

Medellín, Antioquia, agosto de 2019

Señores:

JUEZ _____ **DE BOGOTA**
REPARTO
E.S.D.

REFERENCIA: ACCION DE TUTELA CON MEDIDA PROVISIONAL O CAUTELAR

ACCIONANTE: JOSÉ ANORSO CASTRO ALVAREZ

ACCIONADA: SENA

PRETENSIONES: REINTEGRO POR SER PREPENSIONADO Y PADRE CABEZA DE FAMILIA

JOSÉ ANORSO CASTRO ALVAREZ, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No. **70.113.080**, domiciliado en Medellín, Antioquia, actuando a nombre propio, con todo respeto presento ante su Despacho ACCION DE TUTELA en contra del **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE –SENA-**, entidad que está violando mis derechos constitucionales a la **DIGNIDAD HUMANA, LA GARANTIA Y EFECTIVIDAD DE LA PROTECCION DE LOS DERECHOS POR PARTE DEL ESTADO, IGUALDAD, TRABAJO, DEBIDO PROCESO, MINIMO VITAL, SALUD, PROTECCIÓN ESPECIAL POR SER PREPENSIONADO Y SER PADRE CABEZA DE FAMILIA, ASÍ COMO A LOS PRINCIPIOS DE CONFIANZA LEGÍTIMA, BUENA FE Y SEGURIDAD JURÍDICA** fundamentales consagrados en los artículos 1, 2, 13, 25, 47, 48 Y 49 de la Constitución Política de 1991, respectivamente con fundamento en los siguientes,

A. LEGITIMACION EN LA CAUSA

Me encuentro legitimado para solicitar la tutela de mis derechos fundamentales, derechos a la **DIGNIDAD HUMANA, LA GARANTIA Y EFECTIVIDAD DE LA PROTECCION DE LOS DERECHOS POR PARTE DEL ESTADO, IGUALDAD, TRABAJO, DEBIDO PROCESO, MINIMO VITAL, SALUD, PROTECCIÓN ESPECIAL POR SER PREPENSIONADO Y SER PADRE CABEZA DE FAMILIA ASÍ COMO A LOS PRINCIPIOS DE CONFIANZA LEGÍTIMA, BUENA FE Y SEGURIDAD JURÍDICA**, Ya que el SENA, me paso carta de terminación de mi provisionalidad a partir del 29 de enero de 2019, ya que viene un elegible a ocupar mi cargo, sin embargo el SENA no tiene en cuenta que me debió ubicar en un cargo igual o mejor al que desempeño, toda vez, que, actualmente soy pre pensionado, sumado a que mi esposa cuenta con diagnóstico de LINFEDEMA, INCONTINENCIA URINARIA, HIPERTENSIÓN CONTROLADA, ARTROSIS, OBESIDAD ENTRE OTRAS ENFERMEDADES, las cuales eran atendidas en el servicio médico del SENA.

Por contar con los anteriores antecedentes, por ser pre pensionado, mi esposa cuenta con diagnóstico de LINFEDEMA, INCONTINENCIA URINARIA, HIPERTENSIÓN CONTROLDA, ARTROSIS, ENTRE OTRAS ENFERMEDADES; EL SENA debió darme una estabilidad laboral Reforzada y ubicarme en otro cargo igual o mejor al que desempeño, por lo que pido se me reintegre en la entidad.

RECIBIDO
OFICINA DE APOYO

20 AGO 2019

B. PRINCIPIO DE INMEDIATEZ EN LA TUTELA

... "Sobre el principio de inmediatez se tiene que la H Corte Constitucional ha manifestado que la acción de tutela debe interponerse en un plazo razonable contado desde los hechos que violaron los derechos fundamentales del accionante, con el fin de no crear situaciones de inseguridad, que violen derechos de terceros involucrados. Sin embargo, tal criterio no es absoluto, por cuanto en los casos en los cuales existe una violación continua y actual de los derechos es aceptable que haya transcurrido un lapso de tiempo mayor sin que se haya hecho uso de la acción de tutela. Idéntica consideración se aplica en los casos en los cuales se argumenta la expedición de nueva jurisprudencia de las altas cortes sobre la materia, la cual puede considerarse como la existencia de un hecho nuevo que actualiza el interés del accionante. Así, en efecto, se pronunció esa Alta Corporación en sentencia T-619 de 2009 en la que razono bajo el siguiente tenor: Con todo, la Corte ha precisado que, bajo ciertos parámetros, es aceptable un mayor espacio de tiempo transcurrido entre el hecho que genera la vulneración y la presentación de la acción de tutela. En este sentido, en Sentencia T-158 de 2006 expuso: "De la jurisprudencia de esta Corporación se puede derivar que solamente es aceptable un extenso espacio de tiempo transcurrido entre el hecho que genera la vulneración y la presentación de la acción de tutela bajo dos circunstancias específicas: (i) Que se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual. [41] Y (ii) que la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo, el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros". "Ahora bien, la actora atribuye la vulneración de sus derechos fundamentales al auto proferido el 23 de marzo de 2006 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó el recurso de apelación contra la sentencia emitida por la misma Corporación el 13 de octubre de 2005. E instauró la presente acción de tutela el 10 de diciembre de 2008. [42] Esto significa que demoró 2 años y 8 meses en presentar la acción de tutela. Para determinar si este es un término razonable es necesario tener en cuenta, además de la naturaleza y fines propios de acción de tutela, las circunstancias específicas en que se ha encontrado la accionante. En primer lugar, a pesar de que el hecho que originó la vulneración de los derechos es bastante lejano con relación al momento en que se presentó la acción de tutela, no se puede desconocer que el auto del 23 de marzo de 2006, al negar el recurso de apelación, impidió que la accionante tuviera la posibilidad de una segunda instancia y un eventual reajuste pensional, por lo cual la vulneración de sus derechos no ha desaparecido, sino que ha permanecido en el tiempo y es actual. En segundo lugar, la accionante aduce como fundamento de la demanda la jurisprudencia posterior del Consejo de Estado, contenida en los autos de fechas 12 de julio de 2007 y 21 de agosto de 2008, los cuales dirimieron conflictos similares al aquí analizado y trajeron consigo elementos nuevos sobre el principio de la doble instancia en los procesos administrativos que, a pesar de haber sido admitidos con vocación de doble instancia, con la entrada en vigencia de

nuevos cuerpos normativos terminaron convirtiéndose en de única instancia[43]. Esa circunstancia se puede considerar como un hecho nuevo que sirvió a la accionante como fundamento para interponer la acción de tutela. “En consideración a lo anterior, la Sala estima que el término para presentar la acción de tutela es razonable y no impide la procedencia de la misma. Esta Corporación en jurisprudencias pasadas ha considerado que fue la sentencia T-329 de mayo de 2009, la primera sentencia en la cual la Corte Constitucional analizó en concreto la constitucionalidad del artículo 28 de la ley 1122 de 2007 y determinó por vía de Excepción de Inconstitucionalidad, que la norma no se encontraba acorde con el ordenamiento jurídico, situación que bien podía considerarse como un hecho nuevo para justificaba la interposición de la acción de tutela con posterioridad a dicho pronunciamiento. Sin embargo, la Sala considera que dicho razonamiento no puede aplicarse al caso concreto por las razones que pasan a explicarse enseguida. En primer lugar, debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia de la H Corte Constitucional data de 14 de mayo de 2009 y por tanto a la fecha de interposición de la tutela ya habían transcurrido 11 meses desde dicha providencia sin que el actor hubiera solicitado el amparo requerido. Si lo anterior fuera poco, comparte el Tribunal, la afirmación realizada por el a-quo al indicar que los planteamientos de dicha jurisprudencia y posteriores, no se aplican al caso del actor, debido a que en aquella ocasión el debate versaba sobre la constitucionalidad del artículo 28 de la ley 1122 de 2008 al introducir un método mixto de elección de gerente de las ESEs que si bien consagró la obligatoriedad de la convocatoria a un concurso de méritos, lo cierto era que la junta directiva de dichas instituciones podía designar libremente la terna al nominador para que éste escogiera al funcionario que se había de desempeñar en el cargo. La Corte en tales jurisprudencias concluyó que debía darse prelación al concurso de méritos de conformidad con el art 125 de la Constitución Política y por tanto declaró su inconstitucionalidad en principio por excepción vía tutela y luego su inexecutable en sentencia C-181-10 de 17 de marzo de 2010. Por tanto, la fecha que debe tenerse en cuenta para evaluar el caso del actor, es la fecha de nombramiento como gerente 15 de diciembre de 2008, término que a juicio de la Sala no se considera razonable para la interposición de la acción propuesta... De conformidad con la jurisprudencia transcrita, la Sala observa que no es suficiente el argumento de que la violación del derecho alegado por el actor permanezca en el tiempo para que la acción de tutela proceda, ya que en tales casos existe una obligación del accionante de interponerla lo antes posible y en caso de que no lo haya hechos debe existir razones justificadas para dicha pasividad, las cuales no aparecen siquiera vislumbradas dentro de la presente actuación por lo que forzoso resulta declarar la improcedencia del amparo propuesto”

C. PROCEDENCIA

PRIMERO: En Mayo de 2019, interpuse acción de tutela para solicitar se me protegieran mis derechos fundamentales y se me diera una estabilidad laboral reforzada Reincorporándome en una cargo igual o mejor que el que desempeñaba , dichos derechos fundamentales invocados fueron negados.

SEGUNDO: *“que la Jurisprudencia constitucional ha considerado que un nuevo hecho puede consistir en una sentencia posterior de un alto tribunal en la que se*

acepte para casos similares una determinada interpretación del ordenamiento jurídico, pues ello habilita a los demandantes para introducir una cuestión referida a la violación del derecho a la igualdad que no era posible plantear con anterioridad que es precisamente lo que sucede en mi caso"

TERCERO: Que de mayo de 2019 a la fecha han ocurrido hechos nuevos y he encontrado Nuevas pruebas que demuestran que la entidad tutelada me viene vulnerando mis derechos; para **poder acudir nuevamente a la acción de tutela**, las cuales expondré posteriormente y entre los hechos nuevos y que no fueron tenidos en cuenta están:

- LEY 1955 del 25 de mayo de 2019 que en su artículo 263 Parágrafo 2°. 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, Y donde fui desvinculada definitivamente de la Entidad el día 17 de abril de 2019 dejando mis derechos fundamentales desprotegidos y los cuales pasare a exponer más adelante en el escrito de esta acción de tutela.
- Fallo de segunda instancia No 05001311000320190024201 emitido por el Tribunal de Medellín accionado SENA donde ordeno EL REINTEGRO DEL ACCIONANTE al ser pre pensionado.
- Fallo de tutela de segunda instancia No No 680013333013-2019-00044-01 del 06 de AGOSTO de 2019 emitido por EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER accionado SENA donde ordeno EL REINTEGRO DE LA ACCIONANTE.

CUARTO: En Sentencia T-024/07 planteó la honorable Corte Constitucional, respecto a la procedencia de la Acción de Tutela "... El artículo 86 de la Carta Política dispone que toda persona puede reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, el restablecimiento inmediato de sus derechos fundamentales, siempre que no cuente con otro medio judicial de protección y el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 prevé que la existencia del recurso que enerva la acción de tutela se apreciará en concreto, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.

En armonía con lo expuesto esta Corporación ha considerado que, salvo la ineficacia comprobada de los recursos o medios de defensa existentes frente al caso concreto, la acción de tutela es improcedente para juzgar las actuaciones administrativas, porque el ordenamiento prevé procedimientos para resolver las controversias y los litigios originados en las actividades de las entidades públicas.

Señala la jurisprudencia, respecto de la eficacia de medio judicial:

"Considera esta corporación que, cuando el inciso 3o. del artículo 86 de la carta Política se refiere a que "el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial ..." como presupuesto indispensable para entablar la acción de tutela, debe entenderse que ese medio tiene que ser suficiente para que a través de él se restablezca el derecho fundamental violado o se proteja de su amenaza, es decir, tiene que existir una relación directa entre el medio de defensa judicial y la efectividad del derecho. Dicho de otra manera, el medio debe ser idóneo para lograr el cometido concreto, cierto, real, a que aspira la Constitución cuando consagra ese derecho. De no ser así, mal puede hablarse de medio de defensa y, en consecuencia, aun lográndose por otras vías judiciales efectos de carácter

puramente formal, sin concreción objetiva, cabe la acción de tutela para alcanzar que el derecho deje de ser simplemente una utopía”.

Sentencia T-076/17

ACCION DE TUTELA PARA OBTENER REINTEGRO LABORAL Y SUS EXCEPCIONES-Improcedencia general

La Corte Constitucional ha sido enfática en establecer que por regla general la tutela no es procedente para solicitar el reintegro laboral de un empleado, ya que el ordenamiento jurídico ofrece a los trabajadores, acciones judiciales para satisfacer esta pretensión, tanto en la jurisdicción ordinaria laboral como en la contenciosa administrativa. No obstante, la anterior regla tiene su excepción en aquellos casos en que el afectado se encuentre en una condición de debilidad manifiesta y, que en virtud de ello, se considere sujeto constitucionalmente protegido con una estabilidad laboral reforzada, por ejemplo: las mujeres en estado de embarazo, los trabajadores discapacitados y los que padecen alguna limitación en su estado de salud.

NORMAS PARA RETEN SOCIAL PARA PREPENSIONADO-Protección

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE PERSONAS PROXIMAS A PENSIONARSE-Deber del empleador de garantizar estabilidad del trabajador hasta su inclusión en nómina

ACCION DE TUTELA PARA RECLAMAR EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE DERECHOS PENSIONALES-Procedencia excepcional

DERECHO PENSIONAL DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Reconocimiento de manera definitiva vía de tutela

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL-Desarrollo constitucional y legal

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL COMO DERECHO FUNDAMENTAL IRRENUNCIABLE-Reiteración de jurisprudencia

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD SOCIAL Y VIDA PROBABLE DE LOS ANCIANOS-Tesis sobre la vida probable

La Corte ha desarrollado una línea jurisprudencial en torno a la tesis de vida probable, la cual consiste en que cuando una persona sobrepasa el promedio de vida de la población colombiana, por su avanzada edad, podría presumirse que a la fecha de una decisión dentro de un proceso ordinario, su vida se habrá extinguido.

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE DESVINCULAN A EMPLEADOS PUBLICOS DE SUS CARGOS-Procedencia

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CARACTER PARTICULAR Y CONCRETO-Procedencia excepcional para solicitar el reintegro de servidores públicos por ser pre pensionado

Tanto los servidores públicos próximos a pensionarse como cualquier otro servidor público, en principio, no pueden acudir a la acción de tutela para discutir los actos administrativos de desvinculación. Sin embargo, de evidenciarse que con tal decisión la administración genera la ocurrencia de un perjuicio irremediable, se activa la competencia del juez constitucional de manera transitoria. Adicionalmente,

procede la acción de tutela como mecanismo definitivo cuando el juez evidencie que el pre pensionado que pretende su estabilidad laboral se encuentra en una precaria situación, generada por el retiro de su lugar de trabajo. Por tanto, es necesario que ese asunto sea tramitado a través de un mecanismo preferente y sumario, pues de someter al actor, en tales condiciones, a un procedimiento que podría durar un tiempo considerable, tomaría ineficaz la protección de los derechos fundamentales invocados por éste, un ejemplo de ello puede advertirse en los eventos en los que el juez de tutela advierta una afectación al mínimo vital del pre pensionado.

RETEN SOCIAL PARA PREPENSIONADOS-Fundamentos constitucionales, legales y jurisprudenciales

El retén social para los pre pensionados es un régimen de protección diseñado por el legislador, cuyo fin es permitir que en los procesos de renovación o modernización de la Administración Pública – fusión, restructuración o liquidación -, así como en los procesos de reforma institucional, los servidores públicos próximos a pensionarse – aquellos a los que desde el momento en el que se determine la real y efectiva supresión del cargo les falte incluso tres años para cumplir las exigencias requeridas y así consolidar su derecho pensional – no puedan ser desvinculados, salvo que exista una justa causa para su desvinculación. De ahí que, si la razón por la que fueron apartados del cargo, atañe a aquello que justifica la protección laboral reforzada – proceso de renovación de la administración o reforma institucional - deberán ser reintegrados a su cargo o continuar el pago de los aportes al correspondiente fondo de pensiones hasta el momento en que se reconozca la pensión vejez, o se dé el último acto de liquidación de la entidad, lo que ocurra primero.

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE PERSONAS PROXIMAS A PENSIONARSE-Garantía

La Sala colige que la estabilidad laboral reforzada de la que gozan los pre pensionados no es solo aquella que se desprende del retén social, sino que es una garantía susceptible de exigirse (i) ante la existencia de un vínculo laboral administrativo de funcionarios nombrados en propiedad o en provisionalidad y (ii) en los eventos en los que al solicitante desvinculado de su lugar de trabajo le falten 3 años o menos para cumplir los requisitos, edad y tiempo de servicio o semanas cotizadas, para adquirir el derecho pensional. En todo caso, el examen en sede de tutela de estas hipótesis exige un estricto examen de subsidiariedad, tal y como la Corte lo ha hecho en esta oportunidad. No obstante, dicha estabilidad laboral reforzada para el pre pensionado no constituye un derecho absoluto, pues en caso de existir una justa causa el empleador podrá desvincular al trabajador de su lugar de trabajo. Contrario a ello, si el empleado es apartado de su cargo debido a su condición de persona próxima a pensionarse o sin tomar en cuenta tales condiciones y sin existir justa causa que lo amerite, se activa la protección laboral.

PREPENSIONADO-Es aquella persona que fue retirada de su puesto de trabajo faltándole tres (3) años o menos para cumplir requisitos para acceder a la pensión de vejez

Pre pensionado en el contexto del examen de solicitudes de amparo constitucional, es aquella persona que fue retirada de su puesto de trabajo faltándole 3 años o menos para cumplir con los requisitos de edad y tiempo de servicios o semanas cotizadas, según sea el caso, que le permitan acceder a la pensión de vejez. Respecto de los requisitos para acceder a la pensión, el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, consagra que para tener derecho a la pensión de vejez el afiliado debe (i) haber cumplido 57 años de edad en el caso de la mujer y 62 años para el hombre y (ii) haber cotizado 1300 semanas. Por tanto, no basta con que una persona acredite el cumplimiento de uno de los dos requisitos, pues la norma dispone dos condicionamientos para acceder

a dicha prestación social. En idéntico sentido ocurre para quienes pretendan hacer valer su condición de pre pensionados, es decir, para que a una persona le sea reconocido el beneficio de la estabilidad laboral por encontrarse próxima a pensionarse, su rango de edad puede variar entre los 54 y 57 años si es mujer, y entre los 59 y 62 años si es hombre, e incluso puede ser mayor, pero además, le debe faltar máximo 156 semanas por cotizar, que corresponden a 3 años.

Provisión De Cargos De La Lista De Elegibles Previo Concurso De Méritos Y La Protección Especial De Las Personas En Situación De Discapacidad, Madres Y Padres Cabeza De Familia Y Pre pensionados-
Aplicación de criterios de razonabilidad y proporcionalidad ante la tensión entre estabilidad laboral reforzada de pre pensionados y provisión de cargo de carrera mediante concurso

La Corte ha propondido por una interpretación armónica entre las reglas de la carrera administrativa y los derechos de los servidores públicos próximos a pensionarse que ocupan en provisionalidad un cargo ofertado en un concurso de méritos. En aquellos casos en los que la Administración cuente con un margen de maniobra en la provisión de empleos de carrera, en razón de la diferencia entre las plazas ofertadas y aquellas provistas mediante la correspondiente lista de elegibles, surge la obligación de garantizar la estabilidad laboral tanto del aspirante al concurso como del servidor público pre pensionado, sin que exista una preferencia absoluta o incondicionada de los derechos fundamentales de unos sobre los de los otros. No obstante, en aquellos eventos en los que no se posea tal margen de maniobra, la Administración debe generar medios que permitan proteger a las personas en condiciones especiales, como los pre pensionados, con el propósito de que sean las últimas en ser desvinculadas de sus cargos, esto, por cuanto no gozan de un derecho indefinido a permanecer en el cargo de carrera.

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE PERSONAS PROXIMAS A PENSIONARSE-Orden a Consejo Superior proceda a reincorporación de pre pensionado, una vez haya un cargo vacante con funciones similares o equivalentes y adquiera su estatus de pensionado de manera definitiva y sea incorporado en la nómina de pensionados

Por lo tanto, la vía para garantizar la defensa de los Derechos Fundamentales vulnerados a la **DIGNIDAD HUMANA, LA GARANTIA Y EFECTIVIDAD DE LA PROTECCION DE LOS DERECHOS POR PARTE DEL ESTADO, IGUALDAD, TRABAJO, DEBIDO PROCESO, MINIMO VITAL, SALUD, PROTECCIÓN ESPECIAL POR SER PREPENSIONADO Y PADECER POSIBLE ENFERMEDAD LABORAL, ASI COMO A LOS PRINCIPIOS DE CONFIANZA LEGÍTIMA, BUENA FE Y SEGURIDAD JURÍDICA**, consagrados en los artículos 01, 13, 25, 47 y 48, es en el presente caso, la Acción de Tutela, ya que de acudir a las Acciones Contencioso Administrativas, se estaría imposibilitando el logro de la protección de los derechos fundamentales en términos de celeridad, eficiencia y eficacia.

D. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

La presente acción de tutela es procedente en razón a que es el único medio eficaz para proveer una acción afirmativa rápida y urgente que permita mantener mi vinculación al SENA y así poder mantener el salario y la protección que representa la afiliación al Sistema de Seguridad Social en salud y pensión a efectos de procurarme los elementos indispensables para sostener mi situación en particular hasta tanto me pensione.

Lo anterior porque si bien se podría demandar los actos administrativos individuales que me desvincularán del empleo en el SENA, a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, esta acción ante la jurisdicción contenciosa

es inefectiva a raíz de la inminencia de los nombramientos de los aspirantes que ganaron el concurso, pero, además, por la mora judicial evidente de la jurisdicción contenciosa.

Por lo tanto, la acción de amparo del artículo 86 constitucional es la única que podría conjurar el perjuicio irremediable que me está acarreado el hecho de haber sido desvinculado de la entidad dejando mis derechos fundamentales vulnerados a la **DIGNIDAD HUMANA, LA GARANTIA Y EFECTIVIDAD DE LA PROTECCION DE LOS DERECHOS POR PARTE DEL ESTADO, IGUALDAD, TRABAJO, DEBIDO PROCESO, MINIMO VITAL, SALUD, PROTECCIÓN ESPECIAL POR SER PREPENSIONADO Y SER PADRE CABEZA DE FAMILIA, ASÍ COMO A LOS PRINCIPIOS DE CONFIANZA LEGÍTIMA, BUENA FE Y SEGURIDAD JURÍDICA**

E. PERJUICIO IRREMEDIABLE

En este sentido, el *perjuicio irremediable* lo ha definido la Corte Constitucional de la siguiente manera estableciendo:

*“La jurisprudencia constitucional ha establecido varios criterios para determinar si se está ante la existencia de un **perjuicio irremediable** y en tal sentido ha dicho que este se configura cuando existe: **‘la inminencia, que exige medidas inmediatas, la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad** de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. La concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve la necesidad de considerar la situación fáctica que legitima la acción de tutela, como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran amenazados.’*

Adicionalmente, la jurisprudencia ha previsto que la valoración de los requisitos del perjuicio irremediable debe efectuarse teniendo en cuenta las circunstancias que rodean el caso objeto de estudio, en la medida en que no son exigencias que puedan ser verificadas por el fallador en abstracto, sino que reclaman un análisis específico del contexto en que se desarrollan. Bajo estos parámetros, la Corte ha reiterado, que el juicio de exigencia frente a los requisitos aludidos, adquiere una menor intensidad en relación con los sujetos de especial protección constitucional, dada su debilidad o marginalidad en materia económica, física o mental, como ocurre por ejemplo con personas de la tercera edad, menores, madres cabeza de familia, mujeres embarazadas, personas en extrema pobreza, desplazados, etc.”¹
(Negrilla y subraya propias)

Atendiendo a lo anterior, la Debilidad económica debe entenderse como la fragilidad para sostener (me) económicamente mi núcleo familiar y a mí mismo bajo el marco de la pérdida del empleo en razón al nombramiento de quien ganó el concurso y el regreso del titular del cargo que vengo ocupando, hecho que pone en riesgo mis ingresos por mi condición de pre pensionado, ser padre de familia y que mi esposa tenga una enfermedad degenerativa la cual le impide trabajar ya que presenta dificultades en su movilidad, lo que implica que sea más difícil encontrar empleo, ya que solo cuento con el salario del SENA.

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-060/2013 Mp. Mauricio González Cuervo.

De manera pues que, en razón a lo anterior, sobre los requisitos de procedencia debe administrarse su flexibilidad y la tutela deben proceder en vista a que **la pérdida del empleo es inminente e inmediata pues se estará efectuando al momento de radicar esta acción de tutela**. Por lo tanto, es urgente una medida de protección (como la medida provisional que el Despacho ni siquiera se atrevió a mencionar) que ataje la violación al derecho fundamental.

Además, el hecho de la pérdida del empleo no es menor; la gravedad de la pérdida de los ingresos que otorga el salario a una persona sujeta a mi condición de debilidad física y económica por tener personas a cargo ocasiona un impacto mucho mayor a su salud psíquica como a los ingresos con los que soporto la ayuda a mi núcleo familiar.

En este contexto, no se puede entender que la acción de amparo constitucional que se resuelve en diez días hábiles es igual de eficaz que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que se demora entre 3 y 6 años en administrar un fallo para resolver el conflicto de derechos fundamentales a la estabilidad laboral y a la pensión de vejez. Bajo esa lógica, aun cuando la suscrita solicite medidas precautelativas del acto administrativo que me declare insubsistente, esta solicitud nunca se resolvería en 10 días debido a la gran congestión judicial que presenta la jurisdicción contenciosa en todos los lugares de Colombia. Por lo tanto, es la acción de tutela el medio procedente para proteger el derecho a la estabilidad laboral reforzada por ser pre pensionado ya que los otros medios ordinarios son ineficaces. De manera que no es apegado al Derecho Procesal Constitucional no proceder con el estudio de una acción de amparo acusando la omisión en la utilización de los mecanismos judiciales contenciosos cuando se sabe que éstos no conllevan a una protección rápida, eficaz, y ágil para la amenaza a mi derecho al trabajo.

F. HECHOS:

PRIMERO: Soy pre pensionado, actualmente cuento con 1485 semanas cotizadas y tengo 60 años seis meses 15 días es decir me encuentro aun año y cinco meses de obtener la pensión.

SEGUNDO: Que el 18 de septiembre del 2018 envié una comunicación a la doctora Claudia Elena López, Coordinadora Grupo de Apoyo Administrativo Mixto de la Regional Antioquia Radicación recibida No. 008214, en virtud de la circular No 3-2018-000159 del 7 de septiembre de 2018 con asunto "Reporte de situación especiales para tener en cuenta al proveer empleos de carrera administrativa con listas de elegibles de la convocatoria 436 de 2017.", radiqué solicitud de protección especial al SENA a efectos de que se me tuviera en cuenta mi condición de pre pensionado donde anexe copia de mi Historia Laboral (semanas cotizadas expedida por Compensaciones) de igual manera manifesté mi condición de padre cabeza de hogar e informe que mi esposa tiene una enfermedad degenerativa la cual le impide trabajar ya que presenta dificultades en su movilidad, como consta en su historia clínica la cual anexe junto con un extrajucio y la partida de matrimonio. De igual manera informe que mi hija está estudiando y depende económicamente de mí.

TERCERO: Desde el 03 de marzo de 2005 me encontraba vinculado en el SENA como provisional en el cargo de Instructor Grado 17, es decir hace 14 años interrumpidos y donde ya tenía unos derechos adquiridos laborales como lo era el servicio Médico, subsidio de alimentación, Prima de antigüedad, entre otros.

CUARTO: En cumplimiento de la ley 909 de 2004, "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones", la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, en adelante

la CNSC, expidió EL ACUERDO No. 20171000000116 del 24 de julio de 2017, por medio de la cual se convocó a proceso de selección (Convocatoria 436 de 2017) para proveer definitivamente por concurso abierto de méritos los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA.

QUINTO: Que el SENA dio una respuesta el 12 de octubre de 2018 bajo el radicado de salida No 2-2018-014174

Donde me informaron que yo cumplía con los requisitos de pre pensionado como condición especial y mi caso había sido enviado en el consolidado de situaciones especiales al Grupo de relaciones Laborales de la Dirección General, sin embargo mi solicitud no se respondió de fondo ya que no me confirmaron con certeza si iba a continuar en provisionalidad o reubicado en un cargo igual o de mejor remuneración a efectos de ejercer la medida afirmativa de protección. Solo se limitaron a informar que remitían mi caso con lo cual generaron una expectativa que al final resultó ser falsa, la respuesta fue la siguiente:

(...)

Teniendo en cuenta la Circular 3-2018-000159 del 7 de septiembre de 2018, expedida por el SENA, la cual señaló la documentación que debía ser presentada para acreditar la condición de pre pensionado y; una vez estudiado su caso en particular encontramos que cumple con los requisitos para declarar una condición especial, ya que usted adjuntó los certificados que avalan la misma, por tal razón su caso fue enviado en el consolidado de situaciones especiales al Grupo de relaciones laborales, de la Dirección General.

(...)

SEXTO: Producto de la convocatoria, la CNSC expide resolución de lista de elegibles para proveer UNA vacante de la OPEC 59903 con la denominación de **INSTRUCTOR CODIGO 3010 GRUPO 1** misma que venía desempeñando como provisional y al haber sido ofertada tuve que entregar el cargo al elegible que ganó; por lo anterior y teniendo en cuenta que soy pre pensionado, esperaba que el SENA me ubicara en otro cargo igual o mejor que el que venía desempeñado como provisional en el SENA. Al respecto hago referencia a la sentencia T 595 de 2016.

“En suma, la Corte ha propendido por una interpretación armónica entre las reglas de la carrera administrativa y los derechos de los servidores públicos próximos a pensionarse que ocupan en provisionalidad un cargo ofertado en un concurso de méritos”(…) **No obstante, en aquellos eventos en los que no se posea tal margen de maniobra, la Administración debe generar medios que permitan proteger a las personas en condiciones especiales, como los prepensionados, con el propósito de que sean las últimas en ser desvinculadas de sus cargos, esto, por cuanto no gozan de un derecho indefinido a permanecer en el cargo de carrera.** (Destacado fuera de la cita) Sentencia T 595 de 2016

De igual manera pido una estabilidad laboral reforzada y que se me nombre en provisionalidad en un cargo igual o mejor que el que me encontraba desempeñando, al respecto hago referencia al quinto punto de la decisión de la sentencia SU 446 de 2011.

(...) No obstante, se ordenará a la Fiscalía General de la Nación que, **en el evento de existir vacantes en un cargo igual o equivalente al que ocupaban, estos accionantes sean nombrados en provisionalidad hasta tanto sus cargos se provean en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional**, contenidos, entre otras, en la sentencia SU-917 de 2010. (...) (Negrilla y línea fuera de texto)

Al igual que la **Sentencia SU 897/12**

(...) **PREPENSIONADO-Definición/PREPENSIONADO-Sujeto** de especial protección/**PREPENSIONADO-Alcance de la protección**

En la jurisprudencia constitucional se ha entendido que las personas beneficiarias de la protección especial, es decir los pre pensionados, 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 permitirían acceder a la pensión de jubilación o vejez. (...)

Sentencia SU 446 de 2011.

(...) No obstante, se ordenará a la Fiscalía General de la Nación que, **en el evento de existir vacantes en un cargo igual o equivalente al que ocupaban, estos accionantes sean nombrados en provisionalidad hasta tanto sus cargos se provean en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional**, contenidos, entre otras, en la sentencia SU-917 de 2010. (...) **(Negrilla y línea fuera de texto)**

SEPTIMO: Que actualmente tengo (60 años) y la fuente de mi congruo sustento es el salario que devengaba como empleado público era el SENA y no tengo otra fuente de ingresos, motivo por el cual me es imposible suplir mis necesidades básicas y las de mi señora esposa, siendo imposible ubicarme laboralmente de una forma rápida, lo cual afectara de manera directa mi calidad de vida.

OCTAVO: El día 29 de enero de 2019 fui desvinculado del SENA sin que la entidad tuviera en cuenta mi condición de pre pensionada al faltarme menos de tres años para obtener mi pensión.
(Anexo copia del comunicado como documentos y pruebas).

NOVENO: Que esperaba que, al ser pre pensionado, a menos de tres años de obtener la pensión, el SENA, me reubicara en otro cargo igual o mejor que el que me encontraba desempeñando.

DECIMO: Que, hasta el momento, el SENA no se ha manifestado ni se ha preocupado al ser pre pensionado, enfermo y actualmente encontrarme desempleado.

DECIMO PRIMERO: Gracias a la vinculación laboral que tenía con el SENA, es que podía seguir contando con la Seguridad Social, seguridad social muy importante para mí esposa, ya que con ella es que le era posible acceder a los servicios de salud.

DECIMO SEGUNDO: Que el día 29 de enero de 2019, mediante comunicación emitida por el doctor GUSTAVO LOPEZ DE MESA GUTIERREZ, Subdirector Del Centro De Tecnología De La Manufactura Avanzada Del Servicio Nacional De Aprendizaje "SENA"(Asunto: Terminación nombramiento de provisionalidad por convocatoria 436 del 2017, se profirió la resolución 00499 de 2019, del 29 de enero del 2019 "Por la cual se efectúa un nombramiento en periodo de prueba y se declara la insubsistencia de mi nombramiento provisional.", en la cual se me declara insubsistente del cargo de Instructor con OPEC No 59903

DECIMO TERCERO: que era un hecho notorio y era de pleno conocimiento del SENA que me encontraba como pre pensionado, con lo cual resulta incomprensible por qué el SENA manifiesta que no me dio una estabilidad Laboral Reforzada argumentando que yo no les pase una carta solicitando esa protección.

DECIMO CUARTO: En este punto es importante mencionar mi esposa BLANCA ELCY GIRALDO identificada con cedula número 43.099.627 ha estado amparada por el servicio médico asistencial del SENA con cubrimiento a nivel nacional como

beneficiaria cónyuge de JOSE ANOROSO CASTRO ALVAREZ. Que ella depende económicamente de mí ya que no trabaja al tener una enfermedad degenerativa y presenta dificultades en su movilidad, como consta en su historia clínica emitida por el servicio médico del SENA

DECIMO QUINTO: instaure acción de tutela y el **JUZGADO DIECINUEVE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLIN**, el cual negó las pretensiones argumentando que no acredite un perjuicio irremediable con la pérdida de mi empleo sin tener en cuenta la debilidad manifiesta en la que quedo tanto por mi salud como por el mínimo vital, tanto así que el Gobierno Nacional ha expedido leyes y Normas que protegen a los pre pensionados como en mi caso. Como lo es:

(...)
LEY 1955 del 25 de mayo de 2019 que en su artículo 263 Parágrafo 2°. 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

(...)

DECIMO SEXTO: JUZGADO DIECINUEVE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLIN negó mis pretensiones argumentando erróneamente que yo no era pre pensionado ya que **NO TENIA MINIMO 57 AÑOS CUMPLIDOS** cuando lo exigido para ser prepensionado en el caso de las mujeres es de 54 años.

(...) pantallazo página 9 fallo

Se debe tener presente que de acuerdo a los parámetros jurisprudenciales citados, cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez sea el de edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, no hay lugar a considerar que la persona sea 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, no existiendo un riesgo inminente que le impida la consolidación de su derecho pensional.

Es claro entonces que en el presente caso, el señor JOSÉ ANORSO CASTRO ÁLVAREZ, no goza de estabilidad laboral reforzada al no acreditar su calidad prepensionable.

De otro lado, no acredita el accionante la causación de un perjuicio irremediable más allá de la pérdida del empleo con las consecuencias connaturales que de ello se deriva, pues como lo afirma el SENA, no acredita su condición de padre cabeza de familia, y sumado a ello, se puede observar del pantallazo de Información de Afiliados en la Base de Datos Única de afiliados al SGSSS, que actualmente se encuentra en estado ACTIVO en la EPS Y MEDICINA PREPAGADA SURAMERICANA S.A¹³, teniendo como beneficiaria de dichos servicios a su señora esposa¹⁴.

(..)

yo tenía solo las semanas cotizadas, sin referirse a que me falta la EDAD lo cual si me da la condición De pre pensionado. Para el juzgado debía tener la edad y las semanas cotizadas, lo cual no puede ser posible ya que de ser así sencillamente solicitaba mi pensión y no ponía en riesgo mi MINIMO VITAL y SALUD; pero al

faltarme requisitos no la puedo obtener a pesar que me encuentro a menos de tres años para consolidarla. Al respecto se ha pronunciado la corte Constitucional.

En este punto es de resaltar que el juez de segunda instancia hace una interpretación errónea de la sentencia SU 897 de 2012 ya que la misma me favorece. Ya que yo en menos de tres años cumplo con los requisitos para acceder a mi pensión

Sentencia SU 897/12

(...) **PREPENSIONADO-Definición/PREPENSIONADO-Sujeto de especial protección/PREPENSIONADO-Alcance de la protección**

En la jurisprudencia constitucional se ha entendido que las personas beneficiarias de la protección especial, es decir los pre pensionados, 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 permitirían acceder a la pensión de jubilación o vejez. (...)

(...)

ESTABILIDAD LABORAL DE PERSONAS PROXIMAS A PENSIONARSE-Deber del empleador de garantizar estabilidad del trabajador hasta su inclusión en nómina

(...)

***Nota de la Tutelante:** En este punto es de resaltar que desde que falten menos de tres años para causar la pensión ya se es pre pensionado como en mi caso, y sumándole mi estado de salud por enfermedad, y no como manifiesta el Juez de segunda instancia que se deben cumplir con las dos condiciones de EDAD y semanas cotizadas ya que de ser así no me faltaría nada para la pensión*

DECIMO SEPTIMO: Por los anteriores hechos mencionados pido muy respetuosamente se estudie mi caso y este Honorable juzgado me conceda mis derechos fundamentales a: **LA DIGNIDAD HUMANA, LA GARANTIA Y EFECTIVIDAD DE LA PROTECCION DE LOS DERECHOS POR PARTE DEL ESTADO, IGUALDAD, TRABAJO, DEBIDO PROCESO, MINIMO VITAL, SALUD, PROTECCIÓN ESPECIAL POR SER PREPENSIONADO Y PADECER POSIBLE ENFERMEDAD LABORAL, ASÍ COMO A LOS PRINCIPIOS DE CONFIANZA LEGÍTIMA, BUENA FE Y SEGURIDAD JURÍDICA.**

ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES SUSTENTO DE LA PRESENTE TUTELA DE LAS ALTAS CORTES:

***Nota del Tutelante:** A continuación voy a exponer unas sentencias con la misma situación fáctica y jurídica de mí caso en particular*

1) sentencia T 595 de 2016

“En suma, la Corte ha propendido por una interpretación armónica entre las reglas de la carrera administrativa y los derechos de los servidores públicos próximos a pensionarse que ocupan en provisionalidad un cargo ofertado en un concurso de méritos”(…) **No obstante, en aquellos eventos en los que no se posea tal margen de maniobra, la Administración debe generar medios que permitan proteger a las personas en condiciones especiales, como los prepensionados, con el propósito de que sean las últimas en ser desvinculadas de sus cargos, esto, por cuanto no gozan de un derecho indefinido a permanecer en el cargo de carrera.** (Destacado fuera de la cita) Sentencia T 595 de 2016

De igual manera pido una estabilidad laboral reforzada y que se me nombre en provisionalidad en un cargo igual o mejor que el que me encontraba desempeñando, al respecto hago referencia al quinto punto de la decisión de la sentencia SU 446 de 2011.

(...) No obstante, se ordenará a la Fiscalía General de la Nación que, en el evento de existir vacantes en un cargo igual o equivalente al que ocupaban, estos accionantes sean nombrados en provisionalidad hasta tanto sus cargos se provean en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional, contenidos, entre otras, en la sentencia SU-917 de 2010. (...) (Negrilla y línea fuera de texto)

(...)

RETEN SOCIAL PARA PREPENSIONADOS-Fundamentos constitucionales, legales y jurisprudenciales

El retén social para los prepensionados es un régimen de protección diseñado por el legislador, cuyo fin es permitir que en los procesos de renovación o modernización de la Administración Pública – fusión, restructuración o liquidación -, así como en los procesos de reforma institucional, los servidores públicos próximos a pensionarse – aquellos a los que desde el momento en el que se determine la real y efectiva supresión del cargo les falte incluso tres años para cumplir las exigencias requeridas y así consolidar su derecho pensional – no puedan ser desvinculados, salvo que exista una justa causa para su desvinculación. De ahí que, si la razón por la que fueron apartados del cargo, atañe a aquello que justifica la protección laboral reforzada – proceso de renovación de la administración o reforma institucional - deberán ser reintegrados a su cargo o continuar el pago de los aportes al correspondiente fondo de pensiones hasta el momento en que se reconozca la pensión vejez, o se dé el último acto de liquidación de la entidad, lo que ocurra primero.

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE PERSONAS PROXIMAS A PENSIONARSE-Garantía

La Sala colige que la estabilidad laboral reforzada de la que gozan los prepensionados no es solo aquella que se desprende del retén social, sino que es una garantía susceptible de exigirse (i) ante la existencia de un vínculo laboral administrativo de funcionarios nombrados en propiedad o en provisionalidad y (ii) en los eventos en los que al solicitante desvinculado de su lugar de trabajo le falten 3 años o menos para cumplir los requisitos, edad y tiempo de servicio o semanas cotizadas, para adquirir el derecho pensional. En todo caso, el examen en sede de tutela de estas hipótesis exige un estricto examen de subsidiariedad, tal y como la Corte lo ha hecho en esta oportunidad. No obstante, dicha estabilidad laboral reforzada para los prepensionados no constituye un derecho absoluto, pues en caso de existir una justa causa el empleador podrá desvincular al trabajador de su lugar de trabajo. Contrario a ello, si el empleado es apartado de su cargo debido a su condición de persona próxima a pensionarse o sin tomar en cuenta tales condiciones y sin existir justa causa que lo amerite, se activa la protección laboral.

PREPENSIONADO-Es aquella persona que fue retirada de su puesto de trabajo faltándole tres (3) años o menos para cumplir requisitos para acceder a la pensión de vejez

Prepensionado en el contexto del examen de solicitudes de amparo constitucional, es aquella persona que fue retirada de su puesto de trabajo faltándole 3 años o menos para cumplir con los requisitos de edad y tiempo de servicios o semanas cotizadas, según sea el caso, que le permitan acceder a la pensión de vejez. Respecto de los requisitos para acceder a la pensión, el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, consagra que para tener derecho a la pensión de vejez el afiliado debe (i) haber cumplido 57 años de edad en el caso de la mujer y 62 años para el hombre y (ii) haber cotizado 1300 semanas. Por tanto, no basta con que una persona acredite el cumplimiento de uno de los dos requisitos, pues la norma dispone dos condicionamientos para acceder a dicha prestación social. En idéntico sentido ocurre para quienes pretendan hacer valer su condición de prepensionados, es decir, para que a una persona le sea

reconocido el beneficio de la estabilidad laboral por encontrarse próxima a pensionarse, su rango de edad puede variar entre los 54 y 57 años si es mujer, y entre los 59 y 62 años si es hombre, e incluso puede ser mayor, pero además, le debe faltar máximo 156 semanas por cotizar, que corresponden a 3 años.

PROVISION DE CARGOS DE LA LISTA DE ELEGIBLES PREVIO CONCURSO DE MERITOS Y LA PROTECCION ESPECIAL DE LAS PERSONAS EN SITUACION DE DISCAPACIDAD, MADRES Y PADRES CABEZA DE FAMILIA Y PREPENSIONADOS-Aplicación de criterios de razonabilidad y proporcionalidad ante la tensión entre estabilidad laboral reforzada de prepensionados y provisión de cargo de carrera mediante concurso

La Corte ha propendido por una interpretación armónica entre las reglas de la carrera administrativa y los derechos de los servidores públicos próximos a pensionarse que ocupan en provisionalidad un cargo ofertado en un concurso de méritos. En aquellos casos en los que la Administración cuente con un margen de maniobra en la provisión de empleos de carrera, en razón de la diferencia entre las plazas ofertadas y aquellas provistas mediante la correspondiente lista de elegibles, surge la obligación de garantizar la estabilidad laboral tanto del aspirante al concurso como del servidor público prepensionado, sin que exista una preferencia absoluta o incondicionada de los derechos fundamentales de unos sobre los de los otros. No obstante, en aquellos eventos en los que no se posea tal margen de maniobra, la Administración debe generar medios que permitan proteger a las personas en condiciones especiales, como los prepensionados, con el propósito de que sean las últimas en ser desvinculadas de sus cargos, esto, por cuanto no gozan de un derecho indefinido a permanecer en el cargo de carrera.

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE PERSONAS PROXIMAS A PENSIONARSE-Orden a Consejo Superior proceda a reincorporación de prepensionado, una vez haya un cargo vacante con funciones similares o equivalentes y adquiera su estatus de pensionado de manera definitiva y sea incorporado en la nómina de pensionados

(...)

G. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

91. En esta oportunidad la Corte examinó cuatro casos de funcionarios públicos desvinculados que solicitaban el amparo de la estabilidad laboral reforzada debido a su condición de pre pensionados y, consecuentemente, su reintegro.

91.1 El primero correspondía a un señor de 61 años, padre de tres hijos, que actualmente cuenta con el apoyo económico de su cónyuge para solventar los gastos familiares, es propietario con aquella del inmueble en el que residen y debido a la ocupación laboral de su cónyuge tiene acceso al servicio de salud en el régimen contributivo.

91.2 El segundo atañe a una señora de 56 años, madre de una hija, cuyos gastos familiares son solventados con ayuda de su cónyuge y de lo que actualmente genera, a través de la venta de sus preparaciones culinarias. Además, con su cónyuge es propietaria del inmueble en el que residen.

91.3 El tercer caso se refiere a una señora 61 años, que afirma que tanto su hija de 23 años como su madre de 90 años dependen económicamente de ella, y que el inmueble en el que habitan no es de su propiedad. No obstante, se encuentra demostrado en el expediente que (i) retiró \$32.850.592 por concepto de cesantías definitivas, (ii) de acuerdo con la

declaración juramentada de bienes y rentas sus ingresos en el año 2015 ascendían a \$107.516.577² y (iii) es propietaria de un vehículo avaluado en \$48.000.000³.

91.4 El cuarto caso corresponde a un señor de 65 años, del que depende económicamente su compañera permanente, cuya única fuente de ingresos la constituía su vínculo laboral, lo que ha generado que deba vivir de la beneficencia de sus ex compañeros de trabajo, amigos y familiares, aunado al hecho de que no cuenta con la propiedad del inmueble en el que reside.

92. Como resultado de las sub-reglas jurisprudenciales analizadas en la parte motiva de esta providencia, observa la Sala lo siguiente:

a) Los servidores públicos próximos a pensionarse igual que cualquier otro servidor público, en principio, no pueden acudir a la acción de tutela para discutir los actos administrativos de desvinculación. Sin embargo, de evidenciarse que con tal decisión la administración genera la ocurrencia de un perjuicio irremediable, se activa la competencia del juez constitucional de manera transitoria.

b) Procede la acción de tutela como mecanismo definitivo cuando el juez evidencie que el prepensionado que pretende su estabilidad laboral se encuentra en una precaria situación, generada por el retiro de su lugar de trabajo. Someter a las personas, en tales condiciones, a un procedimiento que podría durar un tiempo considerable, tornaría ineficaz la protección de los derechos fundamentales invocados por éste; un ejemplo de ello puede advertirse en los eventos en los que el juez de tutela advierta una afectación al mínimo vital del prepensionado.

c) El retén social en el caso de los prepensionados, es un régimen de protección diseñado por el legislador, cuyo fin es proteger, en los procesos de renovación o modernización de la Administración Pública – fusión, restructuración o liquidación –, así como en los procesos de reforma institucional, a los servidores públicos próximos a pensionarse – a las personas que desde el momento en el que se determine la real y efectiva supresión del cargo les falté no más de tres años para cumplir las exigencias requeridas y así consolidar su derecho pensional. Cuando se cumplen tales supuestos no podrán ser desvinculados, salvo que medie una justa causa para su desvinculación. Pero, de advertirse que la razón por la que fueron apartados del cargo, atañe a aquellos que justifica esta protección laboral reforzada, tales funcionarios deberán ser reintegrados a su cargo o continuar el pago de los aportes al correspondiente fondo de pensiones hasta el momento en que se reconozca la pensión vejez, o se dé el último acto de liquidación de la entidad, lo que ocurra primero.

d) La estabilidad laboral reforzada para las personas próximas a pensionarse es un mecanismo de origen constitucional, distinto del retén social que garantiza la protección de los derechos fundamentales de aquellos funcionarios nombrados en propiedad o provisionalidad, que fueron desvinculados de su lugar de trabajo faltándoles 3 años o menos para cumplir los requisitos, edad y tiempo de servicio o semanas cotizadas, para adquirir el derecho pensional y sin que existiese justa causa que amerite tal desvinculación. En este orden de ideas, procede la protección del mínimo vital, a través del reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada para las personas próximas a pensionarse, a fin de que sean reingresados a su ocupación hasta que se les reconozca y pague su mesada pensional. Contrario a ello, quien solo cumpla con uno de los requisitos en ese lapso de tiempo no podrá ser considerado como prepensionado. En todo caso, el examen en sede de tutela de estas hipótesis exige un estricto examen de subsidiariedad.

e) La Corte ha propendido por una interpretación armónica entre las reglas de la carrera administrativa y los derechos de los servidores públicos próximos a pensionarse que ocupan en provisionalidad un cargo ofertado en un concurso de méritos, de manera que en aquellos casos en los que la Administración cuente con un margen de maniobra en la provisión de empleos en razón de la diferencia entre las plazas ofertadas y aquellas provistas mediante la lista de elegibles correspondiente,

² Ver folio 77 del cuaderno principal. La declaración juramentada es de fecha 21 abril de 2016.

³ Ibidem.

surge la obligación de garantizar la estabilidad laboral tanto del aspirante al concurso como del servidor público prepensionado, sin que exista una preferencia absoluta o incondicionada de los derechos fundamentales de unos sobre los de los otros.

f) En aquellos eventos en los que la Administración no posea margen de maniobra, debe generar medios que permitan proteger a las personas en condiciones especiales, como los prepensionados, con el propósito de que sean las últimas en ser desvinculadas de sus cargos, esto, por cuanto no gozan de un derecho indefinido a permanecer en el cargo de carrera.

g) Sin perjuicio de lo anterior y con fundamento en los artículos 13, 46 y 229 de la Constitución procede la reincorporación en provisionalidad de los servidores públicos próximos a pensionarse, a un cargo con funciones similares o equivalentes al que ocupaban antes de que la persona que ganó el concurso de méritos asumiera ese cargo y hasta que aquel adquiera el estatus de pensionado y sea incorporado de manera efectiva en la nómina de los pensionados, solo en caso de existir un cargo vacante en esas condiciones, para la fecha de expedición de la sentencia de tutela. Ello, naturalmente, sin perjuicio de la asignación de los cargos cuando se adelantan los correspondientes concursos de méritos.

93. La Corte constató que en los tres primeros casos, considerando las circunstancias particulares de los tres accionantes, no se encontraban probados los elementos que permiten declarar la existencia de un perjuicio irremediable a efectos de hacer procedente la acción de tutela. Igualmente, la Sala advirtió que en el caso de la accionante del tercer caso ejerce una profesión liberal y por tanto, para desempeñarse en la misma puede hacerlo de manera independiente, sin necesidad de que para su pleno desarrollo medie un contrato de trabajo, por lo que su derecho al trabajo no se ve supeditado a una sola modalidad contractual, en lugar de ello, permite cualquier tipo de relación, ya sea civil, comercial o laboral.

Contrario a lo anterior, en el cuarto caso concluyó que la acción de tutela sí era procedente en tanto el accionante se encontraba en una difícil situación económica generada por la desvinculación cuestionada. Ello se explica en su avanzada edad y en el hecho de que no dispone en la actualidad de otra fuente de ingresos que le permita satisfacer sus necesidades básicas. Además, advirtió que cumplía los requisitos para ser calificado como prepensionado y, en virtud de ello, dispuso conceder el amparo.

(...)

RESUELVE

Primero.- CONFIRMAR las decisiones judiciales proferidas al interior de los expedientes T-5.556.251, T-5.633.567 y T-5.647.394 acorde con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

Segundo.- REVOCAR las decisiones judiciales proferidas al interior del expediente T-5.637.118 y en su lugar tutela los derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social, a la vida digna, al mínimo vital y al debido proceso del señor Rafael Eduardo Sáenz Vidal.

Tercero.- ORDENAR al Consejo Superior de la Judicatura – Sala Administrativa y a la Unidad Administrativa de la Carrera judicial –, el Consejo Seccional de la Judicatura de Córdoba y la Dirección Ejecutiva Seccional de la Administración Judicial de Montería que si al momento de proferirse la presente decisión existe un cargo vacante con funciones similares o equivalentes a las que desarrollaba el señor Rafael Eduardo Sáenz Vidal antes de la fecha en la que fue desvinculado del cargo de Auxiliar Administrativo Grado 5, proceda a su reincorporación y el pago de los salarios y aportes dejados de cotizar, hasta que adquiera de manera definitiva su estatus pensional y sea incorporado en la nómina de pensionados. Ello, naturalmente, sin perjuicio de la asignación de los cargos cuando se adelantan los correspondientes concursos de méritos.

(...)

2) SENTENCIA SU 897/12

(...) **PREPENSIONADO-Definición/PREPENSIONADO-Sujeto de especial protección/PREPENSIONADO-Alcance de la protección**

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 permitirían acceder a la pensión de jubilación o vejez. (...)

3) sentencia SU 446 de 2011.

(...) No obstante, se ordenará a la Fiscalía General de la Nación que, **en el evento de existir vacantes en un cargo igual o equivalente al que ocupaban, estos accionantes sean nombrados en provisionalidad hasta tanto sus cargos se provean en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional**, contenidos, entre otras, en la sentencia SU-917 de 2010. (...) **(Negrilla y línea fuera de texto)**

4) Referencia: expediente T-3140852

Acción de tutela instaurada por Ana Julia Garzón Guerrero contra la Jueza Coordinadora del Centro de Servicios Judiciales del Sistema Penal Acusatorio de Bogotá D.C y la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

(...)

RESUELVE

Primero.- REVOCAR el fallo expedido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el veintiuno (21) de junio de dos mil once (2011), que a su vez había confirmado el fallo proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá el dieciocho (18) de mayo de dos mil once (2011). En consecuencia, **TUTELAR** los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, el debido proceso, y el mínimo vital de la señora Ana Julia Garzón Guerrero.

Segundo.- DEJAR SIN EFECTOS la Resolución No. 137 del 25 de abril de 2011 "por la cual se desvincula a un empleado", expedida por la Jueza Coordinadora del Centro de Servicios Judiciales del Sistema Penal Acusatorio de Bogotá D.C., y en consecuencia, **ORDENAR** a la Jueza Coordinadora del Centro de Servicios Judiciales del Sistema Penal Acusatorio de Bogotá D.C, reintegrar a la señora Ana Julia Garzón Guerrero a un cargo igual o similar al que venía desempeñando como Escribiente de Juzgado Municipal Grado Nominado, que se encuentra vacante en el Centro de Servicios Judiciales del Sistema Penal Acusatorio de Bogotá D.C., o en su defecto en los Tribunales, Juzgados y Centros de Servicios de los Distritos Judiciales de Bogotá, hasta que ocurra uno de los siguientes eventos: (i) que todos los cargos de Escribiente de Juzgado Municipal Grado Nominado que fueron objeto del concurso de méritos en virtud de los Acuerdos 206 y 208 del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca y que actualmente se encuentran en provisionalidad sean proveídos en propiedad o (ii) que la peticionaria sea incluida en nómina de pensionados del Instituto de Seguros Sociales.

(...)

POR OTRA PARTE:

RETEN SOCIAL Y PROTECCIÓN DE CARÁCTER CONSTITUCIONAL. VIOLACIÓN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ESTABLECIDOS EN LOS ARTICULOS 13 (derecho a la igualdad), 25 (Derecho al trabajo), Derecho a la salud, 47 (Derechos de los disminuidos físicos), 48 (Seguridad Social).

El retén social es una regla derivada de principios y derechos constitucionales como los establecidos en los incisos 3º y 4º del artículo 13 Superior, relativos a la adopción de medidas de protección a favor de grupos vulnerables y personas en condición de debilidad manifiesta, y en las cláusulas constitucionales que consagran una protección reforzada para ciertos grupos sociales, tales como las mujeres (art. 43 CP), los niños (art. 44 C.P.), las personas de la tercera edad (art. 46 C.P), y las personas con discapacidad (art. 47 C.P.).

En ese sentido, bajo el marco de procesos de reestructuración de entidades estatales, el congreso expidió la ley 790 de 2002, norma propiamente originaria del denominado reten social, que en su artículo 12 estableció lo siguiente:

Artículo 12. De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley.

Bajo esa lógica, recientemente, en sentencia de unificación No 049 de 2017, la Corte Constitucional concluyó que la protección reforzada ocupacional para quienes padecen de limitaciones físicas es de orden constitucional. Además argumentó que para tal apreciación de la limitación no era necesario la calificación del grado de discapacidad o limitación. Dijo así el Tribunal Constitucional:

"El derecho a la estabilidad ocupacional reforzada no tiene un rango puramente legal sino que se funda razonablemente y de forma directa en diversas disposiciones de la Constitución Política: en el derecho a 'la estabilidad en el empleo' (CP art 53); en el derecho de todas las personas que 'se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta' a ser protegidas 'especialmente' con miras a promover las condiciones que hagan posible una igualdad 'real y efectiva' (CP arts. 13 y 93); en que el derecho al trabajo 'en todas sus modalidades' tiene especial protección del Estado y debe estar rodeado de 'condiciones dignas y justas' (CP art 25); en el deber que tiene el Estado de adelantar una política de 'integración social' a favor de aquellos que pueden considerarse 'disminuidos físicos, sensoriales y síquicos' (CP art 47); en el derecho fundamental a gozar de un mínimo vital, entendido como la posibilidad efectiva de satisfacer necesidades humanas básicas como la alimentación, el vestido, el aseo, la vivienda, la educación y la salud (CP arts. 1, 53, 93 y 94); en el deber de todos de 'obrar conforme al principio de solidaridad social' (CP arts. 1, 48 y 95).

(...)

4.9(...) Una persona en condiciones de salud que interfieran en el desempeño regular de sus funciones se encuentra en condiciones de debilidad manifiesta no solo porque esto puede exponerla a perder su vínculo, como lo muestra la experiencia relacionada en la jurisprudencia constitucional, sino además porque le dificulta la consecución de una nueva ocupación con base en sus facultades, talentos y capacidades humanas, que le depare los bienes suficientes para satisfacer sus necesidades básicas, con lo cual está en riesgo no solo su estabilidad y su dignidad, sino incluso su propia subsistencia, y su seguridad social." (Subrayado y negrilla propio).

Bajo el entendido de que la protección especial a las personas con limitación física no es propiamente del orden legal sino constitucional, el Juez de tutela debe entender que, aunque no se está en procesos de reestructuración sino de concurso público de méritos bajo la Convocatoria 436 de 2017, no es dable excusar la obligación protectoria de la entidad accionada bajo el argumento de no estar en un proceso de reestructuración como lo indicó la ley 790 de 2002, sino que debe atenerse a lo establecido por la Corte Constitucional.

En ese sentido, debo argumentar que, si bien el Decreto 648 de 2017 habla de ser aplicable para entidades en procesos de reestructuración, las disposiciones allí mencionadas cobijan mi situación particular en relación a lo dicho por el máximo tribunal constitucional.

Por lo tanto, como es aplicable tal disposición, soy derecho de la protección reforzada especial en razón a que cumplo con las exigencias del numeral 2 de la

Sección 2. Protección ESPECIAL. Artículo 2.2.12.1.1.1 del Decreto 648 de 2017 que dice:

"Artículo 2.2.12.1.2.2 Trámite. Para hacer efectiva la estabilidad laboral de que trata el artículo anterior, los organismos y entidades que modifiquen sus plantas de personal respetarán las siguientes reglas:

1. Acreditación de la causal de protección:

c) *Personas con limitación física o mental:* Los servidores públicos que consideren encontrarse dentro del grupo de personas con uno de estos tipos de limitación, deben obtener el dictamen de calificación del equipo interdisciplinario de calificación de invalidez de la Empresa Promotora de Salud, EPS, o Administradora de Riesgos Laborales, ARL, a la cual estén afiliados, o de no existir este organismo, de la Junta de Calificación de Invalidez y radicar ante el jefe de personal o quien haga sus veces la correspondiente certificación. El organismo o entidad, podrá solicitar por conducto del jefe de personal, o de quien haga sus veces, la verificación de la valoración presentada a las Juntas de Calificación de Invalidez;"

En esa línea de requerimientos del literal c del numeral 1 del artículo 2.2.12.1.2.2, está el documento que certifica que me encuentro con una pérdida de capacidad laboral del 26,11% del 26 de 8 de enero de 2016, discapacidad que padezco actualmente. Y de la cual fue conecedor el SENA.

Así las cosas, soy merecedor de la protección especial no sólo por tener una limitación física, sino que ésta comporta una gravedad que fue calificada con una pérdida de capacidad laboral del 26,11% de ENFERMEDAD Y RIESGO COMUN, requisito de calificación que exige el literal c del numeral 1 del artículo 2.2.12.1.2.2 del decreto 648 de 2017; es decir, que cumpla con los requisitos exigidos por la norma regulatoria de la protección evitando así a recurrir a otras interpretaciones de los hechos que circundan la limitación física que padezco, sino que, aporto una prueba objetiva que cumple con el requisito del decreto para me sea otorgada la protección especial.

Por lo tanto, le solicito al Juez de tutela que conceda esta protección y acceda a la medida afirmativa ordenándole al SENA que me vincule a otro cargo provisional de igual o mejor salario a efectos de continuar laborando y así procurar mi sustento, contando así, con una vida digna y el servicio de Seguridad Social necesario para la salud de mi esposa.

PROTECCIÓN AL DERECHO A LA IGUALDAD. OBEDIENCIA Y APLICACIÓN DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL ESTABLECIDO EN LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN 049 DE 2017 PARA EL CASO CONCRETO.

El Juez de Tutela debe seguir, en virtud del artículo 4 constitucional, la jerarquía del peso del precedente que estableció para estos casos la sala Plena de la Corte Constitucional en la sentencia precitada a pesar de que su efecto sea *intercomunis*. Lo anterior en virtud del principio de igualdad y de legalidad en cuanto al hecho de recibir un mismo trato de la justicia para casos análogos como el presente donde no se encuentra calificación de pérdida de capacidad laboral y el precedente constitucional ordena la protección así éste no esté acreditado.

Al respecto, el artículo séptimo del Código General del Proceso dice lo siguiente:

"ARTÍCULO 7o. LEGALIDAD. Los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley. Deberán tener en cuenta, además, la equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina.

Cuando el juez se aparte de la doctrina probable, estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión. De la misma manera procederá cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos."

Sobre lo anterior, la Corte Constitucional ha dicho en sentencias que tratan el tema del precedente, lo siguiente:

*"Una decisión judicial que desconozca caprichosamente la jurisprudencia y trate de manera distinta casos previamente analizados por la jurisprudencia, so pretexto de la autonomía judicial, en realidad está desconociéndolos y omitiendo el cumplimiento de un deber constitucional."*⁴

Ahora bien, el deber de tener en cuenta el precedente nace de la prevalencia de los principios de legalidad o seguridad jurídica, que la Corte Constitucional ha definido así frente al precedente jurisprudencial:

*"La fuerza vinculante de las decisiones de las denominadas altas cortes surge de su definición constitucional como **órganos jurisdiccionales de cierre, condición que les impone el deber de unificación jurisprudencial en sus respectivas jurisdicciones.** El mandato de unificación jurisprudencial, únicamente dirigido a las cortes jurisdiccionales de cierre, se erige en una orden específica del Constituyente para brindar cierta uniformidad a la interpretación y aplicación judicial del derecho en desarrollo del deber de igualdad de trato debido a las personas, mediante la fuerza vinculante de sus decisiones judiciales superiores."*⁵ (Negrilla fuera del texto original).

Así mismo, el deber del precedente jurisprudencial ostenta la protección del derecho de igualdad de trato, sobre quien acude a la justicia en tanto su caso tenga identidad fáctica con los que ha decidido la respectiva alta Corte. En este sentido, la Corte Constitucional, sobre el principio de igualdad en el precedente jurisprudencial, expresó:

"En suma, el deber de igualdad en la aplicación de las normas jurídicas, al ser un principio constitucional, es a su vez expresión del otro principio constitucional mencionado, el de legalidad. El ejercicio de las funciones administrativa y judicial transcurre en el marco del estado constitucional de derecho y entraña la concreción del principio de igualdad de trato y protección debidos a los ciudadanos, en cumplimiento del fin estatal esencial de garantizar la efectividad de los derechos, y en consideración a la seguridad jurídica de los asociados, la buena fe y la coherencia del orden jurídico. Lo que conduce al deber de reconocimiento y adjudicación igualitaria de los derechos, a sujetos iguales, como regla general de las actuaciones judiciales y administrativas.

*Precisamente, tanto (i) la extensión administrativa de las sentencias de unificación - ordenada en la norma legal demandada- como (ii) la fuerza de los precedentes judiciales, son mecanismos puestos a disposición de los jueces y la administración, para concretar la igualdad de trato que unos y otros deben a las personas"*⁶

De otro lado, separarse del precedente jurisprudencial de la Corte de cierre implica la obligatoriedad de expresas razones de peso que contra argumenten la doctrina que haya establecido la alta corporación sobre el asunto. Dice la Corte sobre el tema lo siguiente:

*"Según lo establecido en su larga jurisprudencia por este tribunal, una vez identificada la jurisprudencia aplicable al caso, la autoridad judicial sólo puede apartarse de la misma mediante un proceso expreso de contra-argumentación que explique las razones del apartamiento, bien por: (i) ausencia de identidad fáctica, que impide aplicar el precedente al caso concreto; (ii) desacuerdo con las interpretaciones normativas realizadas en la decisión precedente; (iii) discrepancia con la regla de derecho que constituye la línea jurisprudencial. De este modo, la posibilidad de apartamiento del precedente emanado de las corporaciones judiciales de cierre de las respectivas jurisdicciones supone, en primer término, un deber de reconocimiento del mismo y, adicionalmente, de explicitación de las razones de su desconsideración en el caso que se juzga."*⁷ (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

Así las cosas, soy merecedor de la protección especial porque ésta protegida por el precedente constitucional que enfatiza en el hecho de que la protección es aplicable

⁴ Corte Constitucional, sentencia C-836 del 2001.

⁵ Corte Constitucional, sentencia C-816 de 2011.

⁶ Corte Constitucional, Ibid.

⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-621/2015.

a quien demuestre las condiciones de debilidad manifiesta a la hora efectuar el trabajo tal y como la suscrita lo está demostrando.

Por lo tanto, le solicito al Juez de tutela que conceda esta protección y acceda a la medida afirmativa ordenándole al SENA que me vincule a otro cargo provisional de igual o mejor salario a efectos de continuar laborando y así procurar mi sustento. Lo anterior lo demuestro con los siguientes fallos:

H. ULTIMOS FALLOS CON LA MISMA SITUACION FACTICA Y JURIDICA DE MI SITUACION EN PARTICULAR ya que los accionantes son pre pensionados, eran provisionales en el SENA y fueron desvinculados por la convocatoria 436 de 2017.

1. Sentencia 023 Radicación No 2019- 00020-00 del 23 de abril de 2019 emitido por EL JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO DE CALI VALLE DEL CAUCA accionado SENA donde ordeno EL REINTEGRO DEL ACCIONANTE AL SER PREPENSIONADO

(...) apartes importantes del fallo.

R E S U E L V E :

PRIMERO. CONCEDER la tutela como mecanismo transitorio, tutelando los derechos fundamentales a la Seguridad Social, Salud, mínimo vital y trabajo invocados por el señor Francisco Javier Sánchez Espinal, otorgándole un tiempo de cuatro meses al accionante para que acuda a la Jurisdicción Contencioso Administrativa quienes son los competentes para resolver el conflicto en forma definitiva; conforme los motivos plasmados en el cuerpo de este proveído.

SEGUNDO: ORDENAR al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA que dentro del término de cuarenta y ocho horas (48) siguientes a la notificación de esta providencia, vincule al señor Francisco Javier Sánchez Espinal en forma provisional, en un cargo de igual rango y remuneración al que ocupaba que se encuentre vacante, mientras el accionante acude a la Jurisdicción Contencioso Administrativa para que se resuelva el litigio; así mismo el SENA deberá iniciar las actuaciones necesarias para que el accionante sea vinculado al Sistema de Seguridad Social en Salud, de tal suerte que se le permita continuar con la atención a la salud que requiere no solo él sino su cónyuge para la recuperación de la normalidad de su estado de salud.

(...)

HECHOS RELEVANTES DEL FALLO:

HECHOS:

Del escrito de tutela y sus anexos se advierte que la entidad accionada SENA desvinculó de su cargo al actor el 2 de abril de 2019 porque un elegible ocuparía el cargo que ostentaba, sin tener en cuenta que debía ser ubicado en un cargo igual o mejor al que desempeñaba toda vez que actualmente se encuentra a dos años, mes y medio de pensionarse, siendo sujeto de protección por faltarle menos de tres años para la pensión, tiene casi 60 años, es padre cabeza de familia, actualmente es persona con limitación visual tiene perdida de capacidad laboral del 26.11%, su esposa se encuentra enferma y depende económicamente de él; que el 18 de febrero de 2019 interpuso acción de tutela para solicitar se le protegieran sus derechos fundamentales y se le diera estabilidad laboral reforzada ubicándolo en otro cargo; que dichos derechos fundamentales invocados no le fueron protegidos y la tutela la declaran improcedente bajo el argumento que aún no había sido desvinculado de la entidad accionada por lo que en ese momento no existía un daño irreparable y continuaba laborando; que ahora ha ocurrido hechos nuevos como su desvinculación definitiva del Sena desde el 2 de abril de 2019 mediante Resolución; que el 13 de septiembre de 2018 solicitó protección especial ante el Grupo de Apoyo Administrativo de la Dirección Regional del SENA para que se gestionara su permanencia en el cargo y en su caso no le permitieron permanecer, sin embargo a otros compañeros con igual situación

(...)
(...)

CONSIDERACIONES LEGALES:

Pasa el Despacho a analizar de fondo cada una de los documentos que obra en el presente procedimiento preferente y sumario a fin de verificar si los derechos fundamentales reclamados por el accionante se encuentran vulnerados o no por parte del ente accionado ello es la el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA.

(...)

(...)

Ahora bien, reiteramos que la acción de tutela tiene lugar cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, su carácter es residual, de naturaleza subsidiaria, **salvo que se utilice como mecanismo transitorio** para evitar un perjuicio irremediable. Así, el Decreto 2591 de 1.991, reglamentario de la acción de tutela consagró en los artículos 5o. y 6o. lo

(...)

(...)

Ahora bien, se observa que el accionante quedó sin posibilidad de poder ubicarse en otro trabajo precisamente por su padecimiento que aún no ha sido calificado, por su edad, pues estaba ad portas de cumplir el requisito para obtener su pensión de vejez; también estaba en trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral, es cabeza de familia, su esposa depende de él económicamente y siendo beneficiaria de salud estaba recibiendo un tratamiento pedico por su padecimiento de Hipoteroidismo; las condiciones en que en la actualidad se encuentra el accionante hacen predecir que es difícil que alguna empresa le brinde la oportunidad de ubicarse laboralmente y poder seguir cotizando para obtener seguridad social integral y la atención a su salud y la de su esposa; así podría preguntarse esta instancia con qué dinero entonces va a poder asumir el costo de la seguridad social mientras esta cesante de actividad?, que pasaría con el diagnóstico y tratamiento no solo de él sino el de su conyuge?. **Como es que no se entiende por parte de la entidad accionada que nos encontramos ante un perjuicio irremediable, que se están vulnerando unos derechos fundamentales constitucionales que deben ser protegidos por encima de cualquier norma y que en ese sentido el juez constitucional si es el llamado a proteger los derechos fundamentales invocados en la acción de tutela.** No cabe duda que quien invoca la acción de tutela puede cada día encontrarse en estado de necesidad y su situación empeorar por falta de un ingreso, del pago de su seguridad social, con ello se desestabilizaría sus posibilidades de subsistencia.

De otra parte y referente al tema motivo de análisis en esta decisión, existe jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional en donde se ha establecido que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para solicitar el reintegro laboral, al existir como vías determinadas como la jurisdicción ordinaria laboral o la contencioso administrativa, según el caso de vinculación del accionado, **salvo que se trate de individuos en condición de debilidad manifiesta, a quienes constitucionalmente se les protege con estabilidad laboral reforzada, como los menores de edad, las mujeres en estado de embarazo o durante la lactancia y el trabajador discapacitado y ahora el prepenosable.**

Precisamente en la sentencia antes indicada la Corte Constitucional también refiere:

"... esta Corte ha reconocido que dentro de las personas que ocupan en provisionalidad cargos de carrera, pueden encontrarse sujetos de especial protección constitucional, como las madres y padres cabeza de familia,¹⁰ quienes están próximos a pensionarse y las personas en situación de discapacidad, a los que, si bien por esa sola circunstancia no se les otorga un derecho indefinido a permanecer en ese tipo de vinculación laboral, en virtud del derecho ostentado por las personas que acceden por concurso de méritos, sí surge una obligación jurídico constitucional (art. 13) de propiciarse un trato preferencial como medida de acción afirmativa.¹¹

(...)

(...)

Por lo expuesto el despacho procederá a **conceder la tutela como mecanismo transitorio**, tutelando los derechos fundamentales a la Seguridad Social, Salud, mínimo vital y trabajo invocados por el señor Francisco Javier Sánchez Espinal, otorgándole un tiempo de cuatro meses al accionante para que acuda a la jurisdicción Contencioso Administrativa quienes son los competentes para resolver el conflicto en forma definitiva; por lo anterior se le ordena al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA que dentro del término de cuarenta y ocho horas (48) siguientes a la notificación de esta providencia, vincule al señor Francisco Javier Sánchez Espinal en forma provisional, en un cargo de igual rango y remuneración al que ocupaba, que se encuentre vacante, mientras el accionante acude a la jurisdicción Contencioso Administrativa para que se resuelva el litigio; así mismo el SENA deberá iniciar las actuaciones necesarias para que el accionante sea vinculado al Sistema de Seguridad Social en Salud, de tal suerte que se le permita continuar con la atención a la salud que requiere no solo él sino su cónyuge para la recuperación de la normalidad de su estado de salud.

2. Fallo de tutela No 05-001-31030032019-242 del 29 de abril de 2019 emitido por EL JUZGADO TERCERO DE FAMILIA DE ORALIDAD DE MEDELLIN accionado SENA donde ordeno EL REINTEGRO DEL ACCIONANTE AL SER PREPENSIONADO:

(...) apartes importantes del fallo

LA PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCION DE TUTELA PARA SOLICITAR EL REINTEGRO LABORAL

Como ya se indicó, El artículo 86 de la Constitución consagra la acción de tutela y establece que esta podrá ser invocada por cualquier ciudadano para la protección de sus derechos fundamentales cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades. El ejercicio de la misma está condicionado por la existencia los mecanismos ordinarios de defensa judiciales por lo que la 'precitada norma dispone que esta "solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. (...)"

Así las cosas, la tutela tiene un carácter subsidiario en la medida en que solo es posible acudir a esta cuando los otros mecanismos judiciales son insuficientes para proteger los derechos fundamentales presuntamente vulnerados o amenazados. En desarrollo de la precitada norma constitucional, el artículo 6 del Decreto Estatutario 2591 de 1991 dispone aun cuando existan otros mecanismos de defensa judiciales, esta acción procederá "como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable". El juez que conozca de una tutela deberá estimar si en el caso concreto los mecanismos ordinarios son eficaces para lograr la protección del derecho invocado: "La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante".

EL DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE LAS PERSONAS PRÓXIMAS A PENSIONARSE.

En diferentes oportunidades se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia, indicando que la figura de la "prepensión" es diferente a la del denominado "retén social". figura de origen legal, que opera en el contexto de la renovación, reestructuración o liquidación de entidades públicas.

La "prepensión", según la jurisprudencia de unificación de la 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 permitirían acceder a la pensión de jubilación o vejez"²

Así, las cosas en principio, acreditan, la condición de pre pensionables, las personas vinculadas laboralmente al sector público o privado, que están próximas (dentro de los 3 años siguientes) acreditar los 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.

La "prepensión" protege la expectativa del trabajador de obtener su pensión de vejez: ante su posible frustración 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.

(...)

En consecuencia, conforme al análisis anterior se observa que evidentemente la declaratoria de insubsistencia del señor CARLOS ALBERTO TAMAYO CARO, vulnera sus derechos fundamentales **mínimo vital, y a salud y seguridad social** y en dicho sentido debe ser el fallo de este operador, no evidenciándose vulneración a los demás derechos enlistados por el accionante.

En razón y mérito de lo expuesto, **EL JUZGADO TERCERO DE FAMILIA DE ORALIDAD DE MEDELLIN**, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

FALLA

PRIMERO. Tutelando transitoriamente el derecho fundamental de MINIMO VITAL, SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL. que hace el señor el señor CARLOS ALBERTO TAMAYO CARO, identificado con cedula N° 70.089.344 en contra del SENA Servicio Nacional de Aprendizaje, y otorgándole un plazo de cuatro (4) meses al accionante para que acuda a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, quienes son los competentes para resolver el conflicto de manera definitiva, por lo anterior se le ordena al SENA Servicio Nacional de Aprendizaje que en el plazo máximo de cuarenta y ocho (48) horas, contados a partir de la notificación de este proveído, procedan a vincular al accionante a un cargo de igual o superiores condiciones, hasta tanto el accionante acuda a la Jurisdicción Contenciosa para que resuelva el litigio.

Anexo copia del fallo como documentos y pruebas

3. Fallo de tutela No 680013333013-2019-00044-01 del 06 de AGOSTO de 2019 emitido por EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE MEDELLIN accionado SENA donde ordeno EL REINTEGRO DEL ACCIONANTE

(...) apartes importantes del fallo

3) Después de analizar la solicitud de tutela, el escrito agregando nuevos hechos a la misma, los pronunciamientos de la entidad accionada y de la vinculada, el fallo que se revisa, que concedió el amparo deprecado por Carlos Alberto Tamayo Caro para sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud y a la seguridad social, los documentos obrantes en el expediente y el escrito de impugnación, como quiera que la inconformidad que funcionario del SENA plantea en éste, no es con dicha sentencia, sino con el trámite de la acción de tutela, concretamente con la vinculación a éste de Jully Berónica Villa Herrera, el término que se le concedió para pronunciarse sobre la solicitud de amparo y la fecha en que se profirió la providencia que la decidió, se considera que la misma se debe **confirmar íntegramente** porque, si bien es cierto que en auto fechado abril 30 del 2019 visible a folios 56 del expediente, se ordenó vincular a la citada, por cuanto podría verse afectada con la decisión que se iba a adoptar, al haber sido nombrada en propiedad en el cargo de Profesional Grado 2 que ocupaba el accionante en provisionalidad en el SENA, otorgándole un término de 4 horas para ejercer su derecho de defensa y que en el encabezado del fallo aludido quedó

(...)

4. Fallo de tutela de segunda instancia No 680013333013-2019-00044-01 del 06 de AGOSTO de 2019 emitido por EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER accionado SENA donde ordeno EL REINTEGRO DE LA ACCIONANTE

(...) apartes relevantes del fallo de tutela de segunda instancia.

En el asunto concreto se tiene que la tutelante se encontraba vinculada a la entidad accionada y que mediante comunicación de fecha 21 de septiembre de 2018 informó sobre su condición de madre cabeza de familia y la condición de salud de su hijo, igualmente obra la historia clínica de su hijo Juan Sebastián Palacios Salazar quien se encuentra en estado de incapacidad permanente debido a su diagnóstico médico – insuficiencia renal crónica terminal secundaria síndrome de Alport – razón por la cual es evidente que se cumplen los presupuestos referidos por la jurisprudencia constitucional para que se implementen medidas que garanticen su estabilidad laboral dadas sus especiales circunstancias.

Ahora, si bien conforme lo señala la entidad accionada los empleados nombrados en carrera administrativa ostentan el derecho preferencial a ser nombrados en encargo en empleos vacantes, la entidad en su debida oportunidad deberá realizar un estudio de proporcionalidad entre los derechos que surgen de la carrera administrativa y aquellos directamente relacionados con la dignidad humana y el derecho a la salud, en virtud de lo cual se debe proceder con especial cuidado previendo dispositivos tendientes a no lesionar sus derechos y en caso de no adoptarse tales medidas, de ser posible, han de ser vinculados de nuevo en provisionalidad en un cargo similar o equivalente al que venían ocupando, de existir la vacante, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones, tanto para la época de su desvinculación, como en el momento del posible nombramiento, por tal razón, la Sala de Decisión procederá a confirmar el fallo de fecha 26 de junio de 2019, proferido por el Juzgado Trece Administrativo del Circuito Judicial de Bucaramanga.

(...)

I. FUNDAMENTO DE LA VIOLACIÓN DE MIS DERECHOS FUNDAMENTALES Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES.

(i) VIOLACION AL DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA artículo 1 de la Constitución Nacional

Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, (negrilla y línea fuera de texto)

(...)

Es de resaltar que el trato que me está dando el SENA va en contra de la Dignidad Humana por lo que pido que se me proteja este derecho fundamental.

(ii) LA GARANTIA Y EFECTIVIDAD DE LA PROTECCION DE LOS DERECHOS POR PARTE DEL ESTADO

Artículo 2 de la Constitución nacional que dice que Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución línea y negrilla fuera de texto

(iii) VIOLACIÓN AL DERECHO DE IGUALDAD. Artículo 13 de la Constitución Política.

Como lo mencione anteriormente Es evidente que el SENA no me está dando un trato igual que a los demás servidores provisionales a quien ya se les realizo un traslado a otro cargo no ofertado, y no entiendo ¿por qué? en mi caso me dan un trato diferente, con lo cual veo vulnerado este derecho fundamental, al respecto ya se han pronunciado las altas cortes de la siguiente manera:

IGUALDAD-Pilar fundamental/DERECHO A LA IGUALDAD-Concepto relacional/TRATO IGUAL A LOS IGUALES Y DESIGUAL A LOS DESIGUALES-Jurisprudencia constitucional/IGUALDAD-Exige el mismo trato para los entes y hechos que se encuentren cobijados bajo una misma hipótesis y una distinta regulación respecto de los que presentan características desiguales.

En este ámbito la Corte Constitucional en sentencia C-195 de 1994, expresó:

"...como lo ha reiterado esta Corporación, la igualdad no implica una identidad absoluta, sino la proporcionalidad. Es decir, en virtud del merecimiento hay una adecuación entre el empleado y el cargo, sin interferencias ajenas a la eficiencia y eficacia..."

Ahora bien, no es excusable el argumento por el cual, a pesar de no haber calificación del porcentaje de pérdida de capacidad laboral, se me desproteja por la ausencia del criterio "objetivo" de apreciación de la limitación según lo exigido en el artículo 7º del Decreto 2463 de 2001, criterio de análisis establecido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Por el contrario, el Juez de Tutela debe seguir, en virtud del artículo 4 constitucional, la jerarquía del peso del precedente que estableció para estos casos la sala Plena de la Corte Constitucional en la sentencia precitada a pesar de que su efecto sea *intercomunis*.

Lo anterior en virtud del principio de igualdad y de legalidad en cuanto al hecho de recibir un mismo trato de la justicia para casos análogos como el presente donde no se encuentra calificación de pérdida de capacidad laboral y el precedente constitucional ordena la protección así éste no esté acreditado.

Al respecto, el artículo séptimo del Código General del Proceso dice lo siguiente:

ARTÍCULO 7o. LEGALIDAD. Los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley. Deberán tener en cuenta, además, la equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina.

Cuando el juez se aparte de la doctrina probable, estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión. De la misma manera procederá cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos."

Sobre lo anterior, la Corte Constitucional ha dicho en sentencias que tratan el tema del precedente, lo siguiente:

*"Una decisión judicial que desconozca caprichosamente la jurisprudencia y trate de manera distinta casos previamente analizados por la jurisprudencia, so pretexto de la autonomía judicial, en realidad está desconociéndolos y omitiendo el cumplimiento de un deber constitucional."*⁸

⁸ Corte Constitucional, sentencia C-836 del 2001.

Ahora bien, el deber de tener en cuenta el precedente nace de la prevalencia de los principios de legalidad o seguridad jurídica, que la Corte Constitucional ha definido así frente al precedente jurisprudencial:

*"La fuerza vinculante de las decisiones de las denominadas altas cortes surge de su definición constitucional como **órganos jurisdiccionales de cierre, condición que les impone el deber de unificación jurisprudencial en sus respectivas jurisdicciones.** El mandato de unificación jurisprudencial, únicamente dirigido a las cortes jurisdiccionales de cierre, se erige en una orden específica del Constituyente para brindar cierta uniformidad a la interpretación y aplicación judicial del derecho en desarrollo del deber de igualdad de trato debido a las personas, mediante la fuerza vinculante de sus decisiones judiciales superiores."*⁹ (negrilla fuera del texto original)

Así mismo, el deber del precedente jurisprudencial ostenta la protección del derecho de igualdad de trato, sobre quien acude a la justicia en tanto su caso tenga identidad fáctica con los que ha decidido la respectiva alta Corte. En este sentido, la Corte Constitucional, sobre el principio de igualdad en el precedente jurisprudencial, expresó:

"En suma, el deber de igualdad en la aplicación de las normas jurídicas, al ser un principio constitucional, es a su vez expresión del otro principio constitucional mencionado, el de legalidad. El ejercicio de las funciones administrativa y judicial transcurre en el marco del estado constitucional de derecho y entraña la concreción del principio de igualdad de trato y protección debidos a los ciudadanos, en cumplimiento del fin estatal esencial de garantizar la efectividad de los derechos, y en consideración a la seguridad jurídica de los asociados, la buena fe y la coherencia del orden jurídico. Lo que conduce al deber de reconocimiento y adjudicación igualitaria de los derechos, a sujetos iguales, como regla general de las actuaciones judiciales y administrativas.

*Precisamente, tanto (i) la extensión administrativa de las sentencias de unificación - ordenada en la norma legal demandada- como (ii) la fuerza de los precedentes judiciales, son mecanismos puestos a disposición de los jueces y la administración, para concretar la igualdad de trato que unos y otros deben a las personas"*¹⁰

De otro lado, separarse del precedente jurisprudencial de la Corte de cierre implica la obligatoriedad de expresas razones de peso que contra argumenten la doctrina que haya establecido la alta corporación sobre el asunto. Dice la Corte sobre el tema lo siguiente:

*"Según lo establecido en su larga jurisprudencia por este tribunal, una vez identificada la jurisprudencia aplicable al caso, la autoridad judicial sólo puede apartarse de la misma mediante un proceso expreso de contra-argumentación que explique las razones del apartamiento, bien por: (i) ausencia de identidad fáctica, que impide aplicar el precedente al caso concreto; (ii) desacuerdo con las interpretaciones normativas realizadas en la decisión precedente; (iii) discrepancia con la regla de derecho que constituye la línea jurisprudencial. De este modo, la posibilidad de apartamiento del precedente emanado de las corporaciones judiciales de cierre de las respectivas jurisdicciones supone, en primer término, un deber de reconocimiento del mismo y, adicionalmente, de explicitación de las razones de su desconsideración en el caso que se juzga."*¹¹ (subrayado y negrilla fuera del texto original)

Así las cosas, soy merecedora de la protección especial porque ésta está protegida por el precedente constitucional que enfatiza en el hecho de que la protección es aplicable a quien demuestre las condiciones de debilidad manifiesta a la hora efectuar el trabajo tal y como la suscrita lo está demostrando, más cuando a la fecha en que me encuentro, la exclusión laboral de llegar a hacerse me afectaría considerablemente ya que el mercado laboral es hostil y castiga con severidad a las personas de mi edad con enfermedades que puedan ser registradas en el examen médico ocupacional.

⁹ Corte Constitucional, sentencia C-816 de 2011.

¹⁰ Corte Constitucional, Ibid.

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C-621/2015.

Por lo tanto, le solicito al Juez de tutela que conceda esta protección y acceda a la medida afirmativa ordenándole al SENA que me vincule a otro cargo provisional de igual o mejor salario a efectos de continuar laborando y así procurar mi sustento.

(iv) VIOLACIÓN AL DERECHO AL TRABAJO en condiciones dignas y justas, artículo 25 de la Constitución Política: Este derecho está contemplado en la Constitución Nacional y el SENA me lo está vulnerando, al terminar mi nombramiento en la Entidad sin tener en cuenta: mi condición especial como pre pensionado.

(v) VIOLACIÓN A LA CONFIANZA LEGÍTIMA, SEGURIDAD JURÍDICA Y BUENA FE, ARTÍCULO 83 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA.

Consagra el artículo 83 C.P. que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presume en todas las gestiones que se adelanten ante ellas.

Dentro de esos valores y principios resulta relevante el análisis del principio de la Buena fe consagrado en el Art. 83 de la Constitución Política que enseña que en sus actuaciones los particulares y las autoridades deberán ceñirse a los postulados de la Buena Fe, contenido además en el Artículo 28 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública — Ley 80 de 1993.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que el principio de la confianza legítima (Sentencia T-472-09, Magistrado Ponente Dr. Jorge Iván Palacio Palacio) consiste en una proyección de la buena fe que debe gobernar la relación entre las autoridades y los particulares, partiendo de la necesidad que tienen los administrados de ser protegidos frente a actos arbitrarios, repentinos, improvisados o similares por parte del Estado. Igualmente, ha señalado que este principio propende por la protección de los particulares para que no sean vulneradas las expectativas fundadas que se habían hecho sobre la base de acciones u omisiones estatales prolongadas en el tiempo, y consentido expresa o tácitamente por la administración ya sea que se trate de comportamientos activos o pasivos, regulación legal o interpretación normativa.

En cuanto a la relación con otros principios, ha dicho la Corte que la confianza legítima debe ponderarse con la salvaguarda del interés general, el principio de buena fe, el principio de proporcionalidad, el principio democrático, el de seguridad jurídica y respeto al acto propio, entre otros.

Este principio ha sido principalmente utilizado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional como un mecanismo para armonizar y conciliar casos en que la administración en su condición de autoridad, por acción o por omisión ha creado expectativas favorables a los administrados y de forma abrupta elimina esas condiciones.

Es así, que los principios de confianza legítima, seguridad jurídica y buena fe, han sido violentados por cuanto el SENA debe velar de darme una estabilidad laboral reforzada

**(vi) VIOLACION AL DERECHO A LA SALUD
RETEN SOCIAL Y PROTECCIÓN DE CARÁCTER CONSTITUCIONAL.
VIOLACIÓN AL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD.**

El retén social es una regla derivada de principios y derechos constitucionales como los establecidos en los incisos 3º y 4º del artículo 13 Superior, relativos a la adopción de medidas de protección a favor de grupos vulnerables y personas en condición de debilidad manifiesta, y en las cláusulas constitucionales que consagran una protección reforzada para ciertos grupos sociales, tales como las mujeres (art. 43 CP), los niños (art. 44 C.P.), las personas de la tercera edad (art. 46 C.P), y las personas con discapacidad (art. 47 C.P.).

En ese sentido, bajo el marco de procesos de reestructuración de entidades estatales, el congreso expidió la ley 790 de 2002, norma propiamente originaria del denominado reten social, que en su artículo 12 estableció lo siguiente:

*Artículo 12. De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, **no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva**, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley.*

Bajo esa lógica, recientemente, en sentencia de unificación No 049 de 2017, la Corte Constitucional concluyó que la protección reforzada ocupacional para quienes padecen de limitaciones físicas es de orden constitucional. Además, argumentó que para tal apreciación de la limitación no era necesario la calificación del grado de discapacidad o limitación. Dijo así el Tribunal Constitucional:

(vii) VIOLACION A LA SEGURIDAD SOCIAL

La Seguridad Social es reconocida en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho constitucional fundamental. De esta manera, los artículos 48 y 49 de la Carta Política establecen la seguridad social por un lado, como un derecho irrenunciable, y por otro lado, como un servicio público, de tal manera que, por la estructura de este derecho, es el Estado el obligado a dirigir, coordinar y controlar su efectiva ejecución. La protección que le otorga el ordenamiento constitucional al derecho a la seguridad social se complementa y fortalece por lo dispuesto en el ámbito internacional pues son varios los instrumentos internacionales que reconocen el derecho de las personas a la seguridad social. Conforme a la jurisprudencia constitucional, el derecho a la seguridad social es un real derecho fundamental cuya efectividad se deriva "de (i) su carácter irrenunciable, (ii) su reconocimiento como tal en los convenios y tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano en la materia y (iii) de su prestación como servicio público en concordancia con el principio de universalidad. Sin embargo, el carácter fundamental del derecho a la seguridad social no puede ser confundido con su aptitud de hacerse efectivo a través de la acción de tutela. En este sentido, la protección del derecho fundamental a la seguridad social por vía de tutela solo tiene lugar cuando (i) adquiere los rasgos de un derecho subjetivo; (ii) la falta o deficiencia de su regulación normativa vulnera gravemente un derecho fundamental al punto que impide llevar una vida digna; y (iii) cuando la acción satisface los requisitos de procedibilidad exigibles en todos los casos y respecto de todos los derechos fundamentales"

(viii) VIOLACION AL DERECHO AL MINIMO VITAL DE SUBSISTENCIA.

Tal como lo ha dicho la corte:

"Concepto no es meramente cuantitativo sino también cualitativo. El concepto de mínimo vital, de acuerdo con la jurisprudencia, debe ser evaluado desde un punto de vista desde de la satisfacción de las necesidades mínimas del individuo, por lo cual es necesario realizar una evaluación de las circunstancias de cada caso concreto, haciendo una valoración que se encamine más hacia lo cualitativo que a lo cuantitativo, verificándose que quien alega su vulneración tenga las posibilidades de disfrutar de la satisfacción de necesidades como la

alimentación, el vestuario, la salud, la educación, la vivienda y la recreación, como mecanismos para hacer realidad su derecho a la dignidad humana.

En mi caso al ser despedido se me estaría negando este derecho fundamental al no tener otras posibilidades de ingreso, ya que hasta el momento no tengo la resolución de mi pensión y con mi edad nadie me va a dar trabajo.

(ix) VIOLACION A LOS DERECHOS DE LAS MUJERES Y PADRES CABEZA DE FAMILIA COMO SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL Y EL RETÉN SOCIAL.

El artículo 13 de la Constitución Política consagra la obligación del Estado de velar por la igualdad real y efectiva y de proteger a las personas en circunstancias de debilidad manifiesta. El cumplimiento de estos cometidos constitucionales se materializa en las denominadas acciones afirmativas, respecto de las cuales la jurisprudencia constitucional ya ha tenido oportunidad de pronunciarse. Sobre su naturaleza, en la Sentencia C-371 de 2000 la Corte explicó lo siguiente:

“Con esta expresión se designan políticas o medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afectan, bien de lograr que los miembros de un grupo subrepresentado, usualmente un grupo que ha sido discriminado, tengan una mayor representación.”

J. AUTORIDAD AUTORA DEL QUEBRANTAMIENTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La acción de Tutela que se formula y dirige contra **EL SENA** por los siguientes argumentos:

- Al SENA; por desvincularme sin darme una estabilidad reforzada que se encuentra en la ley al faltarme menos de un año tres meses para causar mi pensión.

K. FUNDAMENTOS DE LA ACCION

Esta acción se impetra como medida transitoria para evitar, prevenir la consumación de un perjuicio irremediable.

A voces de la Corte Constitucional (Sentencia T 348 de 1998), en jurisprudencia, perjuicio irremediable *"es el daño causado a un bien jurídico como consecuencia de acciones u omisiones manifiestamente ilegítimas y contrarias a derecho que, una vez producido, es irreversible y por tanto no puede ser retornado a su estado anterior (...)* La Corte ha considerado que la acción de tutela es procedente para evitar un perjuicio irremediable cuando concurren los siguientes requisitos: (1) el perjuicio es inminente, es decir, que se producirá indefectiblemente si no opera la protección judicial transitoria; (2) las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio deben ser urgentes; (3) el daño o menoscabo ha de ser grave, esto es, que una vez que aquel se haya producido es imposible retornar la situación a su estado anterior; y, (4) la urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable." (cursiva y subrayas propias)

Con la negativa del SENA de darme una estabilidad laboral reforzada ubicándome en oro cargo igual o mejor al que desempeñaba se están amenazando los derechos fundamentales antes indicados, generándose para el actor un perjuicio inminente, pues se le está negando la posibilidad de tener su minio vital y su derecho a la Salud, generando con ello el resquebrajamiento a la confianza legítima y buena fe, que debe tener todo ciudadano en sus instituciones como lo es el SENA.

L. PETICIONES

PRIMERO: Que se restablezcan los derechos fundamentales **DIGNIDAD HUMANA, LA GARANTIA Y EFECTIVIDAD DE LA PROTECCION DE LOS DERECHOS POR PARTE DEL ESTADO, IGUALDAD, TRABAJO, DEBIDO PROCESO, MINIMO VITAL, SALUD, PROTECCIÓN ESPECIAL POR SER PREPENSIONADO Y SER PADRE CABEZA DE FAMILIA, ASÍ COMO A LOS PRINCIPIOS DE CONFIANZA LEGÍTIMA, BUENA FE Y SEGURIDAD JURÍDICA Y LOS QUE EL DESPACHO CONSIDERE PERTINENTES, VULNERADOS U AMENAZADOS** de **JOSÉ ANORSO CASTRO ALVAREZ** identificado con **CC No 70.113.080** y se ordene de manera inmediata al SENA para que en el término de 48 horas se le REINCORPORE a un cargo igual o mejor que el que venía desempeñando.

SEGUNDO: Que se ordene al SENA que en caso de no existir vacantes con las cuales se pueda reincorporar al señor **JOSÉ ANORSO CASTRO ALVAREZ** identificado con **CC No 70.113.080**, se le debe crear un cargo temporal o provisional mientras se pensiona el cual debe ser igual o mejor que al que venía desempeñando.

TERCERO: Que se ordene al SENA que en caso de no existir vacantes con las cuales se pueda reincorporar al señor **JOSÉ ANORSO CASTRO ALVAREZ** identificado con **CC No 70.113.080**, se le debe dejar en una lista de espera e ubicarla con el primer cargo que quede vacante igual que el que venía desempeñando.

CUARTO: ORDENAR al SENA que no puede realizar nombramientos provisionales hasta tanto no sea reincorporado el señor **JOSÉ ANORSO CASTRO ALVAREZ** identificado con **CC No 70.113.080**, a menos que los nombramientos provisionales obedezcan a una orden judicial.

M. SOLICITUD DE MEDIDA PROVISIONAL

Teniendo como base los hechos narrados arriba Y a pesar de que, como se demostró, soy sujeto de especial protección del estado dada mi condición de debilidad manifiesta Y En consecuencia, y con base en todos los FUNDAMENTOS JURÍDICOS de la presente acción de tutela, solicito como MEDIDA PROVISIONAL lo siguiente:

- Que, con la admisión de la presente acción, se ordene al SENA **REINTEGRARME INMEDIATAMENTE** a la entidad hasta tanto se profiera **SENTENCIA** definitiva de la presente acción.
- Que este despacho ordena al SENA suspender cualquier nombramiento provisional que no sea por fallo judicial hasta tanto no se me defina la sentencia de esta acción de tutela

N. PETICIONES ESPECIALES

- Con el fin de evitar vulneraciones de derechos a terceros, se ordene que dentro de las 24 horas siguientes a la comunicación del auto admisorio de la tutela, se publique en la página web del SENA la existencia de esta acción para efectos de dar a conocer la misma a quienes eventualmente pudieran salir afectados con la decisión que resuelva la acción pública.

O. DECRETO DE PRUEBAS

Solicito muy respetuosamente al señor Juez que ordene y solicite al SENA las siguientes pruebas:

Que al contestar la demanda EL SENA informe a este despacho:

- Un informe de la planta total del SENA de los cargos con la denominación INSTRUCTOR.
- Un informe de todas las vacantes vacantes de la Planta del SENA de los cargos con la denominación INSTRUCTOR.
- Que informe cuantos cargos tiene desocupados con la Denominación INSTRUCTOR.
- Un informe de la planta TEMPORAL total del SENA de los cargos con la denominación INSTRUCTOR que actualmente se encuentren Vacantes.
- Que informe en los últimos tres (3) meses cuantos nombramientos provisionales ha realizado en la planta del SENA de los cargos con la denominación NSTRUCTOR.

Lo anterior para demostrar que si existen cargos en el SENA con los que me podían dar una estabilidad laboral reforzada.

P. DOCUMENTOS Y PRUEBAS

1. Fotocopia de mi cedula de ciudadanía donde demuestro que tengo 60 años.
2. Copia de mis semanas cotizadas en Colpensiones (1485 semanas cotizadas)
3. Copia de la Constancia del Servicio Medico de mi esposa.
4. Copia de la solicitud Realizada al Sena para la estabilidad laboral Reforzada como prepensionado.
5. Copia de la resolución No 498 de 2019 por medio del cual se me termina mi nombramiento provisional
6. Copia de la historia clínica de mi esposa
7. Copia del fallo de tutela No. 05-001-31030032019-242 del 29 de abril de 2019 emitido por EL JUZGADO TERCERO DE FAMILIA DE ORALIDDA DE MEDELLIN accionado SENA donde ordeno EL REINTEGRO DEL ACCIONANTE AL SER PREPENSIONADO.
8. Copia del Fallo de tutela No 680013333013-2019-00044-01 del 06 de AGOSTO de 2019 emitido por EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE MEDELLIN donde ordeno EL REINTEGRO DEL ACCIONANTE AL SER PREPENSIONADO
9. Copia del fallo de tutela No 2019- 00020-00 del 23 de abril de 2019 emitido por EL JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO DE CALI VALLE DEL CAUCA accionado SENA donde ordeno EL REINTEGRO DEL ACCIONANTE AL SER PREPENSIONADO.

10. Fallo de tutela de segunda instancia No No 680013333013-2019-00044-01 del 06 de AGOSTO de 2019 emitido por EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER accionado SENA donde ordeno EL REINTEGRO DE LA ACCIONANTE

Q. DERECHO

Como fundamento legal de la acción incoada, me permito citar al Honorable Juzgado, los artículos 1, 13, 25, 29, 83, 86 y 125 de la Constitución Política de 1991. Artículo 27 de la Ley 909 de 2004.

R. COMPETENCIA

Es usted competente señor Juez, por la naturaleza constitucional del asunto, por tener jurisdicción en el lugar donde ocurrió la vulneración y amenaza de los derechos fundamentales invocados conforme al artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 y el Decreto 1382 de 2000

S. JURAMENTO

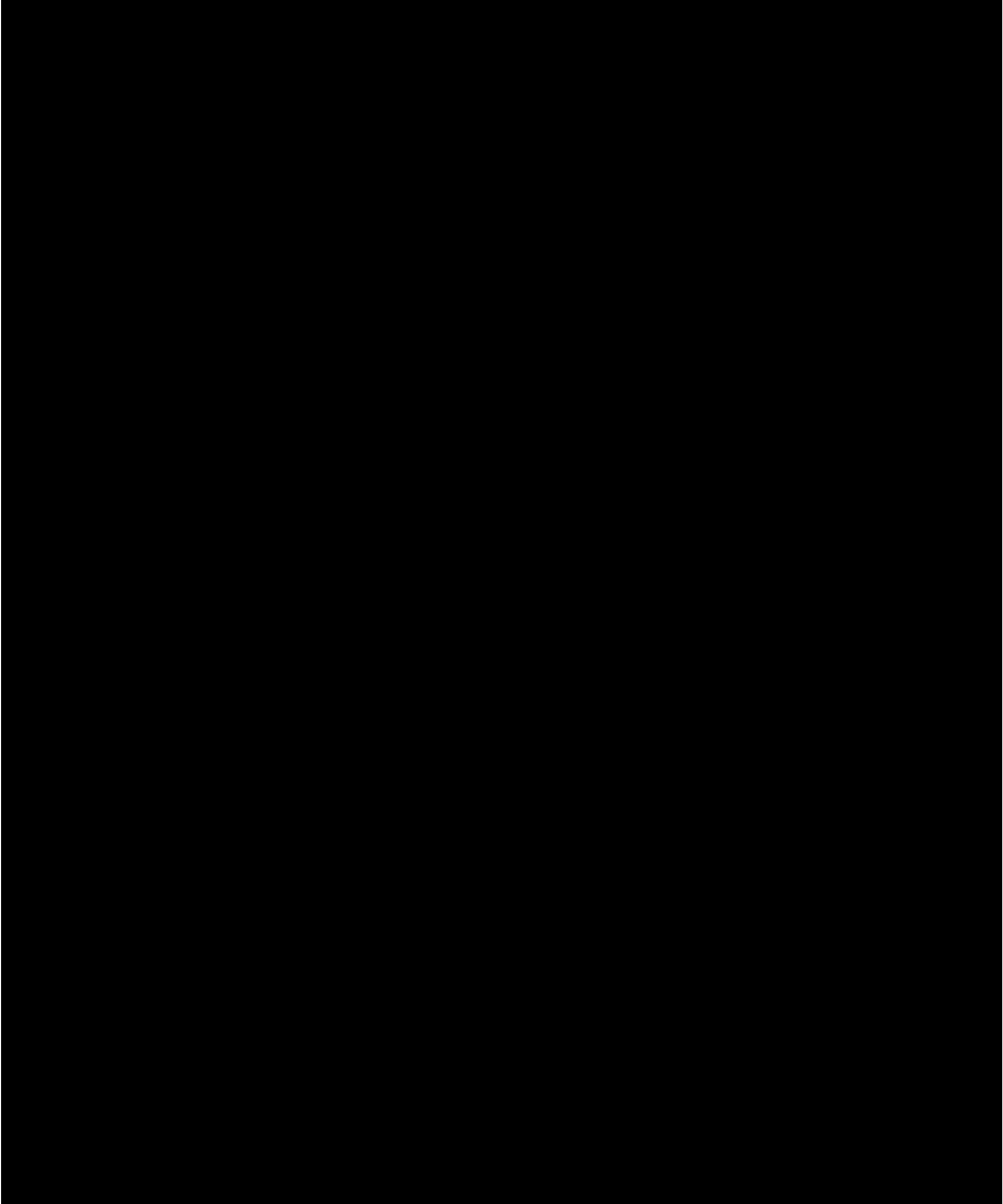
Bajo la gravedad del juramento, manifiesto que no he instaurado otra acción de tutela con fundamento en los mismos hechos y derechos materia de esta acción, según lo dispuesto en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991.

T. ANEXOS

Anexo lo relacionado en el acápite de documentos y pruebas.

Del señor Juez atentamente,

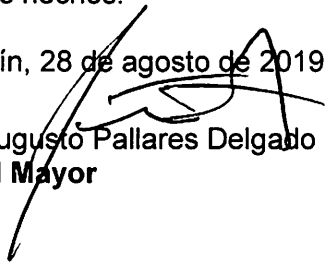
Cordialmente,



INFORME: Señor Juez, me permito informar que en la fecha, nos fue repartida por intermedio de la oficina de apoyo judicial la acción de tutela instaurada por **JOSE ANORSO CASTRO ÁLVAREZ** en contra del **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE –SENA-**, tutela con 141 folios y 1 traslado. Finalmente que revisando el sistema aparece que el accionante interpuesto acción de tutela en otro Despacho Judicial con radicado **019-2019-00196** el día 15 de mayo de 2019. Actualmente el Despacho desconoce si son por los mismos hechos.

Medellín, 28 de agosto de 2019

Iván Augusto Pallares Delgado
Oficial Mayor



JUZGADO VEINTE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
Medellín, veintiocho (28) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

RADICADO:	05001 33 33 020 2019 00369 00
ACCIÓN:	TUTELA
ACCIONANTE:	JOSE ANORSO CASTRO ÁLVAREZ C.C: 70.113.080
ACCIONADO:	SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA-
ASUNTO:	ADMITE ACCIÓN.

Visto el anterior informe secretarial y atendiendo a que **JOSE ANORSO CASTRO ÁLVAREZ**, propone acción de tutela contra la **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE –SENA-**, para la protección del derecho fundamental al trabajo, a la dignidad humana y al mínimo vital garantizados por la Constitución Política, se procederá a admitir la solicitud de amparo, por reunir los requisitos consagrados en el Decreto 2591 de 1991.

CONSIDERACIONES

El artículo 7° del Decreto 2591 de 1991 establece que desde la presentación de la solicitud de la tutela, cuando el Juez expresamente lo considere necesario y urgente para proteger el derecho, dispondrá la suspensión del acto que lo amenace o vulnere, para evitar perjuicios ciertos e inminentes. Lo anterior, se podrá efectuar a petición de parte o de oficio.

La acción de tutela es un mecanismo subsidiario y las decisiones que dentro del trámite se tomen deben estar relacionadas con la vulneración clara de los derechos fundamentales; la medida provisional no sólo requiere que el perjuicio sea ostensible sino también claramente verificable a simple vista, cuya solución debe ser inmediata porque no da espera en el tiempo. Sobre el asunto se ha pronunciado la Corte Constitucional en los siguientes términos:

“A la corte no le cabe duda de que para efectos de la aplicación de esta medida provisional, el juez debe evaluar las situaciones de hecho y de derecho en que se fundamenta la solicitud de tutela, para así determinar la necesidad y urgencia de decretarla, pues ésta solo se justificaría ante hechos abiertamente lesivos o claramente amenazadores de un derecho fundamental en detrimento de una persona, y cuya permanencia en el tiempo haría más gravosa la situación del afectado; de lo contrario no tendría sentido la medida cautelar por cuanto los términos para fallar las acciones de tutela son muy breves: 10 días.”

Recuérdese también que el juez de tutela puede ordenar todo lo que considere procedente para proteger los derechos fundamentales, y no hacer ilusorio el efecto de un eventual fallo, de donde se concluye que la adopción de la medida cautelar no puede ser arbitraria sino

razonada, sopesada y proporcionada a la situación planteada, lo que deberá hacer el juez de conocimiento en forma expresa.

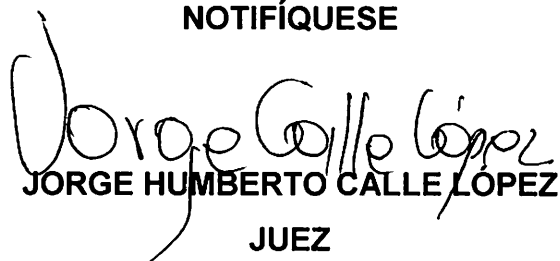
En el caso concreto, el Despacho no accederá al decreto de la medida provisional solicitada, teniendo en cuenta que el accionante se encuentra desvinculado desde el 29 de enero de 2019, y tal pedimento constituye el objeto mismo de la tutela, por lo que esperar el término para decidir de fondo la presente acción de 10 días hábiles, no constituya un agravante a su condición actual.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO VEINTE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN,**

RESUELVE

1. **ADMITIR** la presente Acción de Tutela instaurada por **JOSÉ ANORSO CASTRO ÁLVAREZ,** en contra la **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE –SENA-**
2. **NO DECRETAR** la medida provisional solicitada de conformidad a lo expuesto en la motivación del presente auto.
3. **VINCULAR** al trámite de la presente acción a la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC –**
4. **ORDENAR** al **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE –SENA** y a la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC –** que dentro de las 24 horas siguientes a la notificación del auto admisorio, publiquen en la página web la existencia de esta acción, para efectos de dar a conocer la misma a quienes eventualmente se consideren con interés directo en el resultado del trámite.
5. **OFICIAR** al **Juzgado Diecinueve Administrativo Oral del Circuito de Medellín** y al **Tribunal Administrativo de Antioquia Despacho 009** del magistrado Gonzalo Javier Zambrano Velandia, para que aporten a la presente acción copia de los respectivos fallos de la acción de tutela radicada con el No. 05001 33 33 019 2019 00196 00.
6. **NOTIFICAR** la presente decisión al representante legal de las entidades accionadas, concediéndole un término de dos (02) días hábiles para que se pronuncie sobre la acción impetrada, allegando con el informe los antecedentes administrativos que se encuentren en poder de la entidad y soliciten o aporten las pruebas que consideren pertinentes. A los oficios se anexan los traslados respectivos.
7. Se tendrán como pruebas los documentos anexos a la solicitud y los aportados en las contestaciones que sean allegadas por la accionada.
8. Dese cumplimiento al artículo 5° del Decreto 306 de 1992.

NOTIFÍQUESE


JORGE HUMBERTO CALLE LÓPEZ
JUEZ