

ACCION DE TUTELA - Improcedente para cuestionar actos administrativos de carácter laboral / ACCION DE TUTELA - Excepciones al requisito de subsidiariedad / SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION - Prepensionados / PREPENSIONADOS - Personas con expectativa legítima de que se les reconozca la pensión de vejez / ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA - Prepensionados

Se precisa en primer lugar que la acción de tutela no procede para atacar actos administrativos de carácter laboral, pues para tal fin el ordenamiento jurídico ha creado acciones ordinarias, que son consideradas como medios idóneos para la protección de los derechos. Es decir, que ante la existencia de otros mecanismos de defensa judicial diferentes a la tutela, esta acción constitucional se torna improcedente, salvo que se instaure como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, se trate de un sujeto de especial protección o la acción ordinaria no sea idónea y eficaz para el amparo de los derechos. Corresponde referirse concretamente al estatus de prepensionado, el cual ha sido protegido en varias ocasiones por esta Corporación y por la Corte Constitucional, en ejercicio de la acción de tutela, dada la especial condición de quienes tienen una expectativa legítima de que se les reconozca la pensión de vejez. Para el caso de la implementación del régimen de carrera en una entidad pública, después de adelantado un concurso, es necesario que los nominadores, previo a empezar a nombrar, en periodo de prueba, a quienes figuran en la lista de elegibles, verifiquen si quienes ocupan en provisionalidad los cargos a proveer no sean sujetos de especial protección, como los prepensionados, pues esa condición impide que estos últimos puedan desvincularse de la entidad en forma inmediata. Los servidores que demuestren que están próximos a pensionarse, entendiéndose que se refiere a quienes les falte 3 años o menos para obtener el reconocimiento de la pensión de vejez o jubilación, entre otros requisitos, tienen derecho a una estabilidad laboral reforzada según lo ordena el Decreto 3905 de 2009.

FUENTE FORMAL: DECRETO 3905 DE 2009 / LEY 909 DE 2004

NOTA DE RELATORIA: En lo atinente a la especial protección que ostentan las personas con calidad de prepensionados, ver sentencias: del 30 de septiembre de 2010, exp. AC-2010-00553; del 7 de octubre de 2010, exp.AC-2010-00745; del 11 de noviembre de 2010, exp. AC-2010-01786; del 20 de enero de 2011, exp. AC-2010-02985 y del 10 de febrero de 2011, exp. AC-2010-03439, todas de esta Corporación; y de la Corte Constitucional: C-331 de 2000, C-789 de 2002, C-754 de 2004, T-169 de 2003, T-798 de 2006, T-128 de 2009.

AMPARO TRANSITORIO DE LOS DERECHOS AL TRABAJO, ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA, SEGURIDAD SOCIAL Y MINIMO VITAL - Especial protección de las personas con calidad de prepensionados

La actora impugnó la decisión de primera instancia al considerar que el a quo debía, no solo amparar el derecho de petición, sino los demás derechos invocados y, en consecuencia, pidió que se suspendiera provisionalmente la decisión que la retiró del servicio, mientras es incluida en nómina de pensionados... En el sub lite se advierte que los documentos aportados demuestran la condición de pre pensionada, pues la señora Realpe Ibarra tiene 58 años y 1.109, 31 semanas cotizadas -sin contar el bono pensional al que tiene derecho por haber laborado en la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero S.A.. Esa calidad no fue discutida por la entidad nominadora, por el contrario fue reconocida al reportarla a la CNSC en el año 2009 y al pedir la suspensión de la lista de elegibles. De manera que no es consecuente la decisión de declarar insubsistente el nombramiento de la

señora Realpe Ibarra, ya que la calidad de prepensionada otorga un tratamiento especial a la persona que desempeña un cargo en provisionalidad, en el entendido de que la entidad empleadora no puede desvincularla hasta cuando sea incluida en nómina de pensionados. Ese tratamiento surge de lo dispuesto en el Decreto 3905 de 2009, según el cual quien está próximo a pensionarse, esto es que le falten tres (3) años o menos para adquirir ese derecho, tiene una estabilidad laboral reforzada. La señora Realpe Ibarra es un sujeto de especial protección constitucional beneficiaria de la estabilidad laboral reforzada, de manera que conforme con la norma referida, se accederá al amparo invocado, ya que tiene una expectativa legítima de adquirir el derecho pensional. Es claro además que el retiro del cargo que ocupaba la demandante le causó un perjuicio irremediable, puesto que quedó desamparada sin opción alguna de acceder a otra actividad laboral para sufragar las necesidades básicas, mientras Colpensiones le reconoce la pensión de vejez, más aún cuando por su edad es muy difícil optar por ocupar un cargo en cualquier entidad pública o privada... Por lo anterior, la Sala revocará la decisión del a quo y, en su lugar, (i) amparará de manera transitoria los derechos al trabajo, estabilidad laboral reforzada, seguridad social y mínimo vital protegidos por la Constitución Política [arts. 25, 48 y 53], (II) dejará sin efectos el artículo tercero de la Resolución 000288 de 28 de junio de 2013 dictada por el Fondo de Bienestar Social de la Contraloría General de la República, exclusivamente en lo que se refiere a la terminación del nombramiento en provisionalidad de la señora Realpe Ibarra y (iii) ordenará al Fondo demandado que reintegre a la actora a un cargo de iguales o mejores condiciones al que venía ocupando a la fecha en que se dio el retiro del servicio, y hasta que Colpensiones reconozca la pensión de vejez a su favor y la incluya en nómina de pensionados, lo cual debe notificársele en debida forma, conforme con el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 y la sentencia C-1037 de 2003 de la Corte Constitucional.

FUENTE FORMAL: DECRETO 3905 DE 2009

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejera ponente: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

Bogotá, D.C., cinco (5) de febrero de dos mil quince (2015)

Radicación número: 25000-23-42-000-2013-03899-01(AC)

Actor: ALBA NORA REALPE IBARRA

Demandado: CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA Y COLPENSIONES

La Sala decide la impugnación presentada por la demandante contra la sentencia del 15 de julio de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda – Subsección C, que dispuso:

“PRIMERO. TUTELAR el derecho fundamental de petición de la señora Alba Nora Realpe Ibarra.

SEGUNDO. ORDENAR al Fondo, para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contados a partir de la notificación de la presente providencia, responda las peticiones de la señora Alba Nora Realpe Ibarra, haciendo alusión a la verificación del cumplimiento de los requisitos previos para obtener la calidad de pre pensionada y acceder, si ellos se dan a la protección prevista en el Decreto 3905 de 2009.

TERCERO. NEGAR las demás pretensiones.

(...)”

ANTECEDENTES

1. Pretensiones

La señora Alba Nora Realpe Ibarra, por medio de apoderado, instauró acción de tutela contra el Fondo de Bienestar Social de la Contraloría General de la República [en adelante el Fondo] y Colpensiones¹, por considerar vulnerados los derechos fundamentales al trabajo en condiciones dignas y justas, a la estabilidad en el empleo y al debido proceso. En consecuencia, formuló las siguientes pretensiones:

“Solicito al honorable Tribunal, se sirva conceder la tutela a la accionante, a fin de garantizarle sus derechos fundamentales amenazados, disponiendo la suspensión provisional del nombramiento de la señora ELVA GARCÍA LANDÍNEZ, quien ocupa el primer puesto en la lista de elegibles enviada por la CNSC, hasta tanto ALBA NORA REALPE, sea incluida en la nómina de pensionados de COLPENSIONES.”

2. Hechos

La actora señaló como hechos relevantes, los siguientes:

¹ En el auto admisorio de la demanda se vinculó a COLPENSIONES. FI. 38

Que ingresó al Fondo el 29 de febrero de 1996, en el cargo de Auxiliar Administrativo grado 05.

Mediante la Resolución 0338 del 27 de octubre de 2008, fue ubicada en el área de cartera en el cargo de Técnico Administrativo grado 17, código 3124. Posteriormente, a través de la Resolución 113 de mayo de 2011 fue trasladada al área de contabilidad de la Planta Global Operativa para desempeñar el mismo cargo.

Que tiene 57 años de edad² y ha cotizado al Instituto de Seguros Sociales- ISS más de 1.300 semanas, por lo que adquirió el “estatus pensional”.

Que el 11 de octubre de 2009 le informó a la Oficina de Talento Humano del Fondo que había adquirido el “estatus de pensionada” y en el mes de marzo de 2010 reiteró tal información.

Que el 15 de febrero de 2012, le informó al Fondo que el 12 de julio de 2011 elevó solicitud ante el Instituto de Seguros Sociales (en adelante ISS) con el fin de obtener el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación.

Que a la fecha de la presentación de esta acción de tutela no ha sido incluida en la nómina de pensionados de Colpensiones.

Que el Fondo le informó a la Comisión Nacional del Servicio Civil [en adelante CNSC] que la actora ya había cumplido los requisitos para adquirir la pensión.

Mediante Resolución 0970 del 15 de mayo de 2013, la CNSC conformó la lista de elegibles para proveer una vacante en el cargo de Técnico Administrativo, Grado 17, Código 3124, ocupado en provisionalidad por la actora. La lista tiene como único elegible a la señora Elva García Landines.

² Para la época en la que se radicó la acción de tutela.

El 27 de junio de 2013, el Fondo solicitó a la CNSC la suspensión provisional de la firmeza de la Resolución 0970 hasta que la señora Alba Nora Realpe sea incorporada en nómina de pensionados.

El 28 de junio de 2013, la demandante solicitó al Fondo condicionar su retiro del servicio a la inclusión en nómina, pero a la fecha el fondo no ha dado respuesta a su petición. Advirtió que es inminente el nombramiento de la señora García Landines en el cargo que ocupa.

En consecuencia, interpuso la acción de tutela de manera preventiva, para evitar la vulneración de sus derechos fundamentales, para garantizar la estabilidad laboral reforzada por su condición de pre pensionada, hasta que sea incluida en nómina de pensionados de Colpensiones.

3. Oposición

La Asesora Jurídica del **Fondo de Bienestar Social de la Contraloría General de la República** pidió que se negara por improcedente la acción de tutela porque la actora pretende controvertir la legalidad de la Resolución 0970 del 15 de mayo de 2013, que conformó la lista de elegibles para proveer el cargo que ocupa en la actualidad, para lo cual cuenta con el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Aclaró que fue la Comisión de Personal del Fondo la que elevó la petición ante la CNSC con el fin de suspender los efectos de la Resolución 0970 del 15 de mayo de 2013. Además, se han atendido oportunamente los requerimientos solicitados por la actora.

Precisó que no es la entidad responsable de la presunta vulneración alegada, pues no es la encargada de administrar la carrera administrativa. De manera que el Fondo debe cumplir los mandatos legales, y en este caso, sí así lo ordena la CNSC, tendrá que nombrar a la señora Elva García Landines, en periodo de prueba.

Por lo anterior, concluyó que no se han vulnerado los derechos fundamentales invocados y que no se demostró la existencia de un perjuicio irremediable que haga procedente la acción de tutela de manera transitoria.

La **Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES** guardó silencio.

4. Providencia impugnada

El **Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda – Subsección C**, en sentencia del 15 de julio de 2013, amparó el derecho fundamental de petición y ordenó al Fondo demandado que respondiera las peticiones elevadas por la señora Alba Nora Realpe Ibarra, haciendo alusión a la verificación del cumplimiento de los requisitos previos para obtener la calidad de pre pensionada y acceder, si ellos se dan, a la protección prevista en el Decreto 3905 de 2009 y, negó las demás pretensiones de la demanda.

Para adoptar la anterior decisión, el *a quo* analizó lo dispuesto en el Decreto 3905 de 2009 referente a la estabilidad laboral de los empleados en provisionalidad en cargos de carrera que tengan la calidad de pre pensionados, es decir que les falte 3 años o menos para que se les reconozca el derecho de pensión.

También se refirió a la estructura del Fondo y concluyó que el representante legal de la entidad respectiva, previa solicitud del empleado, es el encargado de verificar los requisitos para obtener la calidad de pensionado y, en caso de no reunir los requisitos, la entidad debe hacérselo saber al interesado.

Para el caso, de las pruebas obrantes en el expediente se observa que la actora informó al Fondo el 11 de octubre de 2009 y el 11 de marzo de 2010 sobre la calidad de pre pensionada pero que no es posible demostrar ese estatus con la sola solicitud que elevó ante el ISS el 12 de julio de 2012.

Frente a ese punto, el Fondo demandado informó que Colpensiones, mediante Oficio 1303781 de 25 de mayo del 2013, comunicó que la señora Alba Nora Realpe Ibarra no tiene semanas cotizadas a Colpensiones, por lo que no tiene derecho a la pensión.

Sin embargo, el *a quo* consideró que la situación de la actora debe ser aclarada, pues la Comisión de Personal del Fondo solicitó a la CNSC la suspensión del nombramiento de la señora Elva García Landines hasta tanto la señora Alba Nora Realpe Ibarra fuera incluida en la nómina de Colpensiones, con lo que se entiende que la entidad reconoció la calidad de pre pensionada de la demandante y le otorgó la protección que ha pedido.

Por otra parte, concluyó que en este caso se vulneró el derecho fundamental de petición porque la actora no ha recibido respuesta a la solicitud elevada el 28 de junio de 2013, en la que informó sobre su estatus de pre pensionada.

5. Impugnación

El apoderado de la actora impugnó la decisión de primera instancia en lo desfavorable por lo siguiente:

Si bien el *a quo* amparó el derecho de petición, no hizo lo propio respecto a los derechos al trabajo en condiciones dignas y justas, a la estabilidad en el empleo y al debido proceso. Esos derechos se vulneraron no solo al momento de radicarse

la acción de tutela sino ahora con la expedición de la Resolución 000288 del 28 de junio de 2013, que fue dada a conocer solo el 8 de julio del 2013, por la cual se retiró del servicio a la señora Realpe Ibarra.

Alegó, además, que el Fondo no cumplió con el trámite para el reconocimiento de la calidad de pre pensionada.

Para certeza del juez de segunda instancia, aportó los documentos que demuestran que la demandante *“sí tiene el status de pre pensionada”*, por lo que se deben amparar los derechos fundamentales invocados y, en consecuencia, suspender los efectos de la Resolución 000288 del 28 de junio de 2013, proferida por el Fondo, por la cual la retiro del servicio. Esa suspensión debe operar hasta que se le reconozca la pensión y esté incluida en nómina de pensionados.

6. Trámite en segunda instancia.

En auto de 10 de diciembre de 2013³, el despacho sustanciador de segunda instancia ordenó vincular al trámite de la presente acción a la Comisión Nacional del Servicio Civil y a la señora Elva García Landines, como terceros interesados en las resultas del proceso. En esa misma providencia se requirió a la Administradora Colombiana de Pensiones- COLPENSIONES para que informara las gestiones adelantadas respecto de la solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez radicada por la señora Alba Nora Realpe Ibarra ante el ISS, el 12 de julio de 2011, y si ya estaba incluida en nómina.

En auto de 3 de marzo de 2014⁴, se requirió por segunda vez, bajo los apremios de ley, a la Administradora Colombiana de Pensiones- COLPENSIONES con el fin de que rindiera el informe pedido en la providencia de 10 de diciembre de 2013. También se requirió al Fondo de Bienestar Social de la Contraloría General de la República para que allegara la constancia de recibo de la comunicación que ese Fondo le envió a la señora Elva García Landines.

³ Fls. 132-133

⁴ Fl. 155

En providencia de 9 de mayo de 2014, se requirió al apoderado de la demandante para que informara las gestiones adelantadas por la Administradora Colombiana de Pensiones- COLPENSIONES frente a la solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez radicada por la señora Realpe Ibarra ante el ISS, y si ya estaba incluida en nómina.

7. Intervenciones en segunda instancia.

La **Comisión Nacional del Servicio Civil- CNSC** indicó, por un lado, que la acción de tutela impetrada por la señora Alba Nora Realpe Ibarra es improcedente porque tiene a su alcance otros mecanismos jurídicos para controvertir los actos administrativos que, a su juicio, vulneran los derechos fundamentales.

Por otro lado, explicó que de conformidad con la Ley 909 de 2004, el Decreto 3905 de 2009 y la Circular Conjunta 074 de 2009, las entidades tienen la obligación de reportar los empleos que están en vacancia definitiva. Para el caso concreto de la Convocatoria 001 de 2005 debía hacerse a más tardar el 7 de diciembre de 2009, a través del aplicativo dispuesto en la página web de la Comisión, para efectos de que fueran publicados en la Oferta Pública de Empleos de Carrera- OPEC.

No obstante, en el referido Decreto 3905 el Gobierno Nacional previó una protección especial a quienes les faltaran tres (3) años o menos para causar el derecho a la pensión de jubilación y que estuvieran vinculados provisionalmente antes del 24 de septiembre de 2004, de manera que las entidades deben reportar a la Comisión los empleos que estén en esa condición, para que sean ofertados cuando el servidor cause el derecho pensional. En este tema citó el Acuerdo 121 de 2009, por el cual la Comisión Nacional del Servicio Civil estableció el procedimiento a seguir en los casos de pre pensionados.

En el presente caso, informó que el Fondo de Bienestar Social de la Contraloría General de la República registró la calidad de pre pensionada de la demandante,

el 9 de diciembre de 2009, advirtiendo que la fecha en la que se causaba la pensión era el 19 de abril de 2011, momento en el que podía convocarse a concurso público el empleo de técnico administrativo, cod. 3124, grado 17, cod. OPEC 50376.

Teniendo en cuenta esas fechas, el empleo se ofertó el 21 de noviembre de 2012 para posteriormente conformar la lista de elegibles, mediante Resolución 970 del 15 de mayo de 2013, con la señora Elvia García Landinez. La lista adquirió firmeza el 17 de junio de 2013. En este punto sostuvo que el Fondo de Bienestar Social de la Contraloría General de la República no solicitó la suspensión de la resolución mencionada.

Señala que para aquellos empleos en los cuales el proceso de selección ya tiene lista de elegibles en firme, la entidad debe realizar los respectivos nombramientos en periodo de prueba, según lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 1227 de 2005. En caso de que el empleo para el cual se conformó lista de elegibles esté ocupado en provisionalidad, deberá declararse la insubsistencia del nombramiento provisional y efectuarse el nombramiento del elegible.

Sin embargo, aclaró que los nombramientos radican exclusivamente en la entidad nominadora, puesto que la competencia de la CNSC llega hasta la firmeza de la lista de elegibles y la autorización de su uso.

Por último, advirtió que la protección de pre pensionado no se extiende de manera indefinida en el tiempo. Sostuvo que *«acceder a lo pretendido haría nugatoria la especial protección de aquellas personas próximas a causar requisitos de pensión en tanto sólo podría desvincularse una vez reconocida la pensión, trasmutando una vinculación provisional en definitiva en contravía de los principios constitucionales que rigen la carrera administrativa y que sostienen que sólo mediante un concurso de méritos una persona puede hacerse acreedora de derechos de carrera administrativa»*.

Por lo indicado, pidió que se declarara improcedente el trámite de tutela promovida por la señora Alba Nora Realpe Ibarra.

El **Fondo de Bienestar Social de la Contraloría General de la República**, en escrito de 3 de junio de 2014, informó al despacho sustanciador que el 4 de marzo y el 12 de mayo de 2014 solicitó a COLPENSIONES copia ejecutoriada de la resolución por la cual se reconoce pensión por vejez a la señora Alba Nora Realpe Ibarra.

En respuesta a las solicitudes, COLPENSIONES -en oficio de 12 de mayo de 2014- informó que *«Tan pronto exista respuesta de fondo de su trámite la misma se encargara de comunicarle (...)»*.

Teniendo en cuenta lo anterior el Fondo indicó que no ha recibido respuesta de fondo de COLPENSIONES relacionada con el reconocimiento de la pensión de la señora Realpe Ibarra.

La señora Elva García Landines, tercera interesada en las resultas del proceso no intervino en esta instancia.

Colpensiones no rindió informe a pesar de los varios requerimientos que se le hicieron.

CONSIDERACIONES

La acción de tutela está prevista en el artículo 86 de la Constitución Política, reglamentado por 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 (sic) que estos 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».

Esta acción procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Conforme con los antecedentes de esta providencia, la parte actora solicita la suspensión provisional del nombramiento de la señora Elva García Landines en el cargo de técnico administrativo, grado 17, código 3124, que ocupaba en provisionalidad y del cual fue retirada, a pesar de la condición de pre pensionada.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca amparó el derecho fundamental de petición y, en consecuencia, ordenó al fondo demandado que respondiera las peticiones elevadas por la señora Alba Nora Realpe Ibarra, haciendo alusión a la verificación del cumplimiento de los requisitos previos para obtener la calidad de pre pensionada y acceder, si ellos se dan, a la protección prevista en el Decreto 3905 de 2009.

La actora impugnó la decisión de primera instancia al considerar que el *a quo* debía, no solo amparar el derecho de petición, sino los demás derechos invocados y, en consecuencia, pidió que se suspendiera provisionalmente la decisión que la retiró del servicio, mientras es incluida en nómina de pensionados.

Para resolver la impugnación se debe establecer si las entidades demandadas vulneraron los derechos fundamentales al trabajo, a la estabilidad en el empleo y al debido proceso de la actora, al no tenerla en cuenta para la aplicación de los beneficios del denominado “RETÉN SOCIAL”. En efecto, para adoptar una decisión deben abordarse los siguientes puntos: i) procedencia de la acción de tutela frente a un prepensionado- sujeto de especial protección y ii) caso concreto.

i) Procedencia de la acción de tutela frente a un pre pensionado- sujeto de especial protección.

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

Corresponde referirse concretamente al estatus de prepensionado, el cual ha sido protegido en varias ocasiones por esta Corporación⁵ y por la Corte Constitucional, en ejercicio de la acción de tutela, dada la especial condición de quienes tienen una expectativa legítima de que se les reconozca la pensión de vejez⁶.

Para el caso de la implementación del régimen de carrera en una entidad pública, después de adelantado un concurso, es necesario que los nominadores, previo a empezar a nombrar, en periodo de prueba, a quienes figuran en la lista de elegibles, verifiquen si quienes ocupan en provisionalidad los cargos a proveer no sean sujetos de especial protección, como los prepensionados, pues esa condición impide que estos últimos puedan desvincularse de la entidad en forma inmediata.

Los servidores que demuestren que están próximos a pensionarse, entiéndase que se refiere a quienes les falte 3 años o menos para obtener el reconocimiento de la pensión de vejez o jubilación, entre otros requisitos, tienen derecho a una

⁵ Sentencias de 30 de septiembre de 2010, Rad. AC-2010-00553, M.P. Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas; de 7 de octubre de 2010, Rad. AC-2010-00745, M.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila; de 11 de noviembre de 2010, Rad. AC-2010-01786, M.P. Dr. William Giraldo Giraldo; de 20 de enero de 2011, Rad. AC-2010-02985, M.P. Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia y de 10 de febrero de 2011, Rad. AC-2010-03439, M.P. Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia.

⁶ Sobre el tema ver entre otras sentencias: C-331/00, C-789/02, C-754/04, T-169/03, T-798/06 y T-128/09 de la Corte Constitucional.

estabilidad laboral reforzada según lo ordena el Decreto 3905 de 2009. La citada norma prevé:

“DECRETO NÚMERO 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.

(...)”

Como en el presente asunto, el demandado es el Fondo de Bienestar Social de la Contraloría General de la República, la anterior norma es concordante con el régimen de carrera de esa entidad, el cual es administrado por la Comisión Nacional de Servicio Civil, de manera que le son aplicables las disposiciones generales de la Ley 909 de 2004.

ii) Caso concreto.

La señora Realpe Ibarra, según informa, está próxima a pensionarse pero su situación particular no fue tomada en cuenta por el fondo demandado, que decidió retirarla del servicio.

Para resolver el asunto deberán estudiarse las pruebas obrantes en el expediente.

Documentos aportados con la demanda de tutela:

1. Registro civil de nacimiento de la demandante Alba Nora Realpe Ibarra, en el que consta que nació el 19 de abril de 1956 en el municipio de La Cruz (Nariño)⁷.
2. Resolución No. 245 del 19 de febrero de 1996, por la cual se nombró a la señora Alba Nora Realpe Ibarra en el cargo de Auxiliar Administrativo Nivel Administrativo Grado 05 en el Fondo de Bienestar Social de la Contraloría General de la República⁸.
3. Acta de posesión No 144 del 29 de febrero de 1996 en el referido cargo⁹.
4. Resolución No. 042 del 29 de febrero del 2000, mediante la cual se hacen unas incorporaciones a la planta de personal del Fondo de Bienestar Social de la Contraloría General de la República, en las que se incluye a la señora Alba Nora Realpe Ibarra en el cargo técnico administrativo, código 4065, grado 17¹⁰.
5. Acta de posesión No. 0052 del 29 de febrero de 2000 en el que tomó posesión del citado cargo¹¹.
6. Resolución No. 0338 del 27 de octubre de 2008, por la cual se reubicó a la señora Alba Nora Realpe Ibarra en el área de Cartera para el cargo de técnico administrativo, código 3124, grado 17¹².
7. Resolución No. 113 del 2 de mayo de 2011 que trasladó a la señora Alba Nora Realpe Ibarra al grupo de Contabilidad para desempeñar el mismo cargo¹³.
8. Escrito dirigido al Grupo de Talento Humano del Fondo con fecha de 11 de diciembre de 2009, con el cual la señora Realpe Ibarra informa la fecha de nacimiento y que ha cotizado para pensión desde 1991, por lo que tiene derecho a

⁷ Fl. 10

⁸ Fl. 11

⁹ Fl. 12

¹⁰ Fls. 13-15

¹¹ Fl. 16

¹² Fls. 17-18

¹³ Fls. 19-20

la protección del artículo 1º del Decreto 3905 de 2009¹⁴. El sello de recibido de la entidad es de 11 de diciembre de 2009.

9. Oficio de 4 de marzo de 2010, en el que el Fondo solicitó a la demandante aportar varios documentos para acceder a la calidad de pre pensionada¹⁵.

10. Respuesta al oficio de 4 de marzo de 2010, en la que la demandante anexó documentos para demostrar su calidad de pre-pensionada¹⁶.

11. Escrito suscrito por la señora Alba Nora Realpe Ibarra, recibido el 15 de febrero de 2012 por el Fondo, en el que se informa a la Directora Administrativa y Financiera que radicó los papeles para obtener la pensión ¹⁷.

12. Comprobante de la solicitud de pensión radicada ante el ISS el 11 de julio de 2012¹⁸.

13. Resolución No. 0970 del 15 de mayo de 2013 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, por la cual conformó la lista de elegibles para proveer el cargo desempeñado por la demandante. La única que aparece en la lista es Elva García Landines¹⁹

14. Oficio de 27 de junio de 2013 de la Presidenta de la Comisión de Personal del Fondo dirigido a la CNSC, en el que informa que la señora Realpe Ibarra, quien ocupa el cargo de técnico administrativo, grado 3124, código 17, está en espera de ser incluida en nómina de pensionados, por ese motivo solicitó la suspensión provisional de la firmeza de la Resolución No. 0970 del 15 de mayo de 2013, por la cual se eligió a la señora Elva García Landines para ser nombrada en el referido cargo, mientras la señora Realpe Ibarra es incluida en nómina²⁰. El sello de recibido de la CNSC es de 27 de junio de 2013.

15. Escrito de la demandante de 28 de junio de 2013, dirigido a la Gerente del Fondo para recordar su estado de pre pensionada y que su retiro solo es procedente hasta que se encuentre en nómina²¹.

16. Certificación del tiempo de servicios, cargo y salario recibido por la demandante, expedida el 28 de junio de 2013 por el Director Administrativo y Financiero del Fondo²².

Pruebas aportadas por el Fondo con la contestación de la demanda:

¹⁴ Fl. 22.

¹⁵ Fls. 23-25

¹⁶ Fl. 26

¹⁷ Fl. 27

¹⁸ Fls. 21 y 106

¹⁹ Fls. 31-34

²⁰ Fl. 28

²¹ Fl. 29

²² Fl. 30

1. Respuesta de Colpensiones dirigida a la Gerente del Fondo en la que informó que la demandante no tiene semanas cotizadas en esa entidad. La fecha de recibido en el Fondo es de 2 de mayo de 2013²³.

Pruebas aportadas con la impugnación:

1. Respuesta del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural del 15 de junio de 2011, en la que le indicó a la demandante que en los periodos en los que laboró en la Caja Agraria y que no se cotizó al ISS tiene derecho al bono pensional que se reconoce y paga al fondo de pensiones al momento de pensionarse. En consecuencia, ese Ministerio expidió la certificación laboral para bono pensional No. CA-6549 formatos 1,2 y 3B de 15 de junio de 2011, la cual debe anexar al momento de solicitar el reconocimiento de la pensión. En esa certificación se observa que la demandante laboró en la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero desde el 20 de agosto de 1976 hasta el 9 de julio de 1981²⁴.

2. Reporte de las semanas cotizadas de la demandante expedido por Colpensiones en el que se reflejan un total de 1.109,31²⁵.

4. Respuesta de la Dirección Administrativa y Financiera del Fondo al recordatorio suscrito por la señora Alba Nora Realpe Ibarra el 28 de junio de 2013, en cumplimiento del fallo de 15 de abril de 2013, en el que indica que la entidad estará atenta a los pronunciamientos de Colpensiones en relación a la solicitud²⁶.

5. Comunicación a la señora Realpe Ibarra de la expedición de la Resolución No. 000228 del 28 de junio de 2013, por la cual se nombra en periodo de prueba a Elva García Landines en el cargo de Técnico Administrativo, código 3124, grado 17 en la planta global del Fondo y se declara insubsistente el nombramiento en provisionalidad de Alba Nora Realpe Ibarra. La fecha de recibido es de 8 de julio de 2013²⁷.

6. Resolución No. 000228 del 28 de junio de 2013²⁸.

Documentos aportados por el Fondo en segunda instancia:

1. Oficios de 4 de marzo y de 2 de mayo de 2014 suscritos por el Director Administrativo del Fondo en los que solicitó al Presidente de Colpensiones copia

²³ Fls. 70-71

²⁴ Fls. 97-105

²⁵ Fls. 107-118.

²⁶ Fls. 119-120

²⁷ Fls. 121

²⁸ Fls. 122-123

de la resolución por la cual se reconoce pensión por vejez a la señora Alba Nora Realpe Ibarra²⁹.

2. Oficio de 12 de mayo de 2014 de Colpensiones en el que se informa al Fondo que tan pronto exista respuesta de fondo a la solicitud se le comunicara³⁰.

Relacionadas las pruebas, la Sala encuentra probado que la señora Alba Nora Realpe Ibarra inició su vida laboral en el año 1976 en la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y que ahí estuvo hasta 1981. Entre los años 1991 a 1996 estuvo en otras entidades³¹ para finalmente vincularse al Fondo de Bienestar Social de la Contraloría General de la República el 29 de febrero de 1996, en el cargo de auxiliar administrativo, grado 05. El último cargo que ocupó en provisionalidad en el Fondo fue el de técnico administrativo, código 3124, grado 17 en el Grupo de Contabilidad.

El Fondo mediante Resolución 000228 de 28 de junio de 2013 dio por terminado el nombramiento de la señora Realpe Ibarra, una vez se posesionara en periodo de prueba la persona que superó el concurso, es decir, la señora Elva García Landines.

La referida resolución se comunicó a la demandante el 8 de julio de 2013, es decir, que para la fecha en que se interpuso la presente acción de tutela [2 de julio de 2013³²] aún no se conocía la decisión del retiro del cargo, razón por la cual en ese momento se alegó la amenaza de los derechos fundamentales al trabajo en condiciones dignas y justas, a la estabilidad en el empleo y al debido proceso.

Sin embargo, la amenaza alegada se materializó con la expedición de la Resolución 000228, motivo por el cual en el escrito de impugnación se pidió la suspensión provisional de los efectos de ese acto administrativo hasta que la señora Realpe Ibarra fuera incluida en nómina de pensionados.

²⁹ Fls. 173-174

³⁰ Fl. 172

³¹ Confederación Nacional de Centros Docentes, Electro Video y Computadores, Acero Salamanca Bruno Feli, Serna Betancourt Olga Lucía y Abre Ltda. Esta información se extrae del reporte de semanas cotizadas entregado por Colpensiones a la actora. Fls. 107-118.

³² Fl. 3

Así que corresponde, como se indicó, determinar la presunta vulneración de los derechos invocados. En el *sub examine* se observa, de las pruebas allegadas, que la demandante tiene 58 años de edad, 57 cuando fue desvinculada de la entidad. También que el 11 de diciembre de 2009, 4 de marzo de 2010, 15 de febrero de 2012 y 28 de junio de 2013 le informó al Fondo su condición de pre pensionada, pues a su juicio tenía las semanas cotizadas y le faltaban menos de tres (3) años para adquirir el derecho a la pensión. Varios de esos escritos los presentó como consecuencia del requerimiento efectuado por el mismo fondo, en el que informó el procedimiento que debía cumplirse ante la CNSC para reportar los cargos ocupados en provisionalidad con prepensionados.

Asimismo, la actora solicitó al ISS el reconocimiento de la pensión el 11 de julio de 2012, lo que informó a su empleador, pero a la fecha no se ha resuelto esa petición.

Como consecuencia de esos informes, el Fondo, en diciembre de 2009, reportó la calidad de pre pensionada de la actora y registró como fecha de causación del derecho pensional, el 19 de abril de 2011, según se advierte del informe rendido por la CNSC en esta instancia.

Teniendo en cuenta esas fechas, la CNSC el 21 de noviembre de 2012 ofertó el empleo de técnico administrativo, código 3124, grado 17 y, posteriormente, mediante Resolución 970 de 15 de mayo de 2013, expidió la lista de elegibles, en la que quedó como única elegible la señora Elva García Landines. La CNSC informó que ese acto quedó en firme el 17 de junio de 2013 y que el Fondo no solicitó la suspensión.

Se observa -a folio 28- que, el 27 de junio de 2013, la Presidenta de la Comisión de Personal de la entidad nominadora pidió a la CNSC la suspensión provisional de la firmeza de la Resolución 970, mientras que la señora Realpe Ibarra era incluida en nómina.

A pesar de esa solicitud, al día siguiente [28 de junio] el Fondo dictó la Resolución 000228, por la cual nombró en periodo de prueba a Elva García Landines en el cargo de técnico administrativo, código 3124, grado 17 en la planta de personal y declaró insubsistente el nombramiento en provisionalidad de Alba Nora Realpe Ibarra.

En el *sub lite* se advierte que los documentos aportados demuestran la condición de pre pensionada, pues la señora Realpe Ibarra tiene 58 años y 1.109, 31 semanas cotizadas -sin contar el bono pensional al que tiene derecho por haber laborado en la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero S.A.. Esa calidad no fue discutida por la entidad nominadora, por el contrario fue reconocida al reportarla a la CNSC en el año 2009 y al pedir la suspensión de la lista de elegibles.

De manera que no es consecuente la decisión de declarar insubsistente el nombramiento de la señora Realpe Ibarra, ya que la calidad de prepensionada otorga un tratamiento especial a la persona que desempeña un cargo en provisionalidad, en el entendido de que la entidad empleadora no puede desvincularla hasta cuando sea incluida en nómina de pensionados. Ese tratamiento surge de lo dispuesto en el Decreto 3905 de 2009, según el cual quien está próximo a pensionarse, esto es que le falten tres (3) años o menos para adquirir ese derecho, tiene una estabilidad laboral reforzada.

La señora Alba Nora Realpe Ibarra es un sujeto de especial protección constitucional beneficiaria de la estabilidad laboral reforzada, de manera que conforme con la norma referida, se accederá al amparo invocado, ya que tiene una expectativa legítima de adquirir el derecho pensional.

Es claro además que el retiro del cargo que ocupaba la demandante le causó un perjuicio irremediable, puesto que quedó desamparada sin opción alguna de acceder a otra actividad laboral para sufragar las necesidades básicas, mientras Colpensiones le reconoce la pensión de vejez, más aún cuando por su edad es muy difícil optar por ocupar un cargo en cualquier entidad pública o privada.

Si bien es cierto, que la entidad nominadora está implementando el sistema de carrera, lo cual le otorga a quienes superaron el concurso un derecho legítimo de acceder a los cargos vacantes, es importante que al realizar las designaciones en periodo de prueba se verifique la especial condición de algunos de los funcionarios que ocupan cargos en provisionalidad, como por ejemplo quienes están próximos a pensionarse, y que gozan de estabilidad reforzada, ya que su desvinculación los sometería a un perjuicio irremediable.

Por lo anterior, la Sala revocará la decisión del *a quo* y, en su lugar, (i) amparará de manera transitoria los derechos al trabajo, estabilidad laboral reforzada, seguridad social y mínimo vital protegidos por la Constitución Política [arts. 25, 48 y 53], (II) dejará sin efectos el artículo tercero de la Resolución 000288 de 28 de junio de 2013 dictada por el Fondo de Bienestar Social de la Contraloría General de la República, exclusivamente en lo que se refiere a la terminación del nombramiento en provisionalidad de la señora Alba Nora Realpe Ibarra y (iii) ordenará al Fondo demandado que reintegre a la actora a un cargo de iguales o mejores condiciones al que venía ocupando a la fecha en que se dio el retiro del servicio, y hasta que Colpensiones reconozca la pensión de vejez a su favor y la incluya en nómina de pensionados, lo cual debe notificársele en debida forma, conforme con el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 y la sentencia C-1037 de 2003 de la Corte Constitucional.

Se advierte que el reintegro de la actora no deberá afectar a la señora Elva García Landines, quien fue nombrada en el cargo de Técnico Administrativo Código 3124 Grado 17. En el *sub examine*, si bien debe tenerse en cuenta la especial condición de pre pensionada de la señora Realpe Ibarra, también debe advertirse que el reintegro a la entidad no deberá perjudicar a la persona que legítimamente superó todas las etapas del proceso de selección y que actualmente ocupa el cargo que la actora desempeñaba en provisionalidad. Los concursantes no pueden sufrir las consecuencias por las omisiones de la entidad nominadora y de la que administra la carrera, en ese entendido, deberá reintegrarse a la demandante en otro cargo de igual o mejores condiciones al que tenía.

Finalmente, la Sala estima necesario amparar el derecho de petición, puesto que la actora desde julio de 2012 radicó ante el ISS (ahora Colpensiones) los documentos necesarios para el reconocimiento de la pensión de vejez y hasta la fecha de esta providencia, esa entidad no se ha pronunciado, a pesar de los múltiples requerimientos que se realizaron para que informará las gestiones adelantadas. Por consiguiente, ordenará a Colpensiones que dé respuesta a la solicitud de la demandante.

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.

FALLA

1. **REVÓCASE** la sentencia de 15 de julio de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda- Subsección C, objeto de impugnación y, en su lugar, **AMPÁRANSE** de manera transitoria los derechos fundamentales al trabajo, estabilidad laboral reforzada, seguridad social, mínimo vital y petición de la señora Alba Nora Realpe Ibarra. En consecuencia:
2. **DEJÁSE** sin efectos el artículo tercero de la Resolución 000288 de 28 de junio de 2013, dictada por el Fondo de Bienestar Social de la Contraloría General de la República, exclusivamente en lo que se refiere a la terminación del nombramiento en provisionalidad de la señora Alba Nora Realpe Ibarra.
3. **ORDÉNASE** al Fondo de Bienestar Social de la Contraloría General de la República que proceda, en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, a reintegrar, sin solución de continuidad, a la señora Alba Nora Realpe Ibarra a un cargo de iguales o mejores condiciones al que venía ocupando a la fecha en que se dio el retiro del

servicio, y hasta que Colpensiones reconozca la pensión de vejez a su favor y la incluya en nómina de pensionados, lo cual debe notificársele en debida forma. El nombramiento de la señora Elva García Landines en el cargo de Técnico Administrativo Código 3124 Grado 17 no puede afectarse de ninguna manera por el reintegro a la institución de la señora Realpe Ibarra.

4. **ORDÉNASE** a la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones que, en un plazo máximo de 48 horas contado desde la notificación de esta providencia, dé respuesta a la solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez, radicada por la señora Alba Nora Realpe Ibarra el 11 de julio de 2012.

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

Cópiese, notifíquese, cúmplase.

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

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ
Presidente de la Sección

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS
SALVA VOTO

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ