboral, lo cual exige tanto el aporte de soportes por parte del usuario como de la actividad oficiosa de la administración para el cumplimiento de, entre otros, los siguientes pasos: 1) solicitud de información adicional o faltante a los empleadores que efectuaron las cotizaciones a su nombre; 2) verificación de validez y consistencia de información de los pagos efectuados o de los soportes de la realización de los mismos; 3) búsqueda, identificación, validación y cargue de novedades laborales que reposan en archivos físicos microfilmados (f.27).

2.4.4. El 14 de abril de 2015, Colpensiones dio nueva respuesta a la solicitud de corrección de historial laboral, señalando que con la información suministrada no se encontró registro de cotizaciones para los periodos reclamados con el aportante POLANIA Y CIA ORTÍZ LTDA; por lo que era necesario que aportara los documentos probatorios y/o soportes de afiliación, donde se evidenciara su vínculo laboral con dicho empleador; de igual forma, se registraba que el aportante CAMBIOS UNIVERSAL LTDA, únicamente realizó cotizaciones para los periodos que se reflejan en su historia laboral. Y que en caso de no estar de acuerdo, era necesario que suministrara los documentos probatorios y/o soportes de afiliación, donde se evidenciara su vínculo laboral con dicho empleador en los periodos faltantes (f.29).

2.4.5. El 13 de agosto de 2015, Colpensiones informó a la actora que la actualización de datos y solicitud de corrección de historial, sería emitida en 60 días (f.30).

2.4.6. El 25 de febrero de 2016, Colpensiones informó: «es importante resaltar que los ciclos 177901 a 178312, solicitados con el empleador POLANIA Y CIA ORTÍZ LTDA no registran cotización; sin embargo se encuentran cotizados por el empleador ALMACEN CALVERT. De manera que si tiene copia legible del pago cancelado en las fechas establecidas, debe hacerla llegar ante un punto de atención al ciudadano» (f.31).

2.4.7. El 14 de marzo de 2016 la actora solicitó a la Procuraduría General de la Nación, verificar su condición de pre pensionada antes de proveer su cargo dentro de la Convocatoria 007 de 2015 y, en consecuencia, reconocer sus derechos a la estabilidad laboral reforzada, el trabajo, la seguridad social, el mínimo vital y su condición de madre cabeza de familia, y que el amparo sea garantizado con acciones afirmativas, reconociendo el amparo de pre pensionada y omitiendo su desvinculación del cargo hasta tanto ingrese en nómina de pensionada (ff.35-37).

2.4.8. El 21 de abril de 2016, el Jefe de División Humana de la Procuraduría remitió a la Secretaría General de la entidad, los antecedentes, entrevista y soportes, para que fuera dada respuesta a la petición de la servidora (f.38); dependencia que a su vez remitió la solicitud para que reposara en el expediente de su hoja de vida y fuera considerada por el señor Procurador General de la Nación (f.39)

2.4.9. El 17 de marzo de 2016, la actora dirigió a Colpensiones solicitud de traslado del régimen de ahorro individual (RAIS) administrado por Porvenir S.A., al régimen de prima media administrado por Colpensiones, en virtud de principio de libre escogencia establecido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993| régimen de prima media (f.32).

2.4.10. El 22 de junio de 2016 Colpensiones informó que el tramite fue radicado y que la solicitud de traslado con el total de semanas cotizadas en el régimen de prima media se enviaría a la Administradora de Fondos de Pensión en que se encontraba afiliada, pues es esta quien debe determinar la aprobación o rechazo (f.34).

2.4.11. Por medio Resolución 344 del 5 de julio de 2016, la Procuraduría General de la Nación publicó la lista de elegibles dentro de la Convocatoria 007-2015, con los concursantes que obtuvieron un puntaje total igual o superior al 70% para el empleo Procurador Judicial II, código 3PJ-EC, dependencia Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia, en el que se ofertaron 45 empleos, lista de elegibles dentro de la cual la señora Martha Patricia Hernández Espitia ocupó el puesto 22 (ff.19-23).

2.4.12. El 19 de julio de 2016, solicitó al Procurador General de la Nación que fuera considerada su condición de pre pensionada antes del proceso de

nombramiento de la persona elegida para proveer su cargo y que en consecuencia sea reconocido su derecho a la estabilidad laboral reforzada con acciones afirmativas (ff.40-42).

2.4.13. El 27 de agosto de 2016, la Procuraduría dio respuesta a la petición, señalando que de acuerdo con la línea de interpretación de la Corte Constitucional, no es posible desplazar los derechos de quien gana un concurso por los del provisional que ocupe el empleo, así este en condición de estabilidad laboral reforzada. En tal caso, lo procedente es que la administración adopte las medias afirmativas de protección que resulte del caso, pero siempre que resulte posible o tenga algún margen de maniobra, de tal modo que se puedan proteger concomitantemente los derechos del pre pensionado y del aspirante, y en este caso no existió margen de la maniobra pues el número de elegibles es mayor que el número de cargos ofertados (ff.46-48).

2.4.14. Mediante Decreto 3352 del 8 de agosto de 2016, el señor Procurador General de la Nación nombró en periodo de prueba a la señora Martha Patricia Hernández Espitia, en el cargo de Procurador 54 Judicial II para la Defensa de la Infancia, Adolescencia y la Familia, con sede en San Andrés Isla, ocupado mediante nombramiento en provisionalidad por la señora Ingrid Polania Chaux (f.58).

2.5. Análisis de la Sala

Ingrid Polania Chaux, alegando su condición de pre pensionada, solicita a través de la acción de amparo que se ordene a la Procuraduría General de la Nación, en el trámite del concurso de méritos adelantando mediante la Convocatoria 007-2015, abstenerse de nombrar en el cargo de Procurador Judicial 28 Penal II, a la persona que integró la lista de elegibles conformada para el empleo, y/o de manera subsidiaria, que se le nombre en alguno de los cargos vacantes de igual, equivalente o superior jerarquía o categoría al que viene ejerciendo, en cualquiera de las especialidades en las que los Procuradores Judiciales II se desempeñan, hasta tanto sea incluida en nómina de pensionados.

Adujo que pese a haber prevenido a la entidad de manera antecedente sobre su situación, no accedió al reconocimiento de su calidad de pre pensionada al considerar que el concurso de méritos no cede ante la condición de pre

pensionados y, por tanto, fue nombrada la señora Martha Patricia Hernández Espitia, quien ocupó el primer lugar dentro de la lista de elegibles para el empleo.

El juez de primera instancia resolvió no acceder a las pretensiones de la demanda, al considerar que en el caso cualquier derecho que detente la demandante debe ceder ante el derecho que le asiste a la persona que fue nombrada en virtud del concurso de méritos, pues la provisionalidad únicamente le otorga una estabilidad laboral relativa que no puede ser asimilada a los derechos que le asisten al personal de carrera administrativa.

La parte actora impugna la decisión, pues señala que precisamente el motivo de la acción de tutela es que se reconozca su calidad de pre pensionada, dado que a la fecha no ha podido consolidar su estatus pensional y de acuerdo con la sentencia C-1037 de 2003, es requisito para que opere la causal de retiro del servicio, que se consolide el estatus pensional con el pago o inclusión en nómina de pensionados. Alude que en el escrito de tutela no se desconoce el concurso de méritos, como tampoco que se haga la provisión del empleo, sino que es necesaria la ponderación de derechos en tensión entre otras solicitudes.

Pues bien, de acuerdo con los hechos encontrados como probados se advierte que con ocasión de la Convocatoria 007-2005, prevista mediante Resolución 040 de 2015, para proveer por concurso público de méritos los cargos de Procuradores Judicial I y II, entre ellos, el desempeñado por la accionante, Procurador Judicial II, código 3PJ-EC, dependencia Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia, se profirió lista de elegibles a través de la Resolución 344 del 5 de julio de 2016, **integrada con 97 personas para proveer 45 empleos ofertados**, y con ocasión de ella fue nombrada la señora Martha Patricia Hernández Espitia, quien ocupó el primer lugar dentro de lista.

De igual forma, se observa que la señora Ingrid Polania Chaux, actualmente cuenta con 57 años, y desempeñó el cargo de Procurador Judicial II, código 3PJ-EC, en la dependencia Procuraduría 54 Judicial II Infancia, Adolescencia y Familia de San Andrés, con tipo de vinculación en provisionalidad, desde el 3 de mayo de 2011 hasta que fue nombrada la señora Martha Patricia Hernández Espitia en el empleo, a través del Decreto 3352 del 8 de agosto de 2016, por provisión en

carrera administrativa, por lo que actualmente la señora Ingrid Polania Chaux se encuentra en situación de retiro.

Se extrae igualmente que desde el año 2015, ha solicitado a Colpensiones la corrección de su historia laboral, para proceder al reconocimiento y pago de su pensión de jubilación, y que en el año 2016 procedió a solicitar el cambio de régimen, de manera que actualmente cursa tal solicitud.

Se evidencia entonces que la accionante fue desvinculada del servicio por una justa causa que tiene como fundamento la provisión del cargo por concurso de méritos, por lo que puede observarse *prima facie* que la entidad accionada obró en cumplimiento de las normas del proceso de selección.

De esta forma, la Sala pasa a verificar si de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, a la actora le asiste el derecho a la estabilidad laboral reforzada y en tal sentido, a ser reubicada, ante la demostración de ser sujeto de especial protección constitucional.

Como se encontró probado, es persona de 57 años y para este momento cumple con las 1300 semanas de cotización, por lo que cumple con los requisitos para adquirir el status pensional; sin embargo, como ella misma lo afirma, aún no se ha consolidado su estatus en atención a que, de un lado, no se ha corregido la totalidad de su historia laboral por parte de Colpensiones, y, de otro, no se ha resuelto su solicitud de cambio de régimen; trámites administrativos que no pueden imponérseles como carga, pues solo hasta que dichas solicitudes sean resueltas, puede solicitarse el reconocimiento pensional con la respectiva inclusión en nómina de pensionados

La Corte Constitucional en la sentencia C-1037 de 2003, donde estudió la exequibilidad del parágrafo 3⁴ del artículo 9 de la Ley 797 de 2003 —que modificó

⁴ **PARÁGRAFO 3o.** <Parágrafo CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE> Se considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión. El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones.

Transcurridos treinta (30) días después de que el trabajador o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión, si este no la solicita, el empleador podrá solicitar el reconocimiento de la misma en nombre de aquel.

Lo dispuesto en este artículo rige para todos los trabajadores o servidores públicos afiliados al sistema general de pensiones.

el inciso primero del párrafo 3° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993— declaró condicionalmente exequible dicho aparte bajo el entendido de que «no puede existir solución de continuidad entre la terminación de la relación laboral y la iniciación del pago efectivo de la mesada pensional, precisamente para asegurar al trabajador y a su familia los ingresos mínimos vitales, así como la efectividad y primacía de sus derechos».

De manera que en el caso, el retiro de la actora solamente era posible cuando fuera garantizada su inclusión en nómina de pensionados, o en otras palabras, cuando fuera garantizado el pago de su mesada pensional con el respectivo reconocimiento del derecho e inclusión en nómina de pensionados.

Con todo, para este momento no es posible que el derecho de estabilidad laboral reforzada que le asiste a la actora, desplace los derechos de la persona que luego de superar el proceso de selección correspondiente fue nombrada en periodo prueba en el cargo desempeñado en provisionalidad por la aquí accionante, por lo que es deber de la Sala de decisión garantizar los derechos de ambas partes.

Por tanto, cierto es que para el cargo de Procurador Judicial II, código 3PJ-EC, en la dependencia Procurador Judicial II, código 3PJ-EC, dependencia Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia, fueron ofertados 45 empleos y la lista de elegibles fue integrada con 96 personas, y que en tal sentido, no existe vacancia para que la actora sea reintegrada a alguno de estos cargos; sin embargo, de la información proporcionada por la Procuraduría General de la Nación, existen en las convocatorias 001-2015, 002-2015 y 005-2015, un número de cargos ofertados superior al número de elegibles, de forma tal que habrá de ordenar a la accionada reintegrar a la actora en alguna de aquellas vacantes; y/o en caso de no ser posible, que proceda a realizar el reintegro en alguno de los cargos de asesor, directivo o profesional de la planta administrativa de la entidad⁵, con un salario equivalente o similar al que devengaba, atendiendo a su condición de abogado, su especialidad y, la labor que realizaba.

3. Conclusión

⁵ *ibidem*

A la actora le asiste el derecho a ser reintegrada a la Procuraduría General de la Nación, pues para este momento cumple con los requisitos para adquirir su estatus pensional, faltando el trámite administrativo de reconocimiento pensional e inclusión en nómina de pensionados.

Así las cosas, se revocará la sentencia de primera instancia y en lugar se concederá el amparo de los derechos fundamentales al trabajo, la estabilidad laboral reforzada, la seguridad social y el mínimo vital de la actora y se ordenará a la Procuraduría General de la Nación, garantizar el derecho a la estabilidad laboral de la accionante en un cargo igual, similar o de superiores condiciones al que venía ejerciendo.

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 de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla

Revocar la sentencia del 13 de septiembre de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, mediante la cual se negó el amparo deprecado por la señora Ingrid Polania Chaux. En su lugar se dispone:

Conceder el amparo de los derechos fundamentales al trabajo, la estabilidad laboral reforzada, la seguridad social y el mínimo vital de la señora Ingrid Polania Chaux.

Ordenar a la Procuraduría General de la Nación - Comisión de Carrera, que en el término máximo de quince (15) días, contados a partir de la notificación de esta providencia, reintegre a la señora Ingrid Polania Chaux a un cargo de los niveles Procurador Judicial II⁶, Asesor, directivo o profesional de la planta administrativa de la entidad⁷, con un salario equivalente o similar al que devengaba, atendiendo a su condición de abogado, su especialidad y, la labor que realizaba.

⁶ Que se encuentre vacante o en la primera vacancia que ocurra.

⁷ *ibídem*

Dicho reintegro será hasta que se reconozca la pensión de jubilación de la señora Ingrid Polania Chaux y se le incluya en nómina de pensionados. La orden de protección permanecerá vigente siempre y cuando la señora Ingrid Polania Chaux consolide su estatus pensional antes de que se termine la vigencia de la lista de elegibles para el cargo al que se reintegre.

Cesará la orden, si la accionante no presenta ante COLPENSIONES su solicitud de reconocimiento pensional al siguiente día hábil del cumplimiento de las 1300 semanas exigidas en la ley. La Procuraduría General de la Nación, acompañará a la accionante en la gestión del reconocimiento de su pensión.

Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS