

Santiago de Cali, agosto de 2020

SEÑOR

**JUEZ CIVIL DE REPARTO (TUTELA)**

E.S.D

<b>REFERENCIA:</b>	ACCION DE TUTELA
<b>ACCIONANTE:</b>	LIDA MOSQUERA CANTILLO
<b>ACCIONADOS:</b>	MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN

LIDA MOSQUERA CANTILLO, mayor de edad, identificada con la cédula de ciudadanía No. 29.510.235, por medio del presente escrito acudo a su despacho para interponer **ACCIÓN DE TUTELA** por **VIOLACIÓN** al derecho **AL TRABAJO, IGUALDAD, SEGURIDAD JURÍDICA, VIDA DIGNA** y **MINIMO VITAL** y los demás derechos que se encuentren probados en razón a la condición de especial protección como lo son la estabilidad laboral reforzada por pre pensionado, vulnerado por el Municipio de Santiago de Cali – Secretaría de Educación, por los siguientes:

### 1. HECHOS

**PRIMERO:** Mediante Resolución de la Gobernación del Valle – Secretaría de Educación Departamental, fui nombrada en provisionalidad en el cargo de: “Auxiliar Administrativo, código 407, grado 05” en la planta de Instituciones Educativas del Departamento del Valle del Cauca.

**SEGUNDA:** Desde la fecha y hasta la desvinculación he prestado mis servicios de forma continua en el sector público; en el cargo de Auxiliar Administrativo, código 407, grado 05 en distintas instituciones educativas en las que he ejercido las funciones inherentes a mi cargo de manera idónea y eficiente.

**TERCERO:** De acuerdo con historia laboral emitida por el fondo PROTECCION tengo un total de 1216,86 semanas cotizadas en la actualidad.

Divididas de la siguiente manera:

RPM: 218,29 semanas con 3'576.828

RAIS: 998.57 semanas con 64'584.315

**CUARTO:** Que a la fecha me encuentro esperando a cumplir los requisitos para causar mi derecho a una pensión digna, que satisfaga las necesidades y obligaciones que debo cumplir que se han visto exponencialmente encarecidas en este contexto de pandemia, incluyendo que a estas alturas de mi edad debo tomar cuidados de salud que son cada más estrictos y reiterando lo anterior, medicamentos más caros.

**QUINTO:** El 17 de julio del año 2020 el DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA emitió el decreto 1-3-1207 donde da por terminado mi nombramiento en provisionalidad debido al concurso de méritos 437 de 2017, “*para proveer empleos por carrera administrativa, la Alcaldía de Santiago de Cali – Secretaría de Educación*” en el cual estaba mi cargo.

**SEXTO:** Actualmente cuento con 63 años y próximo a cumplir los 64, padezco las condiciones de salud consecuentes de la edad, mi labor en el cargo desarrollado ha sido sobresaliente, por lo que a la fecha no contaría con otro medio económico para mi sostenimiento y manutención, quedando desprotegida para el cuidado de mi condición médica, dado que para la edad que ostento y las condiciones de salud, en nuestro país se hace más difícil conseguir un trabajo para proveer mis necesidades y más en medio de una crisis social y económica provocada por la pandemia del COVID-19, en el que prácticamente no existen posibilidades de empleo ni de actividad económica independiente.

**SEPTIMO:** Que en las actuales condiciones provocadas por la pandemia del COVID-19, quedar sin trabajo y sin servicio médico, agrava mi situación de salud, afecta mi mínimo vital y me impide reintegrarme a la vida laboral debido a mis diversas condiciones y cuidados de salud ocupacional que he sufrido en el pasado y agravado con el paso del tiempo, sin tener posibilidad de tener recursos para llevar el sustento para mí y mi familia.

## **2. PETICION:**

**PRIMERO:** Comedidamente solicito Señor Juez TUTELE mis derechos fundamentales al **TRABAJO POR ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA, SEGURIDAD JURÍDICA, SALUD, SEGURIDAD SOCIAL, VIDA DIGNA y MÍNIMO VITAL**, derivado de la estabilidad laboral reforzada en condición de pre pensionada.

**SEGUNDO:** Como consecuencia del amparo constitucional solicito DEJAR SIN EFECTO proferida por la GOBERNACION DEL VALLE DEL CAUCA– SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL donde declara la terminación

del nombramiento provisional en el cargo y, en consecuencia, ORDENAR a la entidad nombrada que proteja mis derechos y realice las acciones positivas tendientes para la protección efectiva de los mismos.

**TERCERO:** ORDENAR a la GOBERNACIÓN DEL VALLE DEL CAUCA–SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL mi reintegro en un cargo igual o equivalente al que ocupaba hasta que mi desvinculación cumpla con los requisitos exigidos en la Ley y la Jurisprudencia constitucional.

**CUARTO: SOLICITO** vincular a la Entidad Administradora de Pensiones PROTECCION para rendir informe de mi PROYECCION DE PENSIÓN, donde indique a que momento podré acceder a una pensión en condiciones dignas y que subsanen mis necesidades.

### **3. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **3.2 La estabilidad laboral y ocupacional reforzada como medida de protección especial de las personas en situación de vulnerabilidad**

La estabilidad laboral es una garantía que se desprende del derecho al trabajo, implica que las personas que gozan de ella no pueden ser desvinculadas de su empleo sin que exista una autorización previa de la autoridad administrativa o judicial competente y sin que exista una justa causa<sup>1</sup>. Adquiere el carácter de derecho fundamental cuando el titular es un sujeto de especial protección constitucional por su vulnerabilidad o porque ha sido históricamente discriminado o marginado<sup>2</sup>. De esta manera, la Constitución Política señala como sujetos que merecen protección especial: las madres cabeza de familia (artículo 43), los niños (artículo 44), los adultos mayores (artículo 46) y las personas con discapacidad (artículo 47). No obstante, la jurisprudencia ha enfatizado que dicha clasificación no impide que se adopten medidas de protección para proteger otros grupos poblacionales o individuos que se encuentran también en una situación de vulnerabilidad<sup>3</sup>.

Adicionalmente, esta Corporación ha reconocido que sin importar el tipo de contrato laboral ni la naturaleza de la condición de vulnerabilidad, todos los trabajadores en situación de debilidad manifiesta tienen derecho a la estabilidad. No obstante, también ha clarificado que el empleador no tiene la obligación de mantener a perpetuidad la relación laboral con una persona solo por el hecho de padecer una enfermedad o encontrarse en situación de vulnerabilidad, por lo cual, para dar por terminada la relación es necesario que exista una causa objetiva, en todo caso, previa autorización de la autoridad laboral<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Sentencia T-986 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>2</sup> Sentencia T-986 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>3</sup> Sentencia T-986 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>4</sup> Sentencia T-691 de 2013 y T-461 de 2015. M.P. Myriam Ávila Roldán.

En relación con la estabilidad en el marco de los contratos de prestación de servicios, en la **Sentencia SU-049 de 2017**<sup>5</sup>, esta Corporación decidió unificar la interpretación constitucional, por lo que aquí interesa, en torno a dos cuestiones que tenían hasta ese momento respuestas diversas en la jurisprudencia. La Sala Plena buscó definir si: (i) la estabilidad laboral reforzada es aplicable a las relaciones originadas en contratos de prestación de servicios, aun cuando no envuelvan relaciones laborales (subordinadas) en la realidad; y (ii) si la violación a la estabilidad de la vinculación contractual de prestación de servicios da lugar a una indemnización de 180 días, según lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, interpretado conforme a la Constitución.

Así las cosas, respecto de cada uno de los puntos mencionados, la Corte Constitucional concluyó varios aspectos que resultan de importancia para el análisis presente y que se citan a continuación.

(i) *La estabilidad ocupacional reforzada en los contratos de prestación de servicios.* La citada Sentencia de Unificación contempla que, la estabilidad laboral reforzada aplica no solo a quienes tienen un vínculo de trabajo dependiente estrictamente subordinado y sujeto al derecho laboral, sino también a quienes se encuentran en relaciones ocupacionales diferentes, originadas en contratos de prestación de servicios o de aprendizaje, por ejemplo. Así, esta Corporación sostuvo que, “(...) **la estabilidad laboral reforzada para personas en situación de debilidad manifiesta por su estado de salud aplica a todas las alternativas productivas, incluyendo al contrato de prestación de servicios**”<sup>6</sup>. A partir de este análisis la Corte adoptó la nominación de *estabilidad ocupacional reforzada* para estos casos en particular.

En este sentido, advirtió:

*“En las relaciones de prestación de servicios independientes no desaparecen los derechos a “la estabilidad” (CP art 53), a una protección especial de quienes “se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta” (CP arts. 13 y 93), a un trabajo que “en todas sus modalidades” esté rodeado de “condiciones dignas y justas” (CP art 25) y a gozar de un mínimo vital (CP arts. 1, 53, 93 y 94). (...) Por este motivo, más que hablar de un principio de estabilidad laboral reforzada, que remite nominalmente por regla a las relaciones de trabajo dependiente, debe hablarse del derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada, por ser una denominación más amplia y comprehensiva. Esta garantía tiene, como se dijo, arraigo constitucional directo y aplica a quienes estén en condiciones de debilidad manifiesta, incluso si no cuentan con una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda”*<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> M.P. María Victoria Calle Correa.

<sup>6</sup> Sentencia T-040 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

<sup>7</sup> Sentencia SU-049 de 2017. M.P. María Victoria Calle Correa.

(ii) *La indemnización contemplada en el inciso 2º del artículo 26<sup>8</sup> de la Ley 361 de 1997<sup>9</sup> en el marco de los contratos de prestación de servicios.* La Sentencia de Unificación aclaró que, no es constitucionalmente aceptable que las garantías y prestaciones de estabilidad laboral reforzada contenidas en dicho artículo, se contraigan a un grupo reducido de personas, teniendo en cuenta que en la Sentencia C-824 de 2011<sup>10</sup>, la Corte encontró que el universo de los beneficiarios de esta Ley era amplio. De forma específica, en relación con la indemnización contemplada señaló:

*“Ciertamente, el inciso 2º de la misma disposición dice que, en caso de vulnerarse esa garantía, la persona tiene derecho a una indemnización “equivalente a ciento ochenta días del salario”. Dado que el salario es una remuneración periódica inherente a las relaciones de trabajo dependiente, podría pensarse que esta indemnización es exclusiva de los vínculos laborales que se desarrollan bajo condiciones que implican vinculación a la planta de personal. Sin embargo, esta interpretación es claramente contraria a la Constitución pues crea un incentivo perverso para que la contratación de personas con problemas de salud se desplace del ámbito laboral al de prestación de servicios, con desconocimiento del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas y de las garantías propias de las relaciones de trabajo dependiente”<sup>11</sup>.*

De acuerdo a lo anterior, el artículo 53 de la Constitución Política establece que uno de los principios mínimos de las relaciones laborales es el derecho que tiene todo trabajador a permanecer estable en su empleo, a menos de que exista una justa causa para su desvinculación o despido. Por su parte, la jurisprudencia de este Tribunal ha reconocido el “*derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada*”, que se deriva del principio de derecho a la igualdad de trabajo y que se materializa con medidas diferenciales en favor de aquellas personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad.

Así las cosas, la Corte Constitucional ha manifestado que la estabilidad laboral se trata de:

---

<sup>8</sup> ARTÍCULO 26. NO DISCRIMINACIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD. En ningún caso la discapacidad de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha discapacidad sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo. No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su discapacidad, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.

<sup>9</sup> Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas en situación de discapacidad y se dictan otras disposiciones.

<sup>10</sup> M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>11</sup> Sentencia SU-049 de 2017. M.P. María Victoria Calle Correa.

*“una garantía que tiene todo trabajador a permanecer en el empleo y a obtener los correspondientes beneficios salariales y prestacionales, incluso contra la voluntad del patrono, si no existe una causa relevante que justifique el despido. La doctrina ha entendido entonces que el principio de estabilidad laboral configura, en cabeza de los trabajadores, un verdadero derecho jurídico de resistencia al despido, el cual es expresión del hecho de que los fenómenos laborales no se rigen exclusivamente por el principio de la autonomía de la voluntad, ya que están en juego otros valores constitucionales, en especial la propia dignidad del trabajador y la búsqueda de una mayor igualdad entre patrono y empleado. Por ello, en función del principio de la estabilidad laboral, y de la especial protección al trabajo (CP arts. 25 y 53), no basta el deseo empresarial para que pueda cesar una relación de trabajo, sino que es necesario que se configure una justa causa, en los términos señalados por la ley, y en armonía con los valores constitucionales”.*

Adicional a esto, un apartado jurisprudencial de amplio margen de estudio por la corte y que en su análisis el juzgado no precisó, fue en la sentencia T-084 de 2018, define los parámetros de la estabilidad laboral reforzada en madres y por derecho a la igualdad a padres y en general a la persona cabeza de familia, donde en el siguiente citado plantea la línea jurisprudencial que ha marcado la corte en los casos donde la persona con dificultades de salud o con otro fuero de estabilidad laboral reforzada, no se considera con “justa causa” su retiro por tener que aplicar la lista de elegibles. La citada sentencia dicta:

*“51. Igualmente, debe advertirse que la Corte Constitucional ha estimado que la estabilidad laboral reforzada derivada del llamado “retén social” es una protección que “depende o está en función, en cualquier escenario, de la naturaleza del vínculo o la causa y el contexto de su terminación”<sup>12</sup>. Por ende, el alcance de esta figura debe analizarse **en atención a la naturaleza y los elementos esenciales del vínculo laboral establecido entre la administración y los servidores públicos.***

*De este modo, en aplicación de dicha regla jurisprudencial, esta Corporación ha sostenido que: (i) la protección originada en el llamado “retén social” no se extiende a los servidores públicos que ocupan cargos en la planta de personal temporal de las entidades públicas<sup>13</sup>; (ii) por regla general, los empleados públicos de libre nombramiento y remoción, que relaciona el numeral 2 del artículo 5 de la Ley 909 de 2004,*

---

<sup>12</sup> Sentencia T-269 de 2017 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

<sup>13</sup> Sentencia SU-003 de 2018 (M.P. Carlos Bernal Pulido).

no gozan de estabilidad laboral reforzada<sup>14</sup>; y (iii) cuando se trata de servidores públicos que ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa y que pertenecen a alguno de los grupos titulares de la especial protección derivada del “retén social”, el amparo de la estabilidad laboral reforzada prospera únicamente si existe un margen de maniobra para la administración en cuanto a la provisión del empleo, en razón de la diferencia entre las plazas ofertadas y aquellas efectivamente proveídas mediante la lista de elegibles correspondiente<sup>15</sup>.

52. Así las cosas, como fue expuesto en los fundamentos jurídicos 48 a 51 de la presente decisión, la Corte Constitucional ha considerado que la protección derivada del “retén social” no es absoluta ni ilimitada. Por tanto, dado que dicha salvaguarda sólo puede garantizarse en el marco de las posibilidades fácticas y jurídicas de otorgarla, resulta indispensable ponderar los principios de la función administrativa (y, a partir de ellos, las circunstancias propias de los procesos de reestructuración de la administración) con los derechos fundamentales de los titulares de la protección laboral reforzada.

De este modo, se reitera la regla jurisprudencial que indica que **la desvinculación de los trabajadores del “retén social” puede ocurrir cuando se presenten causales objetivas** que no tengan relación con la condición que precisamente origina su protección especial, como la existencia de una justa causa de terminación de la relación laboral debidamente comprobada, la conclusión definitiva del proceso liquidatorio de la entidad respectiva o el cese de las condiciones que originan la especial protección.

53. A continuación, la Sala se referirá al caso particular de los servidores públicos **vinculados en provisionalidad por un período de tiempo determinado**, previsto desde su nombramiento. En este tipo de casos, se estima que estos funcionarios son titulares de la protección derivada del “retén social”. Sin embargo, la entidad correspondiente está facultada para desvincularlos **siempre que existan razones objetivas del servicio que justifiquen de manera suficiente el retiro de dichos funcionarios en cada caso particular**. Como es evidente, en tales casos no bastará con que se afirme la existencia de un proceso de reestructuración o liquidatorio.”

En el anterior escrito se vale una aclaración de la misma corporación, afirmando que el concepto del “reten social” no tiene su esencia en la Ley que lo dicta, sino que tiene un ámbito nacido en el marco CONSTITUCIONAL y no es simplemente valido en

---

<sup>14</sup> Sentencia T-269 de 2017 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

<sup>15</sup> Sentencias T-186 de 2013 (M.P. Alberto Rojas Ríos); T-017 de 2012 (M.P. María Victoria Calle Correa); T-729 de 2010 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

procesos de reestructuración o liquidación de entidades, sino que es un concepto amplio que involucra cambio de personal haciendo énfasis en que se debe de tener acciones afirmativas de especial protección a las personas vulnerables que laboran en la entidad:

1.1. *La Constitución Política consagra en su artículo 43 la igualdad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres, la prohibición de discriminación en favor de las mujeres, así como la asistencia y protección del Estado durante el embarazo y después del parto. Finalmente, el segundo inciso consagra que “[e]l estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia”.*

1.2. *En materia jurisprudencial, la Corte Constitucional en la sentencia SU-388 de 2005,<sup>16</sup> expuso que las acciones afirmativas en favor de la mujer se derivan del artículo 13 de la Constitución y difieren de la especial protección que debe garantizar el Estado a las madres cabeza de familia, “cuyo fundamento es el artículo 43 de la Carta, pues estas últimas plantean un vínculo de conexidad directa con la protección de los hijos menores de edad o discapacitados, donde es razonable suponer que la ayuda ofrecida redundará en beneficio de toda la familia y no de uno de sus miembros en particular”. Además, la Sala plena resaltó que “no toda mujer puede ser considerada como madre cabeza de familia por el sólo hecho de que esté a su cargo la dirección del hogar”*

1.3. *Esta Corporación sostuvo en varias sentencias que la protección de las madres cabezas de familia junto con la exigencia de acciones afirmativas a favor de este grupo está dada por la Constitución Política<sup>17</sup> y no por “disposiciones legales como la ley 790 de 2002 o la Ley 812 de 2003, en la que se regulaba el denominado retén social”.<sup>18</sup> Adicionalmente, la Sala Primera de Revisión en la sentencia T-992 de 2012,<sup>19</sup> adujo que la protección*

---

<sup>16</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-388 de 2005 (MP Clara Inés Vargas Hernández; SV, Jaime Araújo Rentería). Los criterios establecidos en dicha providencia han sido reiterados en las sentencias T-303 de 2006 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-835 de 2012 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), T-316 de 2013 (MP Alberto Rojas Ríos; AV Luis Ernesto Vargas Silva), T-345 de 2015 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y T-534 de 2017 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado).

<sup>17</sup> Corte Constitucional, sentencia T-641 de 2005 (MP Jaime Córdoba Triviño), en la que la Sala Cuarta de Revisión determinó que las acciones afirmativas a favor de las madres cabeza de familia no se fundan en “las disposiciones de origen legislativo sobre reforma estatal, sino en expresos mandatos constitucionales que obligan a otorgar una discriminación positiva que garantice la estabilidad laboral de las madres cabeza de familia con una intensidad mayor que los demás servidores públicos”. Adicionalmente, expuso que “no puede predicarse válidamente que la protección laboral de tales sujetos dependa de la pertenencia al plan de renovación de la administración pública o de la declaratoria de inexequibilidad del límite temporal de la estabilidad en el empleo previsto en la Ley 812 de 2003”. Las consideraciones expuestas fueron reiteradas en las providencias T-1183 de 2005 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T-773 de 2005 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-846 de 2005 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-200 de 2006 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), T-356 de 2006 (MP Alfredo Beltrán Sierra) y T-953 de 2008 (MP Rodrigo Escobar Gil).

<sup>18</sup> Corte Constitucional, sentencia T-846 de 2005 (MP Rodrigo Escobar Gil).

<sup>19</sup> Corte Constitucional, sentencia T-992 de 2012 (MP María Victoria Calle Correa).

*de este grupo de personas se aplica en los contextos de reformas institucionales que impliquen cambios de personal. En palabras de la Sala:*

*“[E]s conveniente aclarar que este deber de protección especial deber de protección especial se aplica a todos los contextos de reformas institucionales que impliquen transformaciones y cambios de personal. En todos ellos, las entidades tienen el deber de adoptar medidas especiales a favor de las madres cabeza de familia. No importa que dichas reformas no se surtan en el marco de la Ley 790 de 2002”.<sup>20</sup>*

### **3.3 ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE PRE-PENSIONADOS. PRECEDENTE DE CUMPLIMIENTO EN CASO ANÁLOGO EN LA MISMA ENTIDAD TERRITORIAL**

Mediante Sentencia de Segunda Instancia del 16 de enero de 2020, el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, la Magistrada Ponente: Ana Margoth Chamorro Benavides, dentro del proceso con Radicación: 76-001-33-33-003-2019-00275-01; demandante: Escolástica Ibarguen; Demandado: Municipio de Santiago de Cali, se pronunció sobre la estabilidad laboral reforzada de empleados en provisionalidad Pre- Pensionados, en el marco del Concurso 437 de 2017 de la CNSC, así:

#### ***“2.6. Situación de prepensionabilidad frente al derecho de nombramiento en carrera administrativa***

*La Corte Constitucional en Sentencia SU 003 de 2018 reiteró su postura respecto de la estabilidad laboral reforzada para empleados en provisionalidad que desempeñan cargos de carrera administrativa en situación de pre-pensionados. Además precisó la alta Corporación que dicha protección constitucional procede en eventos en que al empleado le falten tres años o menos para cumplir el estatus pensional, así:*

*“Para la Sala Plena, con fines de unificación jurisprudencial, cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, no hay lugar a considerar que la persona es beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, dado que el requisito faltante de edad puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente. En estos casos, no se frustra el acceso a la pensión de vejez. Para fundamentar esta **segunda regla de unificación jurisprudencial** se hace referencia a la jurisprudencia constitucional que ha desarrollado la figura y a su finalidad*

---

<sup>20</sup> Corte Constitucional, sentencia T-992 de 2012 (MP María Victoria Calle Correa).

*específica, en aras de determinar por qué, en el supuesto de unificación, no se frustra el acceso a la pensión de vejez.*

*Conforme a los pronunciamientos de las distintas Salas de Revisión de esta Corte<sup>21</sup>, la figura de la “prepensión” es diferente a la denominado “retén social”, figura de origen legal, que opera en el contexto de la renovación, reestructuración o liquidación de entidades públicas<sup>22</sup>. La “prepensión”, según la jurisprudencia de unificación de esta Corte se ha entendido en los siguientes términos:*

*“[...] en la jurisprudencia constitucional se ha entendido que las personas beneficiarias de la protección especial, es decir los prepensionados, serán aquellos servidores que cumplan con los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez dentro de los tres años siguientes o, en otras palabras, aquellos a los que les falte tres años o menos para cumplir los requisitos que les permitirán acceder a la pensión de jubilación o vejez.”<sup>23</sup>*

*Así las cosas, en principio, acreditan la condición de “prepensionables” las personas vinculadas laboralmente al sector Público o privado, que están próximas (dentro de los 3 años siguientes) a acreditar los dos requisitos necesarios para obtener la pensión de vejez (la edad y el número de semanas-o tiempo de servicio- requerido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o el capital necesario en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad) y consolidar así su derecho a la pensión.*

*Igualmente, tal como la ha considerado esta Corte, en especial en relación con los cargos de libre nombramiento como consecuencia de una pérdida intempestiva del empleo. Por tanto, ampara la estabilidad en el cargo y la continuidad en la cotización efectiva al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, para consolidar los requisitos que le faltaren para acceder a su pensión de vejez.*

*Igualmente, tal como lo ha considerado esta Corte, en especial relación con los cargos de libre nombramiento y remoción, en*

---

<sup>21</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia SU-897 de 2012

<sup>22</sup> Esta figura, a nivel legal, se consagró en la Ley 790 de 2002, “por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al presidente de la República.”

<sup>23</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-897 de 2012.

*aquellos supuestos en los que solo resta el requisito de edad (dado que se acredita el número de semanas de cotización o el tiempo de servicio, en el caso del Régimen de Prima media con Prestación Definida), no se ha considerado que la persona sea titular de la garantía de “prepensión”, en la media en que la consolidación del derecho pensional no está sujeta a la realización de cotizaciones adicionales al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.*

*En consecuencia, cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de la edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, en caso de desvinculación, no se frustra el acceso a la pensión de vejez, de allí que no haya lugar a considerar que la persona del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, dado que el requisito faltante, relativo a la edad, puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente.*

## **2.7 Caso concreto**

*(...)*

*Acudiendo a los pronunciamientos jurisprudenciales citados y los supuestos fácticos probados, esta Sala de decisión considera que el Municipio de Santiago de Cali ha omitido el cumplimiento del mandato contenido en el parágrafo 2 del artículo 263 de la ley 1955 de 2019, conforme a los siguientes argumentos:*

*En primer lugar, es necesario precisar que la Ley 1955 de 2019 por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022. “Pacto por Colombia, pacto por la Equidad” empezó a regir a partir del 25 de mayo de 2019.*

*En este compendio normativo, artículo 263, con el propósito de reducir la provisionalidad en el empleo público, el legislador exhortó a las entidades en asocio con la Comisión Nacional del Servicio Civil en aunar esfuerzos para la realización de procesos de selección mediante el ingreso a los cargos de carrera administrativa. No obstante, resaltó de manera clara, precisa e inequívoca que el jefe de la entidad u organismo que provee de las vacantes en provisionalidad debe reportar dentro del plazo establecido si existe personal vinculado mediante nombramiento provisional antes del mes de diciembre de 2018 y le faltare a la entrada en vigencia de la norma (25 de mayo de 2019) 3 años o menos para causar el derecho a su pensión de jubilación.*

*El literal de la norma expresa lo siguiente:*

**“Parágrafo 2º. Los empleos vacantes en forma definitiva del sistema general de carrera, que estén siendo desempeñados con personal vinculado mediante nombramiento provisional antes de diciembre de 2018 y cuyos titulares a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley le falten tres (3) años o menos para causar el derecho a la pensión de jubilación, serán ofertados por la CNSC una vez el servidor cause su respectivo derecho pensional.**

*Surtido lo anterior los empleos deberán proveerse siguiendo el pro-cedimiento señalado en la Ley 909 de 2004 y en los decretos regla-mentarios. Para el efecto, las listas de elegibles que se conformen en aplicación del presente artículo tendrán una vigencia de tres (3) años.*

*El jefe del organismo deberá reportar a la CNSC, dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha de publicación de la presente ley, los empleos que se encuentren en la situación antes señalada.*

*Para los demás servidores en condiciones especiales, madres, padres cabeza de familia y en situación de discapacidad que vayan a ser des-vinculados como consecuencia de aplicación de una lista de elegibles, la administración deberá adelantar acciones afirmativas para que en lo posible sean reubicados en otros empleos vacantes o sean los últimos en ser retirados, lo anterior sin perjuicio del derecho preferencial de la persona que está en la lista de ser nombrado en el respectivo empleo.”*

*La disposición citada en el primer inciso consagra dos supuestos de hecho: i) la existencia de personal vinculado mediante nombramiento provisional antes de diciembre de 2018 y ii) que el titular del cargo provisional le faltare 3 años o menos para causar su derecho pensional. La consecuencia jurídica de la configuración de esos supuestos es que tales empleos solo pueden ser ofertados cuando el titular provisional consolide su derecho pensional.*

*Posteriormente, en el inciso 2, indica que el procedimiento para proveer los cargos debe agotarse bajo el imperio de las reglas de la ley 909 de 2004 y que la lista de elegibles que se conforme tendrá una vigencia de 3 años.*

*Una interpretación teleológica de la disposición normativa citada permite afirmar que en el inciso primero del parágrafo el legislador, en aras de garantizar el derecho a la seguridad social y salvaguardar los derechos constitucionales de aquellos que se encuentran próximos a consolidar su*

*derecho pensional, ordenó a los empleadores el deber legar de reportar a la comisión Nacional del Servicio Civil los empleos que se encuentran ocupados por personas que ostentan la calidad de pre-pensionables, con la finalidad de que tales empleos no sean ofertados.*

*Bajo esa misma línea interpretativa de la utilidad de la disposición normativa, en el inciso 2, el legislador otorgó a la lista de elegibles una vigencia de 3 años, en aras de garantizar que el empleado provisional pre-pensionable cause su derecho pensional y a su vez salvaguardar las expectativas legítimas de los integrantes de la lista de elegibles si el cargo fue ofertado antes de la vigencia de la ley.*

*Así las cosas, como lo pretende el recurrente, se impone la aplicación retrospectiva, integral y finalista de todo el párrafo segundo del artículo 263, para darle el efecto útil, porque la actora cumplía los supuestos facticos pese a que no es posible aplicar la consecuencia jurídica del inciso 1° de la norma porque el cargo ya había sido ofertado a la fecha de si expedición.*

*En tal sentido, al proceso de selección 437 de 2017- Valle del Cauca se deben aplicar de manera inmediata las previsiones de los incisos 2 y 3 del párrafo segundo de la misma Ley 1955 de 2019.*

*Lo anterior porque de conformidad con los documentos probatorios allegados al plenario la señora Escolástica Ibarguen Torres fue vinculada mediante nombramiento provisional antes del mes de diciembre de 2018 y al 25 de mayo de 2019, fecha de la entrada en vigencia de la ley 1955 de 2019, tenía 67 años y 1198 semanas, es decir, le faltaban 1 año y 11 meses y 20 días aproximadamente para alcanzar el número de semanas requeridas para consolidar su derecho pensional.*

**Por lo anterior, esta Sala de Decisión revocará la sentencia de primera instancia y en su lugar ordenará al Municipio de Santiago de Cali dar cumplimiento al inciso tercero del párrafo 2 de artículo 263 de la ley 1955 de 2019, esto es, reportar el cargo a la CNSC; pero también al inciso segundo en cuanto la lista de elegibles se conforme dado que el cargo fue ofertado antes de la expedición de la ley tendrá una vigencia de 3 años una vez el servidor cause su derecho pensional, en virtud de las expectativas legítimas de las personas que hagan parte de la lista de elegibles del cargo ofertado.**

(Subrayado y negrillas fuera de texto)

En Sentencia T-326 del 2014 Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa, Corte Constitucional se manifiesta frente al tema de los prepensionados que ostentan cargos de provisionalidad, de la siguiente manera:

### **6. La estabilidad laboral relativa en el marco de un concurso público de méritos: aplicación de los criterios de razonabilidad y proporcionalidad**

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

*En la sentencia T-186 de 2013 se consideró que este asunto no puede resolverse simplemente a través de la opción a favor de alguno de los derechos en conflicto. Al contrario, se planteó la necesidad de que en el caso concreto se efectúe un ejercicio de ponderación entre esos derechos, que no afecte el núcleo esencial de cada uno de los extremos en cuestión. Para ello enfatizó en dos tipos de argumentos centrales: (i) la necesidad de que las autoridades del Estado interpreten las normas de forma razonable, proporcionada y compatible con los derechos fundamentales de los afectados, y (ii) la obligación de que estas mismas autoridades hagan una evaluación objetiva de las circunstancias del caso, diferente a una adjudicación aleatoria, en la cual se determine si es posible proteger concomitantemente los derechos del prepensionado y del aspirante.*

*6.2. En cuanto a lo primero, la Corte ha insistido en que la interpretación mecánica y aislada de las normas de carrera administrativa no es acertada, porque puede llegar a afectar derechos constitucionales que a su vez tienen la misma fundamentación superior que el mérito como mecanismo para el acceso a los empleos del Estado. Esta interpretación razonable implica, necesariamente, que la autoridad debe incluir entre su análisis de la regla*

*legal de la carrera administrativa, todas aquellas variables relacionadas con la vigencia de los derechos fundamentales del aspirante y de quien ejerce el cargo en condición de provisionalidad. Esto con el fin de evitar que una maximización de alguno de estos derechos permita llegar a resultados manifiestamente injustos, entre ellos los que significan la grave afectación de las posiciones jurídicas que la Constitución garantiza a los sujetos de especial protección. Al respecto, la sala Primera de Revisión consideró en la sentencia T-017 de 2012, para el caso particular de los prepensionados, las siguientes premisas útiles para resolver la tensión expuesta:*

*“Al dar cumplimiento a sus deberes constitucionales, legales y reglamentarios, los servidores públicos siempre deben tener presentes los principios, valores, finalidades estatales y derechos humanos consagrados en la Carta Política, procurando adoptar decisiones y cumplir sus funciones de manera tal que se maximice en cada situación concreta el imperio y la vigencia de la Constitución, y se minimicen los impactos negativos sobre los derechos fundamentales. En este preciso sentido, en la sentencia T-715/99 la Corte explicó que en el cumplimiento de sus funciones, los servidores públicos deben siempre tener presentes las finalidades constitucionales de promover la vigencia de un orden justo, la primacía de los derechos fundamentales de la persona y el servicio a la comunidad, sin obrar en forma mecánica sino de manera razonable, ponderada, creativa y proactiva...*

*“[...]*

*“A este respecto cobra particular relevancia el principio de igualdad que rige el ejercicio de la función administrativa de conformidad con el artículo 209 de la Constitución. En cumplimiento de este principio, los servidores públicos llamados a ejercer funciones administrativas –por ejemplo, proveer los cargos de carrera en sus respectivas instituciones– deben prestar cuidadosa atención a las características específicas y particulares de cada caso individual, en forma tal que cuando se hayan de adoptar decisiones susceptibles de afectar los derechos fundamentales se evite incurrir en discriminación, y se garantice la provisión de un trato diferenciado a quien por sus circunstancias particulares y sus derechos individuales así lo amerita legítimamente.*

*“También son de relevancia directa, en aplicación de esta pauta de comportamiento de los servidores públicos, las disposiciones constitucionales consagradas en los artículos 2 –asegurar la vigencia de un orden justo como uno de los fines esenciales del Estado–, 4 –prevalencia absoluta de la Constitución Política en tanto norma de*

*normas– y 5 –primacía de los derechos inalienables de la persona– de la Constitución; son estos mandatos del constituyente los que deben guiar el cumplimiento de las funciones de los servidores públicos en cada decisión y cada actuación que adopten, para efectos de procurar, constantemente, el evitar resultados manifiestamente injustos, violar lo dispuesto en la letra o el espíritu de la Constitución Política, o desconocer la prevalencia imperativa de los derechos fundamentales.*

*“Lo anterior implica, en lo que resulta relevante para el caso bajo examen, que **cuando una autoridad administrativa tiene a su disposición diversas alternativas para dar cumplimiento a sus deberes y obligaciones, debe optar por aquella que mejor materialice los derechos, valores y principios constitucionales, y que en menor grado afecte los derechos fundamentales, especialmente si afecta a sujetos de especial protección constitucional.** Más concretamente, al tomar decisiones relativas a la provisión de cargos de carrera administrativa, las autoridades nominadoras deben obrar en cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales en forma razonable, ponderada, y habiendo procurado no desconocer los derechos fundamentales de quienes se habrán de ver afectados por sus actos, para así no desencadenar resultados injustos que pueden ser evitados” (negritas fuera de texto).*

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

*En esta premisa se funda el segundo argumento que ha permitido a la Corte adelantar la ponderación entre derechos antes explicada. De tal modo, se ha considerado que la definición acerca del acceso del ganador del concurso de méritos al empleo público, que en todo caso es un derecho constitucionalmente prevalente, debe definirse de forma que consulte condiciones objetivas y no de manera aleatoria. Esto significa, en concreto, que en aquellas circunstancias en que sea posible garantizar correlativamente los derechos de carrera y la estabilidad laboral reforzada, particularmente porque se está ante la pluralidad de cargos, sin que todos*

*ellos hayan sido provistos por el concurso, la autoridad administrativa estará obligada a preferir una solución razonable, basada en la protección simultánea de los derechos constitucionales del aspirante y del prepensionado.*

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

Estos precedentes demuestran que el derecho invocado en esta oportunidad debe ser amparado por vía de la acción de tutela y comporta una violación a mis derechos fundamentales.

La Constitución y la Ley es clara en que en mi caso se deben tener en cuenta todas las opciones afirmativas pertinentes para la permanencia del empleo, por lo que mi desvinculación es contraria a la Constitución y a la doctrina que la Corte Constitucional ha sentado en la materia, como quedó visto. Donde ha quedado ampliamente demostrado como la administración no ha tenido en cuenta mi caso concreto de salud ni mi condición de podría afectarme con un daño irreversible.

Tanto la Constitución, como el artículo 263 parágrafo 2º de la Ley 1955 y la jurisprudencia constitucional son claras, no establecen condicionamientos adicionales a los que expresamente señala, ni supedita la actuación de la administración al pronunciamiento de otra entidad. El deber de la entidad es claro en cuanto dar cumplimiento a la obligación establecida por la norma constitucional y legal, tal como está señalado, en desarrollo de la doctrina constitucional sobre la protección laboral a las personas que están próximas a obtener su derecho pensional, derechos fundamentales que no pueden ser desconocidos por autoridad administrativa alguna.

#### **4. JURAMENTO**

Manifiesto bajo la gravedad del juramento que mi persona no ha presentado acción de tutela por los mismos hechos y peticiones.

## **5. ANEXOS Y PRUEBAS**

- Cedula de Ciudadanía
- Certificado e Historia Laboral
- Decreto 1-3-1207 del 17 de julio del año 2020 expedido por la Gobernación del Valle del Cauca.

## **6. NOTIFICACIONES**

Recibiré notificaciones a través de los correos electrónicos [juridico@lexius.com.co](mailto:juridico@lexius.com.co)

Atentamente,

LIDA MOSQUERA CANTILLO  
C.C No. 29.510.235