

**Desarrollo jurisprudencial del Consejo de Estado referente al principio de estabilidad
laboral reforzada en la relación empleador – empleado prepensionado**

Orley Mauricio Pérez Otero

Universidad Nacional Abierta y a Distancia

Escuela de Ciencias Jurídicas y Políticas

Posgrado en Derecho

Santiago de Cali

2021

**Desarrollo jurisprudencial del Consejo de Estado referente al principio de estabilidad
laboral reforzada en la relación empleador – empleado prepensionado**

Orley Mauricio Pérez Otero

**Trabajo de grado para optar al título de Magister en Gobierno, Políticas Públicas y
Desarrollo Territorial**

Director

Deisy Patiño Carola

Economista, Mg en estudios y gestión del desarrollo

Universidad Nacional Abierta y a Distancia

Escuela de Ciencias Jurídicas y Políticas

Posgrado en Derecho

Santiago de Cali

2021

Agradecimientos

Agradezco a Dios, a mis padres, a mi hijo y a mi querida y amada esposa la cual fue el artífice de este proceso educativo y logro personal.

Orley Mauricio Pérez Otero

Resumen

En la relación empleado – empleador, se tiene como la parte más débil quien vende su fuerza de trabajo, debiéndose así amparar a este, es por eso que en aras de hacer efectivo la protección de raigambre constitucional que el art. 12 del CP profesa, se hace necesario aterrizar el principio de la Estabilidad Laboral reforzada, principio que cumple con una doble connotación de principio y derecho, este último señalado por la Corte Constitucional, y ratificado por el Consejo de Estado.

Es por eso que, en aras de desarrollar este principio de la ELR, se amplió la cobertura del mismo y cubrió a las personas que están próximas a pensionarse, en un principio se tiene que solo se abarca a los que se encuentran en proceso de transición de la reestructuración del Estado en 2002, pero se extendió a todas las personas que cumplieran con los requisitos de faltarle tres años para pensionarse y que fueran servidores públicos.

Razón por la cual se hace necesario explicar el *desarrollo jurisprudencial del Consejo de Estado referente al principio de estabilidad laboral reforzada en la relación empleador – empleado prepensionado*.

Para lograrlo, se optó por usar la metodología de López Medina (2006), para el desarrollo de línea jurisprudenciales, abordando los diferentes puntos de vista desde el empleador, el empleado prepensionado y la aplicación del principio de ELR desde el momento que nació hasta el precedente vigente.

En conclusión, no sólo cumplir los requisitos dan para que se ampare la ELR al prepensionado, sino también se debe tener en cuenta la conexidad de otros derechos y la afectación al tercero frente al mejor derecho.

Palabras Clave: Derecho al trabajo, relación laboral, garantía laboral, prepensionado, solidaridad.

Abstract

In the employee-employer relationship, the weakest party is the one who sells their labor power, thus having to protect them, that is why, in order to make effective the protection of constitutional roots that art. 12 of the CP professes, it is necessary to land the principle of reinforced Labor Stability, a principle that complies with a double connotation of principle and law, the latter indicated by the Constitutional Court, and ratified by the Council of State. That is why, in order to develop this principle of the ELR, its coverage was expanded and it covered people who are about to retire, initially it only covers those who are in the process of transition. of the restructuring of the State in 2002, but it was extended to all people who met the requirements of missing three years to retire and who were public servants.

Reason for which it is necessary to explain the jurisprudential development of the Council of State regarding the principle of reinforced labor stability in the employer - pre-pensioned employee relationship.

To achieve this, it was decided to use the methodology of López Medina (2006), for the development of jurisprudential lines, addressing the different points of view from the employer, the pre-pensioned employee and the application of the ELR principle from the moment it was born until the prevailing precedent.

In conclusion, not only do they meet the requirements for the ELR to be covered by the pre-pensioner, but the connection of other rights and the effect on the third party against the best right must also be taken into account.

keywords: Right to work, labor relationship, labor guarantee, pre-pensioner, solidarity.

Tabla de contenido

Introducción	15
Problema de investigación	16
Planteamiento del problema.....	16
Formulación del problema	28
Justificación	29
Objetivos.....	31
Objetivo general.....	31
Objetivos específicos	31
Marco de referencia	32
Antecedentes	32
Marco teórico	38
Iusnaturalismo.....	38
Principios Generales del Derecho.....	38
Principios Constitucionales.....	39
Derechos Humanos	40
Derechos fundamentales	41
Derechos Innominados.....	41
Marco conceptual.....	43
Principio de estabilidad laboral reforzada.....	43
Derecho al trabajo	44

	8
Derecho a la igualdad.....	45
Principio de solidaridad	46
Derecho a la seguridad social	48
Conexidad	50
Reten social.....	51
Prepensionado.....	51
Marco normativo.....	53
Metodología	54
Tipo de estudio.....	54
Fuentes de información.....	54
Criterios de inclusión / exclusión.....	54
Métodos.....	54
Resultados.....	58
Línea jurisprudencial de ELR para empleados PREPENSIONADOS	58
Punto arquimédico de apoyo.....	58
Ingeniería reversa.....	60
La telaraña y los puntos nodales de jurisprudencia.	65
Obligaciones y eximentes del empleador en el marco de un vínculo laboral con una persona prepensionada	66
Obligaciones por parte del empleador en el marco de un vínculo laboral con una persona portadora de prepensionada.	67

Eximentes por parte del empleador en el marco de un vínculo laboral con una persona portadora de prepensionada.	70
Garantías y obligaciones del empleado prepensionado derivadas del principio de la estabilidad laboral reforzada.	71
Garantías del empleado prepensionado.	71
Obligaciones del trabajador prepensionado.	73
Aplicación del principio de Estabilidad Laboral Reforzada en personas prepensionadas.....	73
Conclusiones.....	78
Recomendaciones	79
Referencias bibliográficas.....	80
Anexos	84

Lista de figuras

Figura 1. Calidad de vida y efectos en el empleo en las personas próximas a pensionarse.	21
Figura 2. Los aportes al hogar de las personas mayores.....	24
Figura 3. Sujetos de especial protección por el amparo de Estabilidad laboral reforzada en Colombia.	43
Figura 4. Diferentes tipos de prepensionados en Colombia a quienes aplica la ELR.	52
Figura 5. Citaciones jurisprudenciales de Sentencia arquimédica del Consejo de Estado No. proceso 3487 de 2020 en primer y segundo nivel.....	55
Figura 6. Citaciones jurisprudenciales de Sentencia arquimédica Rad 2159313 de 2020 en primer y segundo nivel.....	58
Figura 7. Citaciones jurisprudenciales de Sentencia arquimédica R- 2146128 de 2019 en primer y segundo nivel.....	62
Figura 8. Nicho citacional para el desarrollo jurisprudencial del consejo de estado referente al principio de estabilidad laboral reforzada en la relación empleador – empleado prepensionado.....	63
Figura 9. Escenarios constitucionales derivados del derecho a la Estabilidad Laboral Reforzada en personas pre pensionadas.....	66
Figura 10. Telaraña de citaciones jurisprudenciales a partir de las sentencias de apoyo arquimédico	65

Lista de cuadros

Cuadro 1. Normas aplicables a la ELR en prepensionados	53
Cuadro 2. Ficha Análisis jurisprudencial Universidad Externado de Colombia.....	50

Lista de anexos

Anexo A. Análisis jurisprudencial de la Sentencia No. 25000-23-42-000-2016-05246-01(3487-18), Consejo de Estado del 22 de octubre de 2020.	84
Anexo B. Análisis jurisprudencial de la Sentencia No. 11001-03-15-000-2020-03829-00 (AC), Consejo de Estado del 08 de octubre de 2020.....	89
Anexo C. Análisis jurisprudencial de la Sentencia No. 76001-23-33-000-2019-00942-01 (AC), Consejo de Estado del 28 de noviembre de 2019.....	91
Anexo D. Análisis jurisprudencial de la Sentencia No. 11001-03-15-000-2019-03250-00(AC), Consejo de Estado del 14 de agosto de 2019.	96
Anexo E. Análisis jurisprudencial de la Sentencia No. 11001-03-15-000-2018-01930-01(AC), Consejo de Estado del 30 de mayo de 2019.....	100
Anexo F. Análisis jurisprudencial de la Sentencia No. 11001-03-15-000-2018-02044-01(AC), Consejo de Estado del 15 de noviembre de 2018.....	104
Anexo G. Análisis jurisprudencial de la Sentencia No. 11001-03-15-000-2018-00922-01(AC), Consejo de Estado del 26 de septiembre de 2018.	107
Anexo H. Análisis jurisprudencial de la Sentencia No. 05001-23-33-000-2017-02819-01(AC), Consejo de Estado del 21 de junio de 2018.....	111
Anexo I. Análisis jurisprudencial de la Sentencia No. 25000-23-42-000-2017-01934-01(AC), Consejo de Estado del 25 de enero de 2018.....	114
Anexo J. Análisis jurisprudencial de la Sentencia No. 15001-23-31-000-2011-00557-01(3889-15), Consejo de Estado del 18 de enero de 2018.....	118

Anexo K. Análisis jurisprudencial de la Sentencia No. 44001-23-33-000-2016-00157-01(AC), Consejo de Estado del 19 de octubre de 2017.....	122
Anexo L. Análisis jurisprudencial de la Sentencia No. 23001-23-33-000-2017-00294-01(AC), Consejo de Estado del 12 de octubre de 2017.....	125
Anexo M. Análisis jurisprudencial de la Sentencia No. 25000-23-37-000-2017-00498-01(AC), Consejo de Estado del 13 de septiembre de 2017.	128
Anexo N. Análisis jurisprudencial de la Sentencia No. 19001-23-33-000-2017-00254-01(AC), Consejo de Estado del 06 de septiembre de 2017.	131
Anexo Ñ. Análisis jurisprudencial de la Sentencia No. 66001-23-33-000-2017-00175-01(AC), Consejo de Estado del 23 de junio de 2017.....	133
Anexo O. Análisis jurisprudencial de la Sentencia No. 25000-23-25-000-2011-00985-01(1721- 13), Consejo de Estado del 08 de junio de 2017.	135
Anexo P. Análisis jurisprudencial de la Sentencia No. 13001-23-31-000-2011-00556-01(4728- 14), Consejo de Estado del 25 de mayo de 2017.....	138
Anexo Q. Análisis jurisprudencial de la Sentencia No. 88001-23-33-000-2016-00060-01(AC), Consejo de Estado del 20 de abril de 2017.	141
Anexo R. Análisis jurisprudencial de la Sentencia No. 66001-23-33-000-2016-00877-01 (AC), Consejo de Estado del 05 de abril de 2017.	143
Anexo S. Análisis jurisprudencial de la Sentencia No. 13001-23-33-000-2016-00640-01(AC), Consejo de Estado del 15 de diciembre de 2016.....	145
Anexo T. Análisis jurisprudencial de la Sentencia No. 44001-23-33-000-2016-00183-01(AC), Consejo de Estado del 24 de noviembre de 2016.....	149

Anexo U. Análisis jurisprudencial de la Sentencia No. 44001-23-33-000-2016-00076-01(AC), Consejo de Estado del 14 de abril de 2016.	152
Anexo V. Análisis jurisprudencial de la Sentencia No. 25307-33-33-001-2016-00028-01(AC), Consejo de Estado del 14 de julio de 2016.	155
Anexo W. Análisis jurisprudencial de la Sentencia No. 25000-23-25-000-2003-01394-01(2267- 07), Consejo de Estado del 15 de septiembre de 2011.....	158
Anexo X. Análisis jurisprudencial de la Sentencia No. 25000-23-25-000-2003-04222-01(0270- 09), Consejo de Estado del 30 de junio de 2011.	161
Anexo Y. Análisis jurisprudencial de la Sentencia No. 25000-23-15-000-2011-00266-01(AC), Consejo de Estado del 14 de abril de 2011.	164
Anexo Z. Análisis jurisprudencial de la Sentencia No. 11001-03-25-000-2007-00048-00(1013- 07), Consejo de Estado del 07 de abril de 2011.	167
Anexo AA. Análisis jurisprudencial de la Sentencia No. 47001-23-31-000-2004-00690-01(1345- 09), Consejo de Estado del 03 de febrero de 2011.....	170
Anexo AB. Análisis jurisprudencial de la Sentencia No. 25000-23-15-000-2010-01478-01(AC), Consejo de Estado del 29 de julio de 2010.	173

Introducción

La Constitución de 1991, en su título dos, de los derechos, las garantías y los deberes, contiene el capítulo primero, el cual contiene los derechos fundamentales de todo ciudadano Colombiano, este capítulo contiene el artículo 13, en el cual se compromete el Estado a proteger especialmente a las personas que por su debilidad manifiesta no puedan protegerse, razón por la cual durante la puesta en marcha de la Ley 790 de 2002, en donde se busca reestructurar el estado colombiano, fusionando, liquidando y fusionando tanto ministerios como departamentos administrativos, sociedades EICE, mixtas y entidades descentralizadas se tuvo en cuenta que dentro de estas empresas se encontraban vinculados unos servidores públicos que se encontraban próximos a pensionarse, razón por la cual, en aras de proteger a las personas vinculadas como servidores públicos al momento de la reestructuración, que le faltan tres años para adquirir el status de pensionado, se le protegiera con una estabilidad en el empleo, es decir una garantía llamada para el momento reten social, pero este apartado que quedó plasmado en el art. Doce de la Ley 790 de 2002, quedó corto para las vicisitudes que se presentarían al momento de las diferentes controversias por los casos en particular y los tipos de vinculación que para el momento de su desvinculación cada servidor público ostentaría, razón por la cual los órganos de cierre, en aras de amparar los derechos de los ciudadanos colombianos, vía jurisprudencial dieron las diferentes pautas para tratar cada caso en particular, generando reglas y subreglas mediante precedente jurisprudenciales.

Problema de investigación

Planteamiento del problema

Colombia como estado social de derecho, se encuentra bajo la Constitución Política de Colombia de 1991, en adelante CP, documento legal que establece los principios, normas y reglas que el Gobierno, colombianos y todos quienes se encuentren bajo su tutela deben cumplir, en esta se encuentra plasmados los Derechos fundamentales que buscan garantizar la dignidad humana de la población colombiana. Entre ellos, se encuentra el derecho al trabajo:

“(…) Artículo 25. El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.”

(Constitución Política de Colombia, 1991)

Sin embargo, por diferentes razones las personas, que se encuentran vinculada laboralmente, no gozan de manera efectiva de las garantías que la CP, brinda en el artículo anteriormente citado “dignas y justas”, ya sea por desigualdad de género, por discriminación por raza, religión, ideología o pensamiento o por alguna condición especial que disminuya al empleado presentándose una debilidad manifiesta.

Respecto a la debilidad manifiesta, esta se deriva del art, 13 del CP, donde el Estado se compromete a proteger a todas las personas que se encuentren en una circunstancia de debilidad que comprometa su estabilidad laboral, amparados en esta premisa por vía jurisprudencial la Corte Constitucional generó un principio innominado llamado Estabilidad Laboral Reforzada, dicho principio no sólo busca resarcir, si no también reintegrar su vínculo laboral, buscando así alcanzar condiciones laborales dignas y justas.

Hoy día, se tiene que la debilidad manifiesta se configura en mujeres en estado de embarazo, madres cabeza de familia, personas en situación de discapacidad, fuero sindical y prepensionados. en el entendido que la parte débil de la relación laboral es el empleado, el Estado quien debe garantizar la efectiva protección de sus administrados, por medio de las altas cortes ha desarrollado vía jurisprudencial en el principio de Estabilidad Laboral Reforzada, definida como:

“(...) la garantía que tiene todo trabajador a permanecer en el empleo y a obtener los correspondientes beneficios salariales y prestacionales, incluso contra la voluntad del patrono, si no existe una causa relevante que justifique el despido”

(Sentencia C-470, 1997).

Por lo anterior el legislador, crea la Ley 361 en 1997, en la que se regula la estabilidad laboral reforzada en personas en situación de discapacidad; ley etérea que no incluyo a los demás grupos que la Corte había incluido como sujetos de especial protección tales como pre pensionados, aforados sindicales y madres cabezas de familia, dichos sujetos deberían tener un tratamiento jurídico similar y con la misma relevancia que el fuero de maternidad, el cual brinda una especial protección (Ley 0361 de 1997, 1997).

Cinco años más tarde la ley 790 de 2002, en la que se expiden disposiciones para renovar la administración pública, en su Art, 12

“(...) Protección especial. 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.”.

(Ley 790, 2002)

Dicha ley dio apertura y nombre al grupo poblacional de las personas que estaban próximas a cumplir los requisitos de pensión de vejez o jubilación, los llamados prepensionados, a partir de ahí se empezaría a visibilizar los diferentes tópicos de los cuales las personas que se encontraban en estas mismas condiciones buscarían por medio de la vía jurisprudencial, se les conceda el derecho a la Estabilidad laboral Reforzada por ser prepensionado, tales como son los empleados públicos nombrados en carrera administrativa, provisionalidad y de libre nombramiento y remoción, debiéndose probar la conexidad con el derecho a la igualdad al ser todos ellos servidores públicos al servicio del Estado.

En este grupo de especial protección se encuentran las personas próximas a pensionarse, llamadas prepensionadas, grupo considerado como el eslabón débil en una relación laboral, esto debido a que

En América Latina los adultos mayores son retirados del mercado laboral con mayor frecuencia que los de otras edades, esto soportado por el artículo “Los adultos mayores y su retiro del mercado laboral en México”, en el que describen según un estudio de mercado realizado en México, que los adultos mayores buscan permanecer vinculados laboralmente, aun cuando ya cumplen con la edad de retiro, esto debido a diferentes aspectos tales como la prolongación de la esperanza de vida, los arreglos familiares que los incluyen como aportantes en el núcleo familiar, la falta de recursos económicos, la necesidad de proveer gastos adicionales

por el estado de salud de su conyugue o el mismo, por lo que demuestra que no es necesario que se cumpla con la edad de retiro para dejar de realizar una actividad económica que genere un ingreso al hogar, es decir por factores internos o externos hoy día los adultos mayores continúan trabajando. Lo anterior soporta la necesidad de mantener al adulto mayor vinculado al momento de acceder a una pensión (Román-Sánchez et al., 2019)

En cuanto al desempleo a partir de los 55, las oportunidades laborales se tornan casi nulas, según la fundación Adecco, “7 de cada 10 empleados mayores de 55 años cree que no podrá volver a trabajar nunca”. Adicionalmente el 90% de las personas que no consiguen empleo le endilgan a que no pueden emplearse por su edad, esto afectando además de su ingreso económico, su estado mental, adicionalmente las indemnizaciones dad por sus empleadores no son lo suficiente para mantener sus gastos mínimos de cotización al sistema de seguridad social y el mínimo vital, obligando así a este as personas a buscar un trabajo para suplir su derecho al mínimo vital y al SGSS (Fundación Adecco, 2017)

Así mismo el desempleo en la población mayor es un problema cada vez mayor ya que en los últimos 21 años se ha cuadruplicado el número de desempleados mayores a 55 años pasando de 349,8 a 560,1 millones, esto debido al reestructuración, fusión y liquidación de empresas en el sector privado y público (Fundación Adecco, 2017)

Sumado a lo anterior, el observatorio laboral de la Universidad del Rosario en informes anualmente presentados, describen la necesidad de proteger a los adultos mayores próximos a pensionarse, esto debido a que según la encuesta SABE realizada por el ministerio de salud en el año 2015, ha encontrado lo siguiente:

“(…) El 60% de las personas mayores de 60 años trabajan actualmente porque tienen necesidad de dinero, 13% para ayudar a su familia, 9.3% para mantenerse ocupado y 7,5% para sentirse útil. El 58% los hacen en ocupaciones informales de baja calificación, no reciben remuneración o es menos de un salario mínimo legal. Las condiciones de salud, de la población registraron que el 84% tiene más de una condición crónica de salud.”.

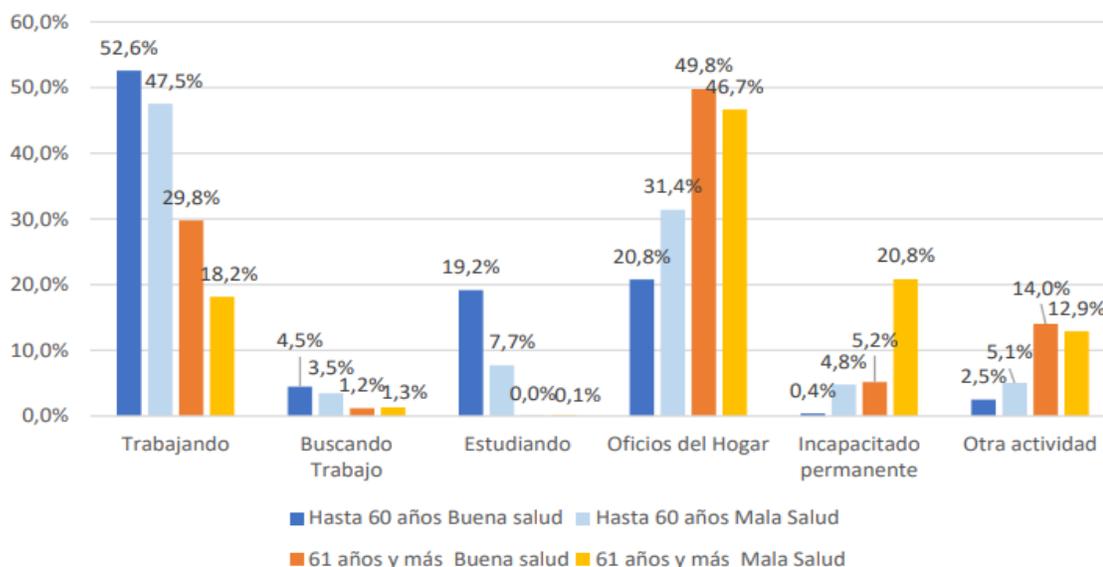
(Latorre et al., 2019)

Lo anterior demuestra el alto grado de desempleo que los adultos mayores presentan en Colombia, por lo que está demostrado que son un grupo de vulnerabilidad alto. Aunado a esto el informe del observatorio nos muestra que 30% de las personas próximas a pensionarse, en su edad adulta, se encuentran desempleados y buscan diferentes trabajos por necesidad, lo que nos muestra que no solo Colombia vive esta condición, si no también América Latina (Latorre et al., 2019)

Según la figura 1, la encuesta Nacional de Calidad de Vida (ENCV), realizada en el año 2017, describe que el 60% de las personas mayores a los 60 años, poseen enfermedades crónicas y que esto limitan la funcionalidad para seguir laborando, lo que esto demuestra que la calidad de vida de una persona próxima a pensionarse, es altamente afectada si se desvincula con su trabajo, pero que además la preexistencia de enfermedades dificultan el ingreso a un nuevo trabajo a este grupo poblacional por ser propenso a no cumplir a cabalidad el desarrollo laboral donde se vincule (Latorre et al., 2019)

Figura 1.

Calidad de vida y efectos en el empleo en las personas próximas a pensionarse.



Nota: Adaptado de Mercado laboral personas hasta 60 años vs. grupo de 61 años o mayores y percepción de salud, La Torre et al, 2019, Mercado laboral y salud en la tercera edad, dominio público.

Algo muy importante y decisivo que influye en la empleabilidad de este grupo poblacional, es la eficiencia y efectividad con la que desarrollaren sus empleos, dado que según el informe del observatorio laboral de la Universidad del Rosario, muestra que al tener este grupo un alto índice de enfermedades crónicas, aumentan la incapacidad y generan pérdidas en días laborados, lo que para el empresario que emplea una pérdida en la productividad de su empresa (Latorre et al., 2019)

Según el informe presentado por el Observatorio Laboral de la UR y las estadísticas anteriores se presentan algunas recomendaciones dadas para la empleabilidad a las personas próximas a pensionarse:

“(...) (i) algunas personas necesitan trabajar a pesar de sus condiciones de salud y preferirían no hacerlo si contaran con ingresos adicionales, (ii) otras desean trabajar para su estado de salud no se los permite. En el primer caso, es necesario reflexionar en cómo la sociedad puede ayudar a reducir la carga de aquellos para los cuáles su actividad laboral puede ir en detrimento de su salud, en la medida de las posibilidades fiscales y como se garantiza su acceso a servicios de salud. En el segundo caso, la tarea es buscar los medios para facilitar los ambientes laborales de forma que faciliten el acceso a los trabajadores que cuenten con limitaciones físicas, y considerar la flexibilidad en jornadas y lugares de trabajo”

(Latorre et al., 2019)

Así pues el mercado laboral para las personas mayores cada vez es más difícil, razón por la cual la Fundación Saldarriaga y Concha (2017), en su trabajo “ El mercado laboral y las persona mayores”, describe como el desempleo en las personas mayores de 60 años, Rango de edad en el que se encuentra la personas próximas a pensionarse, son altas en relación con la tasa de desempleo total, lo que demuestra que tan preocupante es el desempleo en las personas adultos mayores, de igual manera el análisis demostró que el sexo femenino es el mayor afectado, ya que es quien presenta la más alta tasa de desempleo, esto debido al fracaso en la búsqueda de empleo, y la ansiedad por generar ingresos, lo que las conlleva a aceptar empleos de forma informal y mal remunerados (Martínez Restrepo et al., s. f.)

Aunado a esto, la no desvinculación de las personas próximas a pensionarse es necesaria debido a que ellos según el anterior informe, aportan no solo de manera significativa en sus hogares, sino también otros miembros de sus familias más jóvenes dependen de ellos, así como el artículo lo describe:

“(…) Las personas de 60 años o más contribuyen con los gastos del hogar de diferentes formas. En todos los rubros, por lo menos el 24 % de las personas mayores paga en su totalidad el costo de ese rubro en particular; es decir, que son los únicos que aportan a ese gasto: el 24 % de las personas mayores asume todos los gastos de la vivienda; un 34 % costea los gastos de la ropa de los miembros del hogar; un 29 % asume la totalidad del costo de la comida y un 37.2 % corre con la totalidad de los gastos de transporte o paseos. De igual forma, por lo menos el 18 % de las personas mayores paga parcialmente los gastos de cada rubro: un 30 % asume en parte los gastos de comida del hogar y un 24.2 % los gastos médicos. Cabe resaltar que casi una cuarta parte Ingreso alto Ingreso medio 80% 60% 40% 20% 0% Empeoró Mejoró Sigue igual Ingreso bajo 63 El mercado laboral y las personas mayores de las personas mayores costea la totalidad de los gastos de vivienda, si bien no son los principales aportantes: el 27 % afirma que alguien más asume esos gastos y el 28 % manifiesta que no hace ese gasto”

(Martínez Restrepo et al., s. f.)

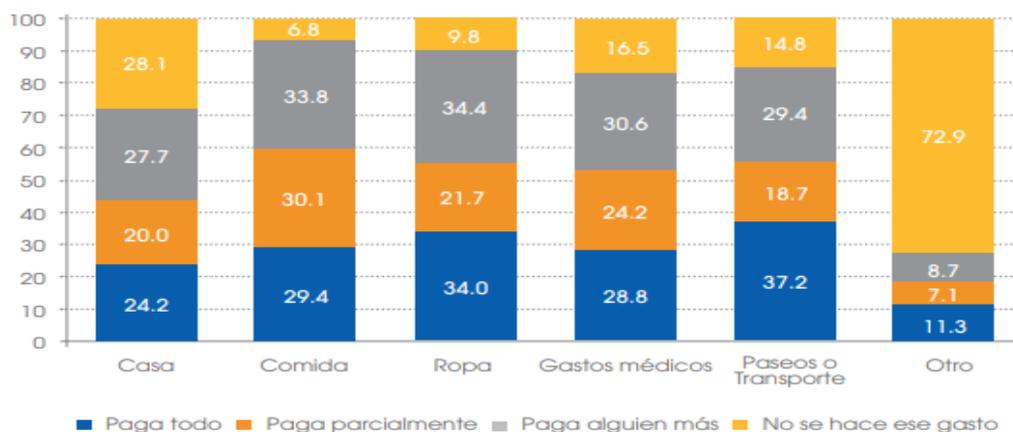
Adicionalmente según estudios de la OCDE, en Colombia el 31% de las personas próximas a pensionarse laboran, lo que es preocupante con la tasa del 10% a nivel mundial en la cual se debería estar, teniéndose esta como alta, adicionalmente el estudio demuestra que son las personas de género masculino y que viven solos, poseen un nivel de economía bajo. Razón por la cual al no encontrar trabajo, da paso esto a la informalidad en las personas mayores de 60 años,

este campo no solamente cubre a los que no han tenido un trabajo formal durante toda su vida, sino también a las personas que al estar próxima a pensionarse ha sido desvinculado por diferentes motivos (Martínez Restrepo et al., s. f.)

En la figura 2, se muestra que en los hogares colombianos donde existe un Adulto mayor activo laboralmente, su aporte es significativo en todos los ámbitos del hogar, tales como en el arriendo, la comida, el vestuario, los gastos médicos, el transporte de los habitantes de ese hogar y hasta para sufragar otros gastos no esenciales.

Figura 2.

Los aportes al hogar de las personas mayores.



Nota. Adaptado de aportes de personas hasta 60 años vs. grupo de 61 años o mayores, La Torre et al, 2019, Mercado laboral y salud en la tercera edad, domino público.

Con relación a este grupo en condición de vulnerabilidad, se ha venido presentando un desarrollo jurisprudencial al principio de Estabilidad laboral reforzada en personas próximas a pensionarse, que en principio venia aplicado solo a los servidores públicos, pero el máximo

órgano de cierre extendió la protección a los empleados del sector privado, esto a razón del principio de igualdad entre empleador y empleado (Galeano Romero, 2019)

En dicha Sentencia la Corte aplica el derecho a la igualdad en servidores públicos y privados, para los cuales se deben extender el principio de Estabilidad laboral reforzada:

“(…) El trato diferencial entre similares afecta el derecho a la igualdad, excepto cuando se trata de personas de especial protección, dadas las circunstancias en que se encuentran, por lo tanto, es obligación del Estado materializar dicho derecho respecto de las personas que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, propiciando la implementación de medidas que procuren sus necesidades esenciales”.

(Sentencia T-638, 2016)

Así pues la aplicación efectiva de la Estabilidad laboral reforzada a personas próximas a pensionarse se han realizado investigaciones en cuanto a cómo las entidades liquidadas en el marco de la ley 790 de 2002, garantizaron la especial protección a sus empleados encontrando que las entidades no han garantizado la protección de manera efectiva y sin vulnerar los derechos conexos al empleado de la entidad (Ballesteros Cadena, 2014)

Sin duda alguna resolver el problema es importante, ya que desde la sanción de la ley 790 de 2002 y una posterior reglamentación en el 2003, no se ha presentado un verdadero desarrollo por parte del legislativo en los últimos 18 años, las reglas y subreglas generadas al tema han sido vía jurisprudencial, siendo así la única forma de buscar ser amparado por la Estabilidad laboral Reforzada.

Además de encontrar toda la evolución y reglamentación de los diferentes escenarios en donde aplica la protección especial a los prepensionados es un aporte importante en el campo

académico, ya que la tesis resultada de esta investigación será un documento de consulta para los abogados en general y los con énfasis en Gobierno y políticas públicas.

Además, frente al tema pertinente de la investigación se han realizado diferentes proyectos como “de la estabilidad laboral reforzada: un estudio jurisprudencial sobre esta institución jurídica y los mecanismos para garantizar este derecho”, la cual fue desarrollada por Boada (2015), en la cual busca por medio de una línea jurisprudencial, ubicar los fallos que la Corte Constitucional emitió para dar vida, al principio de estabilidad laboral reforzada, y como este, mediante diferentes fallos se ha consolidado en su aplicación, adicionalmente se describe los mecanismos usados para buscar la protección real y efectiva de esta protección laboral por parte del Estado (Peñaranda Boada, 2015)

Por otra parte, se ha investigado en esta línea la aplicación del principio no solo en los servidores públicos, sino también en los trabajadores privados, en su trabajo Tapias, Restrepo (2017), la “Estabilidad Laboral Reforzada en trabajadores privados prepensionados” parte del principio de ELR originalmente dado para los servidores públicos en el marco del Plan de Renovación de la Administración Pública, en la Ley 790 de 2002, y como se tomó a partir de ahí para todos los servidores que se encontrasen en esas condiciones, y vía jurisprudencial como se extendió este beneficio a todos los servidores públicos vinculados con el Estado, que no se encontrasen en el marco del plan anteriormente descrito (Restrepo Uribe & Tapias Arango, 2017)

Entendido esto, La Corte Constitucional vía interpretación jurídica, extiende en el año 2016, la protección a los trabajadores privado, argumentando que el principio y derecho a la igualdad debía ser aplicado a este grupo de personas que se encontraban vinculadas en el marco

de un vínculo laboral con el sector privado y que cumplieren los requisitos para ser sujetos de especial protección (Restrepo Uribe & Tapias Arango, 2017)

Otras investigaciones se han enfocado en encontrar el amparo a los exservidores públicos que fueron desvinculados en planes de reorganización de entidades del Estado y que cumplieren los requisitos para ser prepensionados, tales como la desarrollada por Ballesteros (2014), “*Protección especial para prepensionados de entidades liquidadas en vigencia de la Constitución Política del 1991*”, esta investigación busco extender el beneficio de manera retroactiva a la sanción de la Ley 790 de 2002, sustentado en la afectación de los derechos de igualdad, seguridad social y dignidad humana, teniendo como sustento un fallo de la Corte Constitucional, donde dejan al arbitrio de un juez constitucional sea el caso el amparo o no amparo de la protección a exservidores públicos que hallan cumplidos los requisitos, vinculados a una entidad descentralizada, todo esto a la luz de la Constitución Política de Colombia (Ballesteros Cadena, 2014)

Por lo anterior, se hace necesario responder la pregunta de investigación: ¿Cuál ha sido el desarrollo jurisprudencial del Consejo de Estado referente al principio de estabilidad laboral reforzada en la relación empleador – empleado prepensionado? Esperando que esta investigación genere información objetiva, relevante y valiosa, tanto para el empleador, el empleado PREPENSIONADO, como gobernantes y/o los que devenguen la toma de las decisiones en un ente territorial, departamental o nacional puedan consultar y utilizar a bien los resultados encontrados, bien sea porque se encuentran a punto de generar un concepto, una consultoría o incluso sea ponente de una ley o política pública.

Formulación del problema

¿Cuál ha sido el desarrollo jurisprudencial del Consejo de Estado referente al principio de estabilidad laboral reforzada en la relación empleador – empleado prepensionado?

Justificación

Actualmente, el desarrollo normativo en Colombia, por parte del legislativo frente a sancionar una ley que regule de manera efectiva la protección a las personas próximas a pensionarse es poca, y las existentes no cubren todas las formas de vinculación laboral que hoy día se presentan. Debido a estos vacíos normativos la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, en aras de garantizar la protección a este grupo, ha reglado vía jurisprudencial cada caso.

Por otra parte, esta investigación es pertinente debido a que se busca, por medio de la metodología de línea jurisprudencial, identificar de manera exacta, las subreglas que rigen un vínculo laboral entre empleador y empleado prepensionado, con relación al rompimiento de la relación laboral, y lo que esta terminación conlleva a las partes.

Para finalizar, se busca que esta investigación sea de gran utilidad, tanto para los empleados, como para los empleadores, en la medida ya que se les brinda un insumo en el cual pueden consultar, al momento que se les presente una situación donde deban tomar decisiones al momento de ver venir un rompimiento inminente en la relación laboral, esto cuando el empleado sea prepensionado y este bajo el posible amparo de una Estabilidad Laboral reforzada. De la misma forma, se espera que, este documento sea fuente de revisión para empleadores, empleados, profesionales del derecho, Entidades estatales, entes territoriales, asesores, consultores y personas encargadas de desarrollar políticas públicas, teniendo en esta investigación un insumo con información verídica, relevante y organizada, la cual ofrece una guía de las implicaciones, que puedan presentarse al tomar la decisión de desvincular un empleado próximo a pensionarse y que cumpla con los requisitos para ser una persona de

especial protección, así como quien es despedido y por desconocer las reglas que apliquen a su caso, pierda el derecho que le asista.

Con relación, a los profesionales en derecho, se espera que esta investigación sirva como herramienta de consulta para construir, una teoría del caso sólido, configurando así una apropiada estrategia de defensa; construida a partir de argumentos jurídicamente legítimos con base a un precedente jurisprudencial vinculante, que el juez al momento de tomar la decisión no pueda deslegitimar, ni apartarse de él. Obligando así a que el operador de justicia incorpore el precedente vertical en su decisión y así tener un fallo positivo.

Objetivos

Objetivo general

Explicar el desarrollo jurisprudencial del Consejo de Estado referente al principio de estabilidad laboral reforzada en la relación empleador – empleado portador prepensionado.

Objetivos específicos

Identificar las obligaciones y Eximentes del empleador en el marco de un vínculo laboral con una persona prepensionada.

Relacionar las garantías y obligaciones del empleado prepensionado derivadas del principio de la estabilidad laboral reforzada.

Describir la aplicación del principio de estabilidad laboral reforzada en personas prepensionadas.

Marco de referencia

Antecedentes

En relación con los antecedentes del problema de investigación, Boada (2015), en su estudio “de la estabilidad laboral reforzada: un estudio jurisprudencial sobre esta institución jurídica y los mecanismos para garantizar este derecho”, tuvo como base de desarrollo la metodología de Eduardo López Medina, y como criterio de inclusión, los fallos de sentencia en sede tutela de la Corte Constitucional, esto con el fin de encontrar el nacimiento y cambios a través de los años de la protección especial a las personas con un vínculo laboral, y que se encuentren en estado de debilidad manifiesta, buscando garantizar la estabilidad en el empleo de dichas personas.

Aunado a lo anterior, el autor tomó como referente teórico y fundamento de su investigación el Derecho al trabajo, este como precepto de protección constitucional plasmado en el Art, 25 de la CP, el cual expresa que “toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”, aplicando de esa manera el principio supraconstitucional de estabilidad laboral, a partir de este fundamento el investigador dio respuesta al problema de investigación planteado, definiendo tres pilares, el primero: buscó establecer las nociones generales de la Estabilidad Laboral reforzada y sus clases, en el segundo desarrollo la línea jurisprudencial de las mismas y tercero, describió el mecanismo utilizado para garantizar dicha protección (Peñaranda Boada, 2015)

Adicionalmente Boada (2015), en su último capítulo menciona el mecanismo por el cual se busca proteger a las personas con ELR; dicho mecanismo se encuentra consagrado en el Art, 86 de la CP, en donde reza

“(…) Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad”

(Constitución Política de Colombia, 1991)

Mediante el uso de la acción descrita, se busca que el expleado, primero se reintegre al empleo, si es posible, segundo se le pague el dinero que no percibió durante el tiempo que estuvo desvinculado y tercero, la empresa tome las medidas necesarias para que su desempeño sea digno y optimo (Peñaranda Boada, 2015).

Como conclusión Boada (2015), expresa que la ELR es un derecho y principio que la Corte Constitucional ha otorgado a las personas con condiciones especiales, que les otorgan un trato de carácter especial, y que a su vez por medio de la jurisprudencia se han establecido diferentes clases de personas que por su condición son objeto de esta protección. Adicionalmente estos grupos protegidos no pueden ser objetos de discriminación por su condición, por parte del empleado, razón adicional que fortalece el trato digno a dichas personas en estado de vulnerabilidad, adicionalmente la Corte como garante de los derechos de las personas en Colombia, por medio de sus pronunciamientos, ha dado un mayor alcance y valor a la normativa vigente en materia de la ELR (Peñaranda Boada, 2015).

Por otra parte, se tiene como antecedente la investigación “Estabilidad Laboral Reforzada en trabajadores privados prepensionados”, realizada por Tapias, Restrepo (2017), que parte de un enfoque Iusnaturalista del derecho, donde la persona humana concibe unos derechos inherentes a

ella al momento de su sola existencia, y que además deben ser protegidos por el ordenamiento jurídico.

Para dar respuesta al problema de investigación, el autor partió de la doctrina probable emanada a través de sus fallos por la Corte Constitucional, en la cual amplían el amparo de la ELR dado a las personas próximas a pensionarse vinculadas con el sector público, sino también a personas empleadas en el sector privado, dicho amparo se da por la aplicación del derecho a la igualdad, razón por la cual dicho pronunciamiento abrió la puerta a todos los trabajadores que cumplan con los requisitos para ser catalogado como prepensionado y se encuentren en virtud de un contrato de trabajo (Restrepo Uribe & Tapias Arango, 2017)

Para encontrar el desarrollo jurisprudencial de este grupo amparado y como se llegó a extenderse a personas prepensionadas del sector privado, se utilizó la metodología de línea jurisprudencial, que arrojó como resultado, que la Corte en sus fallos tenía una concepción de la no discriminación a los trabajadores de este sector, debido a que existen otras vías ordinarias para reclamar sus derechos laborales, pero solo fue hasta el 2016, mediante la sentencia T-638 del 2016, donde existió un replanteamiento de la tesis anteriormente explicada, ya que la negación de estos derechos a este grupo poblacional vulnerable, si discrimina, esto con relación a otros derechos como el acceso a la seguridad social y la pensión, cambiando su concepto y fallando de manera favorable a las personas próximas a pensionarse del sector privado (Restrepo Uribe & Tapias Arango, 2017)

Existen investigaciones enfocadas a casos precisos, que relacionan empresas y el deber de aplicar a sus servidores públicos la protección especial a los prepensionados en el marco del Plan de Reorganización de la Administración Pública Ballesteros (2014), denomino esta como “ la

afectación del derecho fundamental a la seguridad social por conexidad con la dignidad humana de los exempleados públicos y extrabajadores oficiales de las extintas ALCO LTDA, CFT y Zonas Francas y la consecuencial aplicación extensiva de la protección especial constitucional denominada *retén social* a aquellos que ostenten la calidad de prepensionados pertenecientes a las mencionadas entidades liquidadas en vigencia de la Constitución Política de 1991”

Por otro lado el Plan de Reorganización de la Administración Pública (PRAP), realizado a las entidades descentralizadas del sector público, en el marco de la Ley 790 de 2002, generó un impacto de gran magnitud a los exservidores públicos que al momento de ser liquidadas las entidades, estuvieran próximos a pensionarse, afectando así sus derechos fundamentales a la dignidad en conexidad con la seguridad social, en razón a lo anterior el autor realizó un análisis dogmático y jurídico, con el fin de validar su hipótesis “La protección especial al prepensionado en virtud de la Constitución Política de 1991 debe trascender el límite temporal de la implementación del PRAP (Ley 790 de 2002)” de ahí los exservidores públicos gozaran de manera efectiva de la aplicación del retén social según la Ley (Ballesteros Cadena, 2014)

Respecto al referente teórico usado por el autor, este se enmarca en la teoría de derechos fundamentales del autor Robert Alexy, en el que da fuerza al concepto de derecho fundamental social, más precisamente el derecho a la seguridad social y su conexidad con el derecho fundante en el cual se basa la Constitución Política la dignidad humana, esta relación la define Ballesteros (2004), así:

“(…) El derecho de la seguridad social según lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Política de 1991, en virtud del cual se garantiza el mínimo vital de los exempleados públicos y extrabajadores oficiales de las extintas CFT y Zonas Francas, es un derecho social

fundamental, el cual a juicio de la Insigne Corporación Constitucional se encuentra ligado al principio de la dignidad humana del Estado social de derecho colombiano, y por lo tanto, merecería amparo”

(Ballesteros Cadena, 2014)

Por lo anterior en autor en los capítulos de su Investigación busca sustentar con argumentación jurídica del jurista Robert Alexy la conexidad entre el derecho a la igualdad, la dignidad humana y la seguridad social, esto con el fin de validar su hipótesis anteriormente descrita.

Como resultado del análisis jurídico argumentativo, el autor sustenta mediante fallos de la Corte Constitucional, el carácter fundamental a los derechos de primera, segunda y tercera generación, esto sin distinción alguna, lo anterior expresado por la Corte así:

“(…) Se conectan de manera directa con los valores que el constituyente quiso elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución”

(Corte Constitucional de Colombia, 2013)

Por lo anterior la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en su interpretación y alcance entiende que los derechos sociales llamados de segunda generación, pueden alcanzar el carácter de fundamental, en el entendido de que se probare la conexidad con un derecho humano supra (Ballesteros Cadena, 2014)

Respecto al caso concreto de la investigación del alcance a los exservidores públicos que cumplen con la calidad de prepensionados y que las entidades a donde pertenecían fueran liquidadas antes del PRAP, el investigador expresa que el amparo puede darse de manera retroactiva a la entrada en vigor de la Ley 790 de 2002, dado la expresión siguiente:

“(…) Protección jurídica a las personas próximas a pensionarse, tanto las que sirven en entidades públicas afectadas por el Plan de Renovación de la administración Pública –en adelante PRAP-, como aquellas vinculadas con entidades no incluidas en este programa”

(Corte Constitucional de Colombia, 2012)

En síntesis los servidores públicos con la calidad de prepensionados pueden ser amparado por la protección especial, siempre que los declare un juez constitucional, de igual manera el autor hace un llamado al legislativo para que en próximas oportunidades al legislar sobre la materia, contemple todos las posibles circunstancias y vicisitudes que llegasen a presentarse (Ballesteros Cadena, 2014)

A modo de cierre, la investigación el “Desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional referente al principio de estabilidad laboral reforzada en la relación empleador – empleado portador de VIH/SIDA”, ha utilizado como herramienta metodológica la línea jurisprudencial, como medio para hallar las debilidades y fortalezas que se producen entre los extremos de la Litis, en el marco de la protección de la ELR, razón por la cual se tiene en cuenta que el proceso de esta investigación ha sido avalado (Rodríguez et al., 2019)

Marco teórico

Iusnaturalismo

Respecto al Iusnaturalismo como doctrina, establece que los seres humanos poseen derecho *per se*, los cuales son de carácter universal, inherentes e intrínsecos a la persona, estos no dependen de su reconocimiento por norma positiva creada por el Estado, ni que provengan de una fuente formal para su validación, todo esto por su superioridad y origen preexistente a todo derecho que la sociedad haya establecido (Marcone, 2005)

Por lo tanto, el derecho natural, ha antecedido al derecho positivo, según diferentes teóricos del tema, tal como lo definen a continuación:

“(...) El iusnaturalismo supone la existencia de un derecho trascendente y anterior al derecho positivo. Derecho que, bajo la sombra de la razón, de la naturaleza, o de Dios, es asumido como el único orden regulador de validez universal, al que los hombres, guiados por la "recta razón", pueden aspirar”

(Marcone, 2005)

Por otro lado el Iusnaturalismo percibe su origen de carácter divino y espiritual, por lo que es criticado fuertemente por la necesidad tener claro, en qué y cómo se establece lo que es y no justo, bueno y universal, arriesgando así, a constituir normas que resulten peligrosas para la sociedad, justificadas estas en el orden de lo divino e intrínseco del ser humano (Marcone, 2005)

Principios Generales del Derecho

El derecho como forma de regulación social, a través de la historia ha desarrollado algunas creencias y reglas universales que contienen elementos de justicia, dichos elementos han sido ampliamente desarrollados por la jurisprudencia y la doctrina en la resolución de casos

concretos y producción teórica, como resultado de esta concreción conceptual nacen los Principios Generales del Derecho (PGD) (Canales, 1989)

De ahí que los PGD, sean una fuente importante para el derecho , de manera que más allá de ser un instrumento utilizado para que se cumpla el fin de la justicia, son preceptos que buscan garantizar que la parte vulnerada se le reconozca una protección, respecto a cada caso en concreto, (Cambronero Torres, 2019)

Por consiguiente, los PGD poseen el carácter de derecho positivo, solo desde el momento en que son incorporados por una institución mediante un acto del poder legislativo o de manera jurisprudencial, gozando a partir de ese momento de protección procesal, es por eso que las constituciones o marcos jurídicos de los países, incorporan los principios en los encabezados de sus normas, de esta forma se positivizan (Canales, 1989)

Principios Constitucionales

Las constituciones se cimientan en la pincipialística jurídica como base estructural para la redacción de su articulado, es decir que de manera intrínseca el espíritu de cada norma jurídica debe contener la aplicación de un PGD, buscando así cumplir con su principal finalidad, la concreción de un concepto abstracto con un sentido de justicia (Cambronero Torres, 2019).

De igual forma los principios plasmados en una constitución, forman un conjunto homogéneo, a rango de supremo valor normativo en el contexto del ordenamiento jurídico, llamándose así principios constitucionales, los cuales tienen una fuerza vinculante y predominante sobre cualquier norma jurídica que en ella se encuentre, pero no solo los principios positivizados a rango constitucional son los únicos, ya que de igual manera como fuente del derecho, la jurisprudencia en casos concretos por medio de sus sentencias, crea principios

constitucionales, los cuales son vinculantes de forma horizontal por la jurisdicción, pero además estos órganos de cierre, están facultados para hacer un llamado al poder legislativo a positivizar un principio desarrollado por ellos (Canales, 1989)

Derechos Humanos

Toda persona al momento de nacer adquiere la titularidad de unos derechos que según el Iusnaturalismo son inherentes a él, estos derechos tienen unas características como la *universalidad*, es decir toda persona viviente en el mundo es titular sin excepción, su *inviolabilidad*, esto significa que no solo las personas, sino también los Estados deben respetarlos, son *imprescriptibles*, dado que, no hay límite de tiempo en el que se puedan perder, además son *inalienables*, en la medida que por ningún se puede renunciar a ellos, *indivisibles* porque no se distingue entre estratos o clases sociales; por último y no menos importante la característica de los Derechos Humanos en adelante DH, más importante es su estado de *absoluto*, debido a que no están en la cima de cualquier norma existente y su límite depende del derecho a la dignidad de otra persona (López-Vargas et al., 2018)

Por lo anterior, los DH adquirieron la connotación de carácter internacional, solo hasta la promulgación de la *Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)*, donde fueron elevados a la supranacionalidad, esta declaración se dio por el trabajo mancomunado entre estados, que buscaban edificar el orden social en el mundo. Gracias a tres elementos los DH se han desarrollado en generaciones, desde el inicio de los Estados sociales de derecho y la Constitución como carta magna de los mismos, dividiéndose así: los de primera generación, que incluyen derechos civiles y políticos como la vida, la justicia, la libertad y la igualdad; los de segunda generación que buscan agrupar los derechos sociales y económicos, como la seguridad social, el

trabajo y la salud; de tercera generación que buscan la protección del medio ambiente, al libre desarrollo de la personalidad y al consumidor (López-Vargas et al., 2018)

Derechos fundamentales

Desde la *Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)*, el Iuspositivismo, presentó una crisis, en su concepto de Derecho, definido este como el conjunto de principios y normas jurídicas que rigen una sociedad, por lo que una nueva vertiente jurídica llamada neo-naturalismo, estableciendo que el derecho no solo debe tener normas positivizadas creadas por el la realidad social, si no también normas naturales que son normas inherentes a la persona (Canales, 1989)

La positivización de los DH, permitió la génesis de los Derechos Fundamentales, reconociendo facultades jurídicas a personas, creando una relación entre quien es titular de un derecho, el destinatario del mismo y la facultad jurídica que se atribuye, por ende un Derecho Fundamental se categoriza como de primera generación, como la vida, la libertad, la integridad, todos estos inherentes a la persona, los cuales se desprenden del derecho natural, vertiente teórica del Iusnaturalismo que expresa que todas las personas tenemos derechos preexistentes que vienen de la naturaleza humana (López-Vargas et al., 2018)

Derechos Innominados.

Los Derechos Humanos no positivizados, carecen de la categoría de Derechos Fundamentales, pese a ello, estos tienen una conexidad tal con la dignidad humana, que permiten a instituciones de carácter constitucional, desarrollarlos mediante, la ponderación de principios, consolidando así un sólido argumento que desarrolle una subregla, que permita por irradiación

del principio de la dignidad humana, el amparo de un derecho humano no positivizado, el cual es necesario para una libre realización de la vida de la persona (López-Vargas et al., 2018)

La Constitución Política de Colombia en su Art, 94

“(…) La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.”.

(Congreso de Colombia, 1991)

Es así que desde la Constitución política de Colombia, se abre la puerta a la enunciación de DH no positivizados, ya sea mediante un órgano legislativo que lo positivice, o por la Corte constitucional vía jurisprudencial (López-Vargas et al., 2018),

Marco conceptual

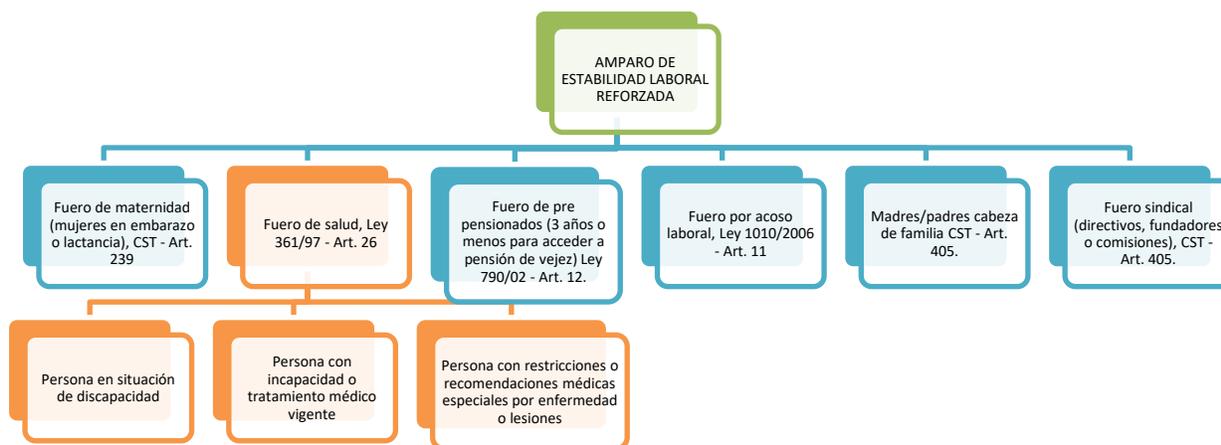
A la luz del referente teórico propuesto para esta investigación, se tuvieron en cuenta las siguientes acepciones:

Principio de estabilidad laboral reforzada.

Si bien es cierto el principio no se encuentra positivizado en la Constitución, lo que ha llevado a la Corte Constitucional como órgano competente, a desarrollarlo mediante un análisis a los derechos humanos derivados de la dignidad de la persona que se encuentra en un empleo, buscando proteger al empleado como parte débil de la relación laboral, mediante una protección especial, que se materializa en la conservación del empleo, solo si este se encuentra en un caso específico de debilidad manifiesta, como lo demuestra la figura 3, para esta investigación los prepensionados (Peñaranda Boada, 2015).

Figura 3.

Sujetos de especial protección por el amparo de Estabilidad laboral reforzada en Colombia.



Nota. Elaboración propia

La corte Constitucional en su competencia jurisdiccional de interpretación de las normas y aplicación de los principios generales del derecho define a la ELR así:

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

(Corte Constitucional de Colombia, 1997)

Derecho al trabajo

Según De la Cueva (2020), este derecho emerge por la necesidad de reglar las relaciones laborales entre quien posee los medios de producción y quien vende su fuerza de trabajo a los dueños de esos medios, que de forma continua y desmedida explotaban a las personas subordinadas a ellos, de ahí que el derecho al trabajo se creara con un fin primordial, La protección y reivindicación de una clase trabajadora (Cueva, 2020)

Esta concepción iusnaturalista, da como el eslabón débil de la relación laboral al trabajador, quien es el subordinado, que en la época donde dicha relación pasa del taller a la fábrica, lugar donde emerge las injusticias en los horarios laborales, el trato a quien presta su fuerza de trabajo “empelado” y sobre todo la inexistencia de una justa causa para terminar el vínculo creado de forma escrita o verbal entre las partes, es decir la concepción del derecho al trabajo tiene un tinte humanista, donde se tiene prelación la clase trabajadora (Cueva, 2020)

Por otro lado existe una concepción del origen del derecho al trabajo, la cual se centra en la dignidad del ser humano como sujetos de derechos, el cual demandaba un trabajo mediante el cual se utilizara como instrumento para vivir una vida digna de ser vivida, buscando así mejores condiciones laborales para el trabajador, estabilidad en su empleo, una remuneración salarial proporcional a su fuerza de trabajo y jornadas laborales adecuadas de cumplir (Cueva, 2020)

Derecho a la igualdad

El derecho a la igualdad tiene una concepción de derecho humano, con raigambre constitucional y partiendo que es la base de un Estado de carácter constitucional, donde todas las personas que existan bajo la cobertura de la norma supraconstitucional nacen libres e iguales en derechos, lo que precede a un trato no diferenciado, en la CP de Colombia este derecho se ha plasmado en su Art, 13 así:

“(...) Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.”.

(Congreso de Colombia, 1991)

El anterior artículo no solo legitima el derecho y la obligación del Estado en garantizarlo, sino además mejora la creencia en sus instituciones y su efectividad en cumplir la no discriminación, esto por medio de acciones que disminuyan circunstancias que promuevan la desigualdad, además su reconocimiento en la normativa jurídica de un país, permite a las personas exigir respeto y obliga al legislativo a desarrollar una normativa creada a la luz del derecho, esto so pena a declararse inconstitucional, por ende a no sancionarse (La Torre, 2017)

El derecho a la igualdad, ha tenido un desarrollo teórico en los últimos años, concibiendo este, al ser humano como ser social y diverso, que debe ser tratado de forma igualitaria, garantizándole condiciones mínimas para llevar una vida digna (Urbano-Guzmán, 2014)

Principio de solidaridad

La solidaridad en el principio presente en todas las sociedades, mediante el cual se mantiene un status quo, en el convivir diario ente cada persona, este ayuda a diluir las necesidades propias de las personas, que de manera individual no logran satisfacer en su haber propio, este valor se logra de diferentes maneras ya se han por altruismo, filantropía, creencia o por motivo abyecto (Cañon Ortegón, 2017)

Este precepto base para un Estado Social de derecho, de raigambre constitucional, nació en Colombia desde su incorporación en la Constitución Política de 1991, para Cañón (2017), lo define así:

“(...) La solidaridad, entendida como aquella interacción que existe entre las personas y que demanda una acción llevada a cabo en forma conjunta, cuyas consecuencias les conciernen a todas, no puede limitarse a la simple interdependencia que existe objetivamente entre los hombres, sino que conlleva el sentimiento activo que se funda sobre ella, para constituirse en un

deber de asistencia mutua. De manera que no existe solidaridad auténtica sin el deseo de ser solidario, sin una voluntad de serlo. En el plan político se trata, entonces, de hacer vivir la solidaridad como un principio fundamental para la organización de la sociedad”

(Cañon Ortegón, 2017)

Razón por la cual este principio se entiende como una responsabilidad de carácter colectivo que debe cumplirse en las dos vías, la solidaridad como principio es aplicable en todos los ámbitos de desempeño en una sociedad, tales como el laboral, familiar y el jurídico, este precepto puede manifestarse de manera libre y espontánea por parte de una persona o de manera imperativa por el Estado, tal y como en el ámbito familiar, las obligaciones para con el conyugue y con los hijos, en el ámbito laboral el de los empleados y empleadores con el pago de las prestaciones sociales, adicionalmente este precepto tiene un valor inherente a la sociedad (Cañon Ortegón, 2017)

Para la Corte Constitucional el principio de solidaridad es definido así:

“(…) un deber, impuesto a toda persona por el solo hecho de su pertenencia al conglomerado social, consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo”. La dimensión de la solidaridad como deber, impone a los miembros de la sociedad la obligación de coadyuvar con sus congéneres para hacer efectivos los derechos de éstos, máxime cuando se trata de personas en situación de debilidad manifiesta, en razón a su condición económica, física o mental”

(Corte Constitucional de Colombia, 2014a)

Por lo anterior, La Corte Constitucional ha expuesto de amplia y suficiente el desarrollo de este principio en la jurisprudencia, expresando que todas las personas que se correlacionan

entre sí tienen esa carga de obligatoriedad en cumplir con el principio. Además, la Corte impone al Estado a desplegar el principio de solidaridad con sus administrados, en la medida que este busca satisfacer los derechos de los mismos,

“(…) El principio de solidaridad impone una serie de “deberes fundamentales” al poder público y a la sociedad para la satisfacción plena de los derechos. Por lo tanto, este principio se manifiesta como deber del Estado Social de Derecho a través de estos “deberes fundamentales” que en ciertos escenarios se refuerzan, cuando se trata de asegurar a sujetos en condiciones desfavorables, la protección de todas las facetas de sus garantías fundamentales. La Carta proyecta este deber de solidaridad, de manera específica, a partir de los mandatos constitucionales que establecen una obligación de especial protección para personas y grupos humanos en situación de vulnerabilidad y debilidad manifiesta, como las mujeres cabeza de familia (art. 43 CP), los menores de edad (arts. 44 y 45), las personas enfermas y discapacitadas (art. 47) y los ancianos (art. 46), entre otros”

(Corte Constitucional de Colombia, 2014a)

Derecho a la seguridad social

Con relación al derecho a la seguridad social, según la Corte Constitucional tiene naturaleza jurídica dual, es decir que cumple con dos condiciones, la primera como derecho fundamental y la segunda como servicio público, lo que significa que el Estado debe garantizar de forma directa y mediante mecanismos, la protección de las personas que ostenten este derecho (Corte Constitucional de Colombia, 2014b)

Además de lo anterior la corte también ha generado concepto referente a este derecho como el siguiente:

“(…) El concepto de “seguridad social” hace referencia a la totalidad de las medidas que propenden por el bienestar de la población en lo relacionado con la protección y cobertura de unas necesidades que han sido socialmente reconocidas, por ello, con respecto al contenido de este especial derecho, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General No. 19 destacó que: “El derecho a la seguridad social incluye el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar; b) gastos excesivos de atención de salud; c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo”

(Corte Constitucional de Colombia, 2014b)

El anterior concepto fue generado a partir del documento de observación general N. 19 del Comité de derechos Económicos, Sociales y Culturales en donde en su artículo 9 explican de manera clara y profunda el derecho a la seguridad social, en el establecen la importancia de la seguridad social, en la medida que con el cumplimiento de este, se garantiza la dignidad humana a los titulares del derecho, asimismo le dan la connotación de redistribución, explicando que al garantizar el derecho se reduce y mitiga las inequidades sociales y la pobreza en general (Comité de derechos económicos, sociales y culturales, 2007)

Finalmente, el Comité destaca el carácter internacional del derecho a la seguridad social y le da connotación de derecho humano citando la *Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948*, en su artículo 22 así:

“(…) Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social”

(Comité de derechos económicos, sociales y culturales, 2007)

Conexidad

De acuerdo con la Corte Constitucional los principios son cimientos de carácter axiológico sobre la cual recae todo el sistema jurídico de Colombia, razón por la cual ninguna norma o entidad Estatal, pueden ir en contravía de estos; De acuerdo con este postulado, la Corte dio la discrecionalidad a los jueces para establecer la efectividad de los Derechos a las personas y hacer efectivos estos por su conexidad con los principios y derechos fundamentales, en el siguiente texto lo expresa así:

“(...) Existe una nueva estrategia para el logro de la efectividad de los derechos fundamentales. La coherencia y la sabiduría de la interpretación y, sobre todo, la eficacia de los derechos fundamentales en la Constitución de 1991, están asegurados por la Corte Constitucional. Esta nueva relación entre derechos fundamentales y jueces significa un cambio fundamental en relación con la Constitución anterior; dicho cambio puede ser definido como una nueva estrategia encaminada al logro de la eficacia de los derechos, que consiste en otorgarle de manera prioritaria al juez, y no ya a la administración o al legislador, la responsabilidad de la eficacia de los derechos fundamentales. En el sistema anterior la eficacia de los derechos fundamentales terminaba reduciéndose a su fuerza simbólica. Hoy, con la nueva Constitución, los derechos son aquello que los jueces dicen a través de las sentencias de tutela”

(Corte Constitucional de Colombia, 1992)

Por lo anterior los jueces vía jurisprudencial han aplicado este postulado y en su discrecionalidad, han elevado principios y derechos innominados por conexidad al rango de fundamentales (Corte Constitucional de Colombia, 1992)

Reten social

Dicha figura, nació con la finalidad de proteger a las personas vinculadas con la administración pública y que estuvieran próximas a adquirir el status pensional, logrando con esta medida garantizar los derechos laborales de los servidores públicos, esto en el marco de la restructuración organizativa de las instituciones públicas, de la Ley 790 de 2002, en el sentido más estricto no se puede identificar como un requisito el retén social, impresa en la norma, si o más bien como una manifestación del estado, para usarse como mecanismo en la protección de los derechos de los trabajadores del sector público que están vinculados a la administración, durante los procesos de restructuración pública (Rocuts & Andrés, 2018)

Prepensionado.

En principio el termino se acuño con la sanción de la ley 790 de 2002 en donde se da una protección especial a los servidores públicos vinculados a la administración que estuvieran próximos a pensionarse y le faltaran tres años para tener la calidad de pensionado, esto fue plasmado en la ley así:

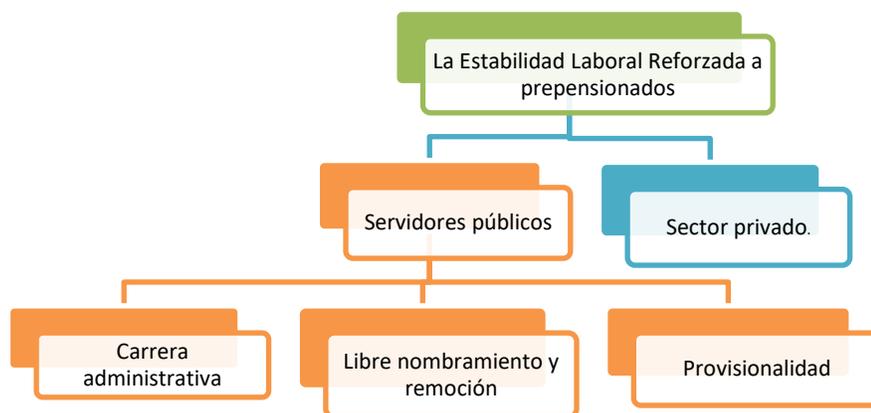
“(…) De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, 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”

(Ley 790. Congreso de la República de Colombia, 2002)

Este término por el derecho a la igualdad , se ha abierto a los diferentes tipos de servidores públicos como se demuestra la figura 4, donde se muestra que la ELR ha ampliado su ámbito de amparo a los servidores públicos de carrera administrativa , libre nombramiento y remoción y en provisionalidad, pero no solamente se quedó en las personas vinculadas con el Estado, vía jurisprudencia se ha ido más allá y se ha cubierto a los empleados el sector privado (Rocuts & Andrés, 2018)

Figura 4.

Diferentes tipos de prepensionados en Colombia a quienes aplica la ELR



Nota. Elaboración propia

Marco normativo

Cuadro 1.

Normas aplicables a la ELR en prepensionados

Numero	Tema
Art. 13, 42, 43, 44 y 48	Constitución política de Colombia
Ley 790 de 2002	Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades Extraordinarias al presidente de la República.
Decreto 190 DE 2003	En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial de las conferidas por el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política y la Ley 790 de 2002.
Ley 100 de 1993	Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.

Nota. Elaboración propia

Metodología

Tipo de estudio

El tipo de estudio de este trabajo se orientará a una percepción cualitativa, consistirá en una investigación básica partiendo del análisis documental, de manera descriptiva, por lo que se analizará información de carácter jurídico a través de una línea jurisprudencial.

Fuentes de información

Se tendrá como fuente de información la jurisprudencia del Consejo de Estado relacionada con el tema de Estabilidad Laboral Reforzada en personas prepensionadas.

Criterios de inclusión / exclusión

Se tendrá como criterios de inclusión, las providencias del Consejo de Estado en materia de tutelas, además se deberán tener los presupuestos facticos de acuerdo a los escenarios constitucionales de (López Medina, 2006), dichos escenarios deberán cumplir con ser controversias entre empleador y empleado (o ex empleado) y que la pretensión del accionante correspondiera a la protección emanada de la Estabilidad Laboral Reforzada por tener la calidad de prepensionado.

En contraste, como criterios de exclusión, se tendrá que fueran providencias de otra entidad o Corte diferente al Consejo de Estado y sentencias donde el vínculo laboral sea entre personas jurídicas o naturales del ámbito privado.

Métodos

Para identificar las obligaciones y eximentes del empleador en el marco de un vínculo laboral con una persona prepensionada y relacionar las garantías y obligaciones del empleado

con dicha calidad, se realizara de manera rigurosa una búsqueda activa en la relatoría del Consejo de Estado, en Google, en Vlex y otros buscadores jurídicos; de manera seguida, se tomara como base la metodología de construcción de la línea jurisprudencial, la cual se realiza mediante tres pasos: i) *La identificación del punto arquimédico*, ii) *ingeniería de reversa* y, iii) *la telaraña y los puntos nodales de jurisprudencia* (López Medina, 2006). Para identificar el punto arquimédico o de apoyo se seleccionara la o las sentencias más recientes posibles que cumpla los presupuestos facticos objeto de investigación y con los criterios de inclusión y con los escenarios constitucionales según metodología,(López Medina, 2006), Para el segundo paso de la ingeniería de reversa se estudiara la estructura de citas del punto arquimédico, de forma que se debe hacer una lista de las citaciones jurisprudenciales que las sentencias de apoyo contenga, con dicho proceder se podrá llegar hasta el tercer o cuarto nivel para darle así una profundidad al estudio de la providencia, encontrando así la providencia más citada, dicha sentencia será el nicho citacional, seguidamente se comprobara ese nicho citacional graficado mediante la telaraña y los puntos nodales que apunten a la sentencia hito (López Medina, 2006).

Para facilitar el análisis jurisprudencial, se extraerá y se recopilará la información de cada providencia, en un instrumento que resultará de la modificación de una ficha desarrollada por la Universidad Externado de Colombia. además, se clasificará las sentencias según el tipo las hito o fundadora de línea, modificadora, consolidadora y se elaborará un esquema gráfico que demostrará por medio de líneas, las relaciones secuenciales entre su génesis y subreglas.

Cuadro 2.

Formato análisis jurisprudencial Universidad externado de Colombia

Formato de análisis de sentencia	
Estudiante	
Nombre	
Fecha	
Curso	
Marco decisional (Ideas claras; frases cortas. Use viñetas)	
Identificación	
Número	Se trata del número con el que se identifica la sentencia. En las sentencias
Magistrado Ponente	Se trata del Magistrado que sustanció la decisión; quien le propuso a la sala que se tomara esa decisión. Se encuentra habitualmente con la sigla MP. Ejemplo: MP Humberto Sierra Porto.
Sala de Decisión	En el Consejo de Estado se toma la decisión por medio de una sentencia.
Aclaran el voto	Indique aquí cuál o cuáles magistrados aclararon su voto.
Salvan el voto	Indique aquí cuál o cuáles magistrados realizaron un salvamento de voto.
Hechos jurídicamente relevantes	
Se trata aquí de hacer un listado de los hechos que jurídicamente tienen relevancia en la decisión.	
Problema jurídico (PJC) (Se trata del PJ que la Corte dice textualmente que va a tratar en la sentencia)	
Decisión	
Indique aquí cuál es el “resuelve” de la decisión. Si no es muy largo, puede transcribirlo o copiarlo y pegarlo; sino, puede indicar en qué consistió.	
Argumentos jurídicos (ideas claras; frases cortas. Use viñetas)	

Problema jurídico que realmente resuelve la corte (PJR) (No confunda PJR con la respuesta al PJ: esto último es la *Ratio Decidendi*.

El problema jurídico es una pregunta que revela la confrontación específica de principios jurídicos para la resolución de un caso. Determina el quid del asunto.

Ratio decidendi "La razón de la decisión" Responde el problema jurídico y es la causa del resuelve (¿Por qué la Corte decidió de esta manera?) Se trata de los ARGUMENTOS que justifican directamente la decisión. Constrúyala extractando las premisas fundamentales y conectándolas lógicamente (¿No se trata de copiar y pegar extractos de la decisión!)

Se trata de la “razón de la decisión”. Responde el problema jurídico y es la causa del resuelve

Comentario: Análisis de determinados ámbitos interesantes de la Sentencia.

Se trata un Análisis de la decisión a partir del conocimiento del estudiante o de la estrategia de litigio que plantee el precedente.

Nota: Ficha proporcionada por la Universidad Externado de Colombia.

Adicionalmente, para determinar la aplicación del principio de Estabilidad Laboral Reforzada en persona prepensionada se buscará el precedente judicial vigente en la materia a partir de la Sentencia consolidadora y se extraerán las subreglas plasmadas en ella.

Para finalizar, se generarán conclusiones y recomendaciones a partir de la información analizada y articulada de manera lógica en la línea jurisprudencial.

Resultados

Línea jurisprudencial de ELR para empleados PREPENSIONADOS

Punto arquimédico de apoyo.

Luego de realizar una búsqueda documental de las sentencias emitidas por el Consejo de Estado que cumplieran con los presupuestos facticos objeto de investigación y los criterios de inclusión y exclusión, de las sentencias que cumplen los criterios se eligen de uno a tres fallos, estos deben ser los más recientes, esto a razón de cumplir con el propósito del punto que es apoyar al investigador a encontrar la sentencia Hito de la línea, para este caso en específico se seleccionaron las sentencias Sentencia NR 2164871 de 2020, NR 2159313 de 2020, Sentencia NR 2146128 de 2019.

En la primera sentencia con NR 2168471 de 2020, El ministerio de Salud es demandado por un exfuncionario que presento como pretensión principal el ser amparado por la protección de estabilidad laboral reforzada en persona prepensionada, esto debido a que, al momento de la declaración de insubsistencia, cumplía con el requisito de faltarle tres años para acceder a la pensión de vejez (Consejo de Estado, 2020b).

En esta sentencia el Consejo de Estado planteo el siguiente problema jurídico:

¿Establecer si la demandante estaba cubierta por la protección de estabilidad laboral de prepensionada, pese a ocupar un cargo de libre nombramiento y remoción, frente al interrogante el Consejo de Estado aclara en su providencia expresa que la protección le es aplicable no solo a los empleados de carrera, sino también a empleados en provisionalidad o libre nombramiento y remoción (Consejo de Estado, 2020b).

Adicionalmente el órgano de cierre niega la petición debido a que, si bien es cierto el peticionario le faltaban tres años para reunir los requisitos para acceder a la prestación económica por vejez, para el momento de la desvinculación tenía cumplidos los requisitos de edad y semanas cotizadas, razón por la cual se le es negada la petición de acceder al amparo por ELR al prepensionado que solicito en su demanda como principal pretensión (Consejo de Estado, 2020b).

En la segunda sentencia con NR 2159313 de 2020 el Consejo de Estado falla en el caso de Javier Cárdenas frente al Consejo Superior de la Judicatura – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, tutela en la que el actor pretende se ampare diferentes Derechos Fundamentales tales como: Estabilidad laboral reforzada, seguridad social, igualdad y mínimo vital, ya que fue declarado insubsistente en el cargo de auxiliar administrativo que desempeñaba en la entidad demandada.

Frente a esa solicitud de amparo el Consejo de Estado plantea el siguiente problema jurídico *¿La Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de Bogotá – Cundinamarca del Consejo Superior de la Judicatura, vulneró los derechos fundamentales del accionante invocados en protección, al retirarlo del cargo que ocupaba en provisionalidad como auxiliar administrativo grado 3 (conductor), sin tener en cuenta su condición de estabilidad laboral reforzada?* Frente a esto el Consejo abordó el tema de la estabilidad laboral relativa en los servidores públicos nombrados en provisionalidad, el Consejo reiteró fallos anteriores en los que el actor no posee la calidad de prepensionable ya que al momento de su desvinculación poseía el total de semanas a cotizar, pero le faltaban un año y tres meses para alcanzar la edad, razón por la cual el Consejo cita a la Sentencia SU003-2018, donde se establece que cuando el único

requisito para adquirir la pensión de jubilación es la edad no se es beneficiario del fuero de Estabilidad Laboral reforzada.

Por ultimo en la tercera sentencia con NR 2146128 de 2019, se promueve una acción de tutela en contra del distrito de Santiago de Cali, por parte de la actora María Eugenia García Díaz, quien pretende en su tutela el amparo de los Derechos Fundamentales al trabajo, la seguridad social y al mínimo vital, esto debido a su futuro retiro con ocasión del concurso de méritos 437 realizado en el Valle del Cauca, el Consejo estableció el siguiente problema jurídico: *¿si el municipio de Santiago de Cali vulneró los derechos fundamentales al trabajo, a la seguridad social y al mínimo vital de la parte actora, al abstenerse de retirar del concurso de méritos Nro. 437 de 2017 – Valle del Cauca, el cargo que ella viene desempeñando, a pesar de tener la condición de prepensionada?*

De acuerdo con el anterior problema el Consejo se pronuncia frente al marco jurisprudencial de la estabilidad laboral reforzada, en donde define la figura del prepensionado y su creación, adicionalmente toca el tema de los trabajadores provisionales y su calidad como prepensionables, y como gozan de una estabilidad laboral relativa, está limitando el derecho discrecional del nominador y los derechos de carrera de quien gana el concurso.

Con relación al caso en concreto el Consejo, niega el amparo ya que el accionante no se encuentra desvinculada del cargo, razón por lo cual su vulneración es inexistente.

Ingeniería reversa.

Respecto a ingeniería de reversa, se eligieron las tres últimas sentencias que cumplen con presupuestos facticos objeto de investigación y los criterios de inclusión y exclusión, en las tres

sentencias se realizó un alistamiento de las citaciones jurisprudenciales de primer y segundo nivel, tal y como se observa en las figuras (5-8).

Con relación a la última sentencia con NR 2164871 de 2020, se observa que se citaron tres sentencias en el primer nivel y tres sentencias en su segundo nivel, dichas sentencias se relacionan dado que cumplen con los presupuestos facticos objeto de investigación, referente a las sentencias que se encuentran al lado derecho son sentencias que no se relacionan directamente con el objeto de estudio.

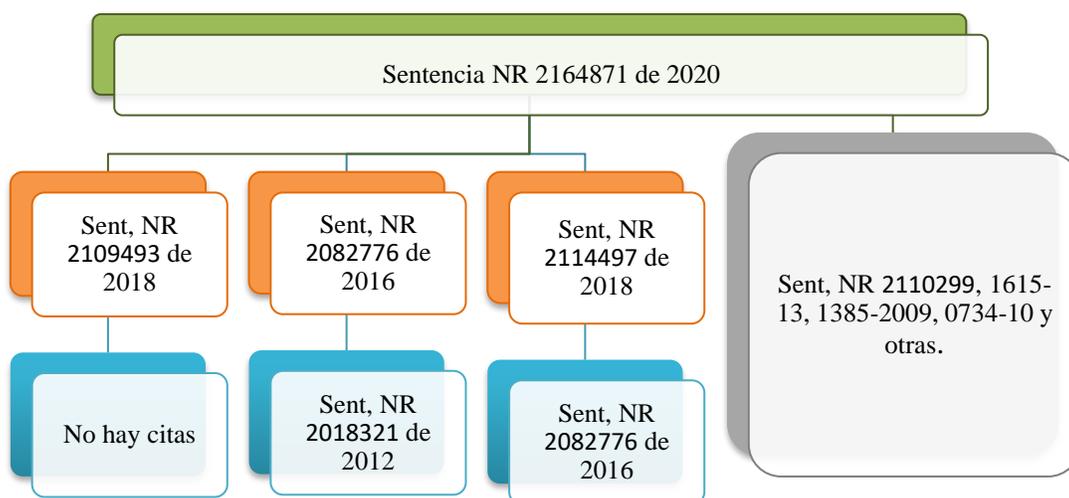
Posteriormente se analiza penúltima sentencia con NR 2159313 de 2020, en la que se observa en su primer nivel tres sentencias y en su segundo nivel seis sentencias, demostrando esta un nicho citacional más amplio, cabe aclarar que esta sentencia no presento citas no relacionadas con el tema por eso el vacío en el lugar de las sentencias sin relación a los presupuestos facticos objeto de investigación.

Por último, se escogió la sentencia NR 2146128 de 2019, esto para ampliar el nicho citacional y aplicar de manera más objetiva y transparente la ingeniería inversa, en este fallo el Consejo en su primer nivel solo cita una sentencia y en su segundo nivel no cita jurisprudencia que se puedan incluir por no cumplir con los criterios de inclusión, ya que dicha sentencia adopta un fallo de unificación de la Corte Constitucional, que cambio el paradigma de la estabilidad laboral reforzada en los prepensionados.

Finalmente se procede a realizar un gráfico que nos detalle y organice a través de una línea de tiempo los fallos jurisprudenciales que correspondan al tema en cuestión, encontrando así el nicho citacional, nicho que nos proporciona herramientas para visualizar el activismo judicial del Consejo de Estado frente al tema en cuestión.

Figura 5.

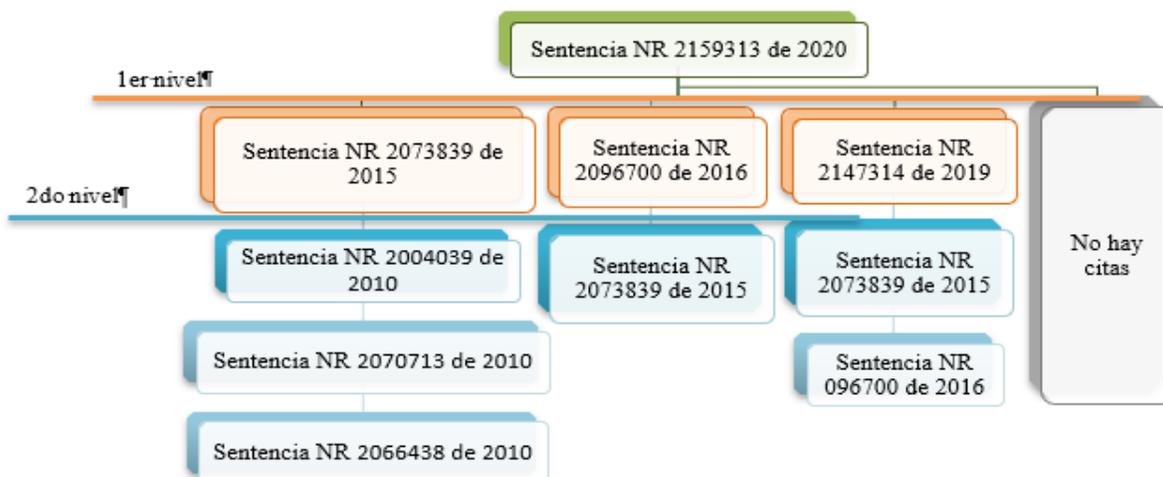
Citaciones jurisprudenciales de Sentencia arquimédica R- 3847 de 2020 en primer y segundo nivel.



Nota. Elaboración propia.

Figura 6.

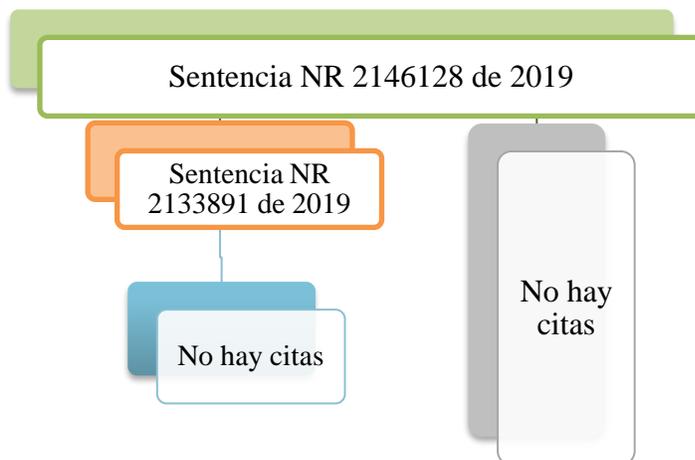
Citaciones jurisprudenciales de Sentencia arquimédica R-2159313 de 2020 en primer y segundo nivel.



Nota. Elaboración propia.

Figura 7.

Citaciones jurisprudenciales de Sentencia arquimédica R-2146128 de 2019 en primer y segundo nivel.



Nota. Elaboración propia.

Figura 8.

Nicho citacional para el desarrollo jurisprudencial del consejo de estado referente al principio de estabilidad laboral reforzada en la relación empleador – empleado prepensionado.



2004039	2018321	2073839	2096700	2109493	2133891	2164871
2070713			2082776	2114497	2146128	
2066438					2147314	

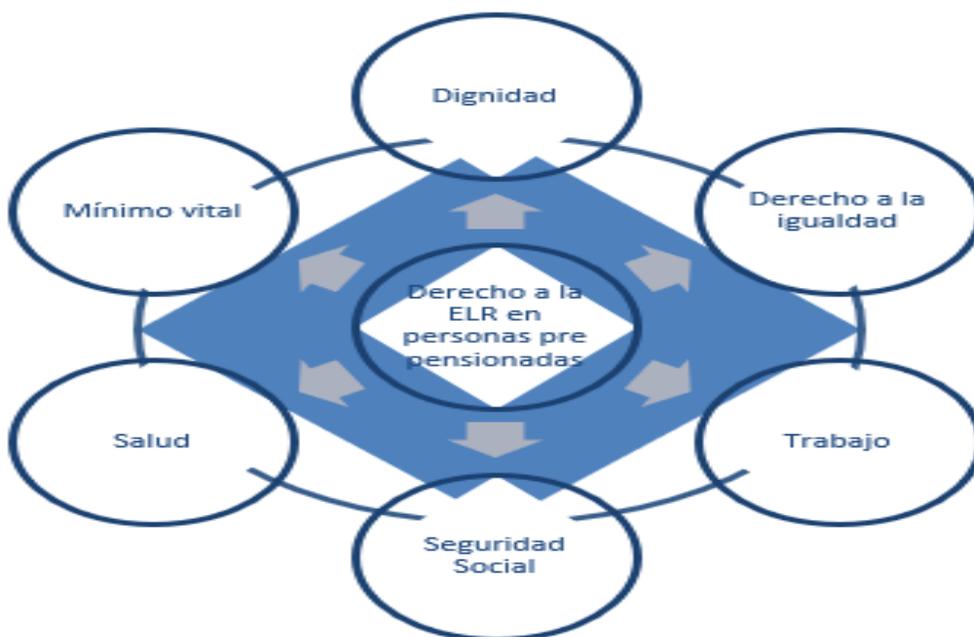
Nota. Elaboración propia.

Ahora bien, para seguir adelante con la metodología, fue necesario identificar los escenarios constitucionales que rodean la situación de las personas pre pensionadas, dentro de los

que se encuentran seis ámbitos de protección para este grupo en vulnerabilidad manifiesta Fig. 9, por lo que cabe aclarar que el desarrollo jurisprudencial se referirá específicamente al ámbito de trabajo y las subreglas que rigen al respecto. Ahora bien, para seguir adelante con la metodología, fue necesario identificar los escenarios constitucionales que rodean la situación de las personas, dentro de los que se encuentran seis ámbitos de protección para este grupo en vulnerabilidad por lo que cabe aclarar que el desarrollo jurisprudencial se referirá específicamente al ámbito de trabajo y las subreglas que rigen al respecto.

Figura 9.

Escenarios constitucionales derivados del derecho a la estabilidad laboral reforzada en personas prepensionadas.



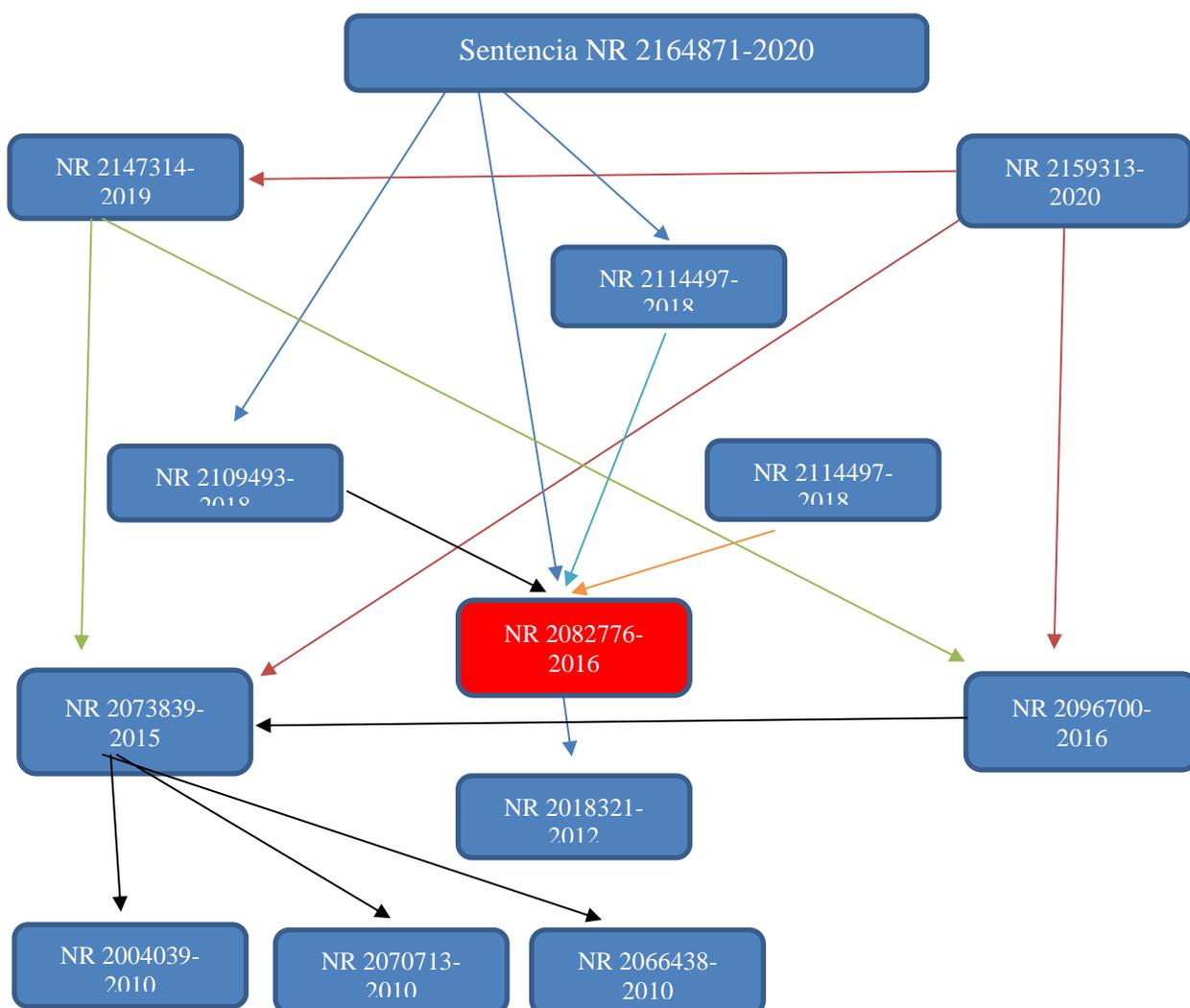
Nota. Elaboración propia.

La telaraña y los puntos nodales de jurisprudencia.

A continuación, en la figura 10 se presenta la telaraña construida partir de las sentencias escogidas como punto arquimédico de apoyo, donde se evidencia que la sentencia NR 2082776-2016 es la sentencia Hito de la línea.

Figura 10.

Telaraña de citas jurisprudenciales a partir de las sentencias de apoyo arquimédico



Nota. Elaboración propia.

Según la metodología de la telaraña y los puntos nodales, se evidencia que la sentencia NR 2082776-2016, es la sentencia Hito de la línea objeto de investigación ya que es la sentencia a la cual las otras sentencias más citan, esto debido a su importante, contenido jurisprudencial, en ella el Consejo de Estado define el concepto de prepensionado, con relación a los requisitos a cumplir para ser amparado por el fuero, los cuales determino que el servidor público que este próximo a pensionarse le deben faltar tres años o menos para reunir los requisitos de pensión de vejez o de jubilación.

Así mismo, determina que el fuero no es de carácter legislativo, si no de raigambre constitucional, dándole así una connotación más amplia que determina no solo el proceso de restructuración de la administración pública, si o también las personas que cumplan los requisitos anteriormente dichos.

Adicionalmente, amplía el fuero de estabilidad laboral reforzada a los servidores públicos en provisionalidad, carrera y libre nombramiento y remoción, dejando así claro el ámbito de protección que el derecho innominado tendrá y su población amparada.

Finalmente, el Consejo de Estado recoge los diferentes fallos que desde la Corte Constitucional ha emitido respecto al fuero de estabilidad laboral reforzada para los servidores próximos a pensionarse también llamados prepensionados, estableciendo así la diferenciación entre el retén y el derecho de amparo que existe entre las personas que reclamen el derecho.

Obligaciones y eximentes del empleador en el marco de un vínculo laboral con una persona prepensionada

Después de revisar y oscultar los fallos que cumplían los requisitos establecidos en los criterios de inclusión y exclusión, se ha logrado encontrar que para el Consejo de Estado no solo

la parte débil de un vínculo laboral es la parte que ofrece su fuerza de trabajo, y la única que debe gozar de garantías y protecciones al momento de presentarse un conflicto laboral, es decir la otra parte también se le debe proteger en aras de cumplir el principio de igualdad y equidad, contrayendo de manera implícita una obligación grande y es de actuar de la misma manera con la contraparte, actuando con justicia, igualdad y equidad. lo anterior lo ha desarrollado el Consejo de Estado por vía jurisprudencia estableciendo en las mismas unas obligaciones y eximentes para el empleador.

Obligaciones por parte del empleador en el marco de un vínculo laboral con una persona portadora de prepensionada.

Respecto a las obligaciones que debe cumplir el empleador en el marco de un vínculo laboral con una persona prepensionada, el Consejo de Estado desde el año 2010, en sus fallos ha precisado que depende del tipo vinculación del servidor público, así mismo debe ser la obligación del mismo, en un fallo de radicado 25000-23-15-000-2010-01478-01 del 29 de Julio de 2010, el Consejo dirimió la controversia entre un servidor público vinculado en provisionalidad y la entidad estatal Fiscalía General de la Nación, imponiendo la obligación al empleador de desvincular al empleado en provisionalidad en el caso de presentarse un concurso de méritos y proveer la vacante ocupada por el demandante, esto debido a la no vulneración del derecho del tercero, por ser el ganador del cargo habiendo pasado todo un proceso de selección, frente a lo anterior el siguiente apartado sustenta la obligación:

“(...) Por consiguiente, acceder al amparo deprecado por el accionante, por un lado, conllevaría a que sin una justificación razonable se impidiera la implementación del sistema de carrera en la fiscalía general de la Nación, instituido por los artículos 125 y 253 de la

Constitución Política, que propugna por el acceso a la función pública por el sistema de méritos como garantía de idoneidad y de igualdad en las oportunidades para laborar al servicio del Estado. Y, por otro lado, implicaría desconocer a la persona que reemplazó al accionante su derecho legítimo de acceder al cargo por el que concursó, y que adquirió por haber integrado la lista de elegibles.”

(Consejo de Estado, 2010)

Al año siguiente el Consejo de Estado, dirime un caso en donde se suprime un cargo de un servidor público que al momento de la liquidación o supresión de la entidad ostentaba la calidad de empleado en carrera administrativa, se aclara que para este caso en particular la liquidación de la entidad se realiza en el marco de la Ley 790 de 2002, donde se autorizó al presidente a reorganizar la estructura de las entidades estatales, es por esto que el Consejo de Estado hace un llamado que el empleador en estos casos tiene la obligación de ofertarle dos opciones la primera la indemnización y la segunda el reubicarlos en un cargo equivalente, mientras se procede a liquidar la entidad.

“(…) La entidad demandada al darle aplicación al artículo 12 de la ley 790 de 2002 no le desconoció el derecho que le asistía como empleada inscrita en la carrera administrativa; si bien es cierto no le dio la opción de la indemnización por supresión del cargo, fue precisamente porque el cargo que ejercía la actora no fue suprimido, y en esas condiciones no podía optar por la mencionada indemnización, no violándose el derecho al trabajo, a los derechos adquiridos con justo título y la estabilidad en la carrera administrativa, todo lo contrario esos fueron los derechos que se protegieron al permitir que la actora, en condición de pre pensionada, continuara laborando.”

(Consejo de Estado, 2011)

En el año 2017, el Consejo de Estado emitió sentencia de radicado N: 25000-23-25-000-2011-00985-01, en la cual se resolvió un caso donde una del servidor público demandante ostentaba la calidad de servidor público de libre nombramiento y remoción, respecto a esta controversia el Consejo precisa que la facultad discrecional del nominador, no es absoluta y no es motivo suficiente para declarar la insubsistencia, es por esto que se le hace un llamado al empleador que tiene la obligación de ponderar el principio de favorabilidad del empleado y tener en cuenta su calidad de prepensionado, revisando si el acto administrativo que lo desvincula es totalmente necesario y no afecta derechos fundamentales como el mínimo vital y la salud, por lo anterior en la sentencia anteriormente descrita lo explica así:

“(...) Así las cosas, se entiende por estabilidad laboral reforzada, derivada de la condición de pre - pensionada, la que cobija a todas las personas próximas a pensionarse, y a quienes les falten 3 o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio para obtener el derecho a la pensión, situación que impide de esta forma el retiro del servicio hasta tanto le sea reconocida y pagada la pensión.

Se repite entonces, que quienes se encuentren incurso en las circunstancias antes mencionadas, se convierten en un sujeto de especial protección a los que se refiere el artículo 13 de la Constitución Política, y que el ejercicio de la facultad discrecional de la cual se encuentra revestido el nominador, no puede considerarse como motivo suficiente para declarar su insubsistencia, cuando se tiene la expectativa de acceder al reconocimiento pensional, en aplicación del principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política.”

(Consejo de Estado, 2017a)

Por consiguiente, el Consejo de Estado hace un llamado a los empleadores que apliquen el principio de solidaridad en los casos donde, si bien es cierto el empleado tiene el derecho a la ELR, pero su derecho cede frente al de ganador de un concurso de mérito, en aras de la aplicación del principio de solidaridad se debe mantener afiliado al SGSS a la persona, esto mientras accede a la pensión de vejez.

Finalmente, cabe aclarar que los anteriores casos cumplen con las tres diferentes formas en que una persona puede vincularse con el estado, ya sea por carrera administrativa, por provisionalidad y por libre nombramiento y remoción, todas estas son mediante un acto administrativo (Consejo de Estado, 2010).

Eximentes por parte del empleador en el marco de un vínculo laboral con una persona portadora de prepensionada.

Referente a los eximentes de responsabilidad el Consejo de Estado, se ha pronunciado en diferentes sentencias, manifestando que para los casos en que el servidor público prueba la calidad de prepensionado, es decir cumple con los requisitos de edad y semanas cotizadas, pero la motivación de su desvinculación es un proceso en el que se proveen vacantes de un proceso de selección meritocrático, no se le es vulnerado ningún derecho fundamental a permanecer en el cargo por lo que el empleador en esos casos se encuentra facultado para emitir el acto administrativo de desvinculación del cargo al funcionario (Consejo de Estado, 2010).

Garantías y obligaciones del empleado prepensionado derivadas del principio de la estabilidad laboral reforzada.

Respecto a las garantías del empleado, el Consejo de Estado en aras de aplicar garantías para la clase trabajadora, vía jurisprudencia emite precedentes jurisprudenciales que son de obligatorio cumplimiento para los operadores de justicia, esto se ve reflejado en los pronunciamientos que desde el año 2002 cuando se sanciona la Ley 790 de 2002, se dio apertura al retén social en cumplimiento de la garantía de los trabajadores próximos a pensionarse, aunado a lo anterior en fallos como subsiguientes el Consejo de Estado se pronuncia respecto a que más allá del fuero, aplicable en el marco de la reorganización de las entidades del estado, esta garantía era de raigambre constitucional, razón por la cual se convertiría en un derecho fundamental, viéndolo a toda luz esta protección es una garantía extraordinaria para las personas próximas a pensionarse.

Adicionalmente esta garantía conlleva una obligación al prepensionado y es no solo cumplir con los requisitos para obtener la calidad, si no el probar la conexidad de la vulneración del derecho a ELR, con otros derechos como a la salud y al mínimo vital, a la igualdad, a la seguridad social, al trabajo todo esto con el fin de activar el principio de solidaridad en el empleador.

Garantías del empleado prepensionado.

Frente a las garantías que el empleado obtiene al probar la calidad de prepensionado, no solo es mantenerse en el cargo si no también en seguir percibiendo su salario durante el tiempo que lo ingrese a nómina del fondo de pensiones ya sea privado o régimen de prima media, la sentencia de radicado N. 11001-03-15-000-2020-03829-00 de 2020, presenta una regla muy

importante en el efecto de las garantías al prepensionado, ya que en el caso en cuestión el empleado es desvinculado por proveerse el cargo mediante un concurso de méritos, por lo que se le es dable el amparo al probar la conexidad con la afectación del mínimo vital al ser desvinculado de su puesto, razón por la que el Consejo de Estado manda al nominador de la entidad estatal a reintegrar al servidor público, por lo anterior el Consejo señaló que:

(...) Por lo anterior, la Sala amparará los derechos al mínimo vital del señor Javier Cárdenas, en su condición de padre cabeza de familia al ser su hijo un sujeto de especial protección y en consecuencia se ordenará la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de Bogotá – Cundinamarca del Consejo Superior de la Judicatura, proceder a efectuar el reintegro del señor Javier Cárdenas a un cargo de los niveles de Auxiliar Administrativo Grado 3 dentro de la planta administrativa de la entidad, con un salario equivalente o similar al que devengaba, atendiendo su especialidad funcional y la labor que realizaba.

Dicho reintegro será hasta tanto COLPENSIONES reconozca la pensión de jubilación del accionante y lo incluya en nómina de pensionados. La orden de protección permanecerá vigente hasta que el señor Javier Cárdenas cumpla con la edad de pensión, siempre y cuando el cargo al que sea reintegrado no sea provisto por concurso de méritos.”

(Consejo de Estado, 2020a)

Por lo anterior y no menos importante, el Consejo de Estado ha señalado que en los casos donde se cumpla con el requisito de edad y no de semanas cotizadas, pero establezca la vulneración algún derecho fundamental como los anteriormente citados, el empleador deberá seguir cotizando al sistema de SGSS mientras este acceda al reconocimiento de pensión de vejez (Consejo de Estado, 2017a).

Obligaciones del trabajador prepensionado.

De conformidad con lo establecido en la Ley 790 de 2002, el empleado para ostentar la calidad de prepensionado debe cumplir lo siguiente: que al momento de la desvinculación les falte tres (3) años para reunir los requisitos legales para el reconocimiento de la pensión o jubilación o vejez (Congreso de Colombia, 2002)

Adicional a esto el empleado debe cumplir con su manual de funciones a cabalidad y no presentar llamados de atención o mala conducta en el ejercicio de las funciones del cargo, esto en aras de no presentar ningún tipo de justificación al despido o desvinculación.

Cumplir con las evaluaciones periódicas de desempeño en el caso de los servidores de carrera administrativa y de provisionalidad, con el cabal cumplimiento de todas las anteriores obligaciones se espera que, al momento de desvinculación, de manera transparente y eficaz se pueda acceder al amparo.

Es de aclarar que el Consejo de Estado se ha negado a fallar a favor de quien demanda el amparo en los casos en que se prueba que la conducta de quien espera obtener la garantía no cumple con las obligaciones mínimas que se espera de un servidor público.

Aplicación del principio de Estabilidad Laboral Reforzada en personas prepensionadas.

Para determinar la aplicación del desarrollo jurisprudencial, sus precedentes, cambio de línea y actual postura, debemos hacer un recuento por los fallos más notables desde el Hito, el fallo modificador de línea y algunos ratificadores que según el caso presentan algún tipo de variación a la línea.

De acuerdo a la metodología propuesta y a sus pasos para el caso en concreto la sentencia que en la telaraña nos demuestra es la sentencia hito, es decir la sentencia donde el Consejo de

Estado presento de manera formal, señalo un precedente, que para el caso fue el elevar a nivel constitucional la ELR, que venía siendo solamente un retén social presentado en la Ley 790 de 2002 para las personas próximas a pensionarse y que sus cargos se supriman a razón de la aplicación de la Ley, la cual faculto al presidente a reestructurar las entidades del Estado (Consejo de Estado, 2016).

Respecto a la sentencia NR 2082776 del 2016, El Consejo de Estado expresa el alcance de la protección especial de la ELR, precisando en ella que dicha figura le es aplicable no solo a los servidores públicos de carrera administrativa, sino también a los que se encuentren vinculados en provisionalidad y libre nombramiento y remoción, pero más aun precisa que la ELR, la cual fue concebida mediante la ley 790 de 2002, en el marco de la reestructuración del Estado como garantía de manera transitoria, decide incorporarla en sus fallos y darle la connotación de su raigambre constitucional, dejando así un precedente vertical, adicionalmente, es de aclarar que de igual forma este derecho de ELR, se podrá proteger mediante los mecanismos ya establecidos para la protección del mismo, en el siguiente aparte el Consejo de Estado reconoce la ELR como aplicable a todas las formas de vinculación de los servidores públicos:

(...) Bajo tal entendimiento, la Corte Constitucional ha precisado que el fundamento del reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada de los

“prepensionados” no es un asunto que dependa de un mandato legislativo particular y concreto, sino que tiene raigambre constitucional, es decir, “opera para la satisfacción de los derechos fundamentales de estos grupos poblacionales, que se verían gravemente interferidos por el retiro del empleo público”; así las cosas, sostuvo que la mencionada estabilidad no solo

es aplicable en los casos que el retiro del cargo se sustenta en su supresión ante la liquidación de la entidad, o en el marco de los procesos de restructuración de la Administración Pública (retén social), siendo estos casos, apenas una especie de mecanismo, dentro de los múltiples que pueden considerarse para garantizar los derechos fundamentales involucrados por la permanencia en el empleo público de los servidores próximos a pensionarse.

Es por lo anterior que la estabilidad laboral de los prepensionados se convierte en un imperativo constitucional en cada uno de los escenarios en que se materialice alguna de las causales que lleven al retiro del servicio, evento en el cual, será necesario efectuar un ejercicio de ponderación entre los derechos al mínimo vital e igualdad de los prepensionados y la satisfacción del interés general del buen servicio público, con el fin de no afectar el núcleo esencial de cada uno de los extremos en cuestión..

Al respecto, la Subsección A de la Sección Segunda de la Corporación, ha sostenido que el simple hecho de estar próximo a consolidar el status pensional, con el cumplimiento de los requisitos legales, no produce un fuero de estabilidad relativa en el empleo de libre nombramiento y remoción; lo anterior, implica que en cada caso particular y concreto, será necesario que el nominador analice la situación en la que se encuentra el empleado, en aras de realizar una ponderación razonable, adecuada y proporcionada al momento de ejercer la facultad discrecional, con el fin de materializar el interés general del buen servicio público pero sin afectar la protección especial del personal próximo a ser pensionado.”

El anterior apartado el Consejo de Estado clarifica algo muy importante y es que el solo cumplimiento de los requisitos genera la ELR, porque lo insta a la ponderación de los diferentes

Derechos Fundamentales que de manera conexas se vulneren, dejando por sentado el estudio minucioso de cada caso en específico (Consejo de Estado, 2016).

Luego de elevar a nivel constitucional la ELR en personas prepensionadas, el Consejo de Estado deja claro que este amparo no es absoluto y aclara que en algunos casos como en los cargos que se proveen mediante concurso de méritos, se debe tener en cuenta no solo el lleno de los requisitos, sino la afectación a otros derechos fundamentales y la conexidad con esos, adicionalmente insta a que en los casos donde se conceda la ELR, la entidad debe mantener afiliado al prohijado al SGSS, y en algunos casos si el derecho conexo es el mínimo vital, se debe reintegrar a un puesto igual o equivalente al cual se venía ejerciendo (Consejo de Estado, 2017b).

Hasta el año 2017 el Consejo de Estado tenía la postura de amparar al servidor público que cumpliera con el requisito de la Ley 790 de 2002, esto ponderando la conexidad con los otros derechos fundamentales que él debía probar y para el Consejo serian o no fundamentales, en el mismo año se emitió una variante en la línea y era que la persona quien se le ampara el derecho, la entidad tenía la obligación de mantenerlo vinculado o afiliado al SGSS hasta que fuera incluido en nómina, frente a la sentencia NR 2102260 de 2017, el Consejo de Estado aclara que el principio de solidaridad extendido por la entidad solo vaya hasta que el servidor público cumpla con los requisitos para acceder a la pensión de vejez y no hasta que se incluyera en la nómina, más enfáticamente así:

(...) Se anota esto último, porque la estabilidad laboral reforzada que surge de la condición de prepensionado se extiende hasta que el servidor cumpla los requisitos de ley -edad

y tiempo de servicio- para tener derecho a reclamar pensión de jubilación, es decir, hasta que obtenga el estatus de pensionado, y no hasta que sea incluido en nómina”

(Consejo de Estado, 2017c)

Finalmente, un cambio importante en el desarrollo de la ELR se presentó en el año 2018, en el cual el Consejo de Estado mediante la sentencia NR 2121940, adopto el cambio en la noción de la aplicabilidad de la ELR en las personas próximas a pensionarse, este consiste en la negar el amparo a las personas que si bien es cierto le falta menos de tres años para acceder a la pensión, pero aún no hayan cumplido la edad al momento de su desvinculación, lo anterior señalado en el siguiente párrafo:

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

(Consejo de Estado, 2018)

Este último pronunciamiento es el precedente vigente que para algunos juristas es un revés a la protección a las personas próximas a pensionar y que ostenten la calidad de prepensionados.

Conclusiones

El amparo de las personas que se encuentren en una debilidad manifiesta como lo expresa en art. 12 de la CP, resulta ser relevante cuando se considera el vínculo laboral entre un empleado y su empleador, como es el caso del servidor público y el Estado.

Ahora bien, con relación a la metodología del desarrollo jurisprudencial, nos resulta un método eficiente y práctico para conocer los precedentes que el Consejo de Estado haya emitido en sus providencias.

En cuanto a los resultados en importante hay que precisar que se identificó la sentencia Hito, en la cual nos dio las bases de la raigambre constitucional del amparo estudiado, pero además que este no solo se ampara con el cumplimiento de los requisitos sino también de encontrar la conexidad en la vulneración de otros derechos que tengan carácter fundamental.

Adicionalmente, se concluye que el giro al amparo dado en el año 2018 es de gran manera importante ya que en la medida que se modifique el amparo, una gran parte de personas que pretendían tener derechos adquiridos o una mera expectativa que darían excluidas del mismo, por lo que se verían obligadas a buscar alternativas para encontrar la protección o el sustento hasta cumplir la edad requerida para ceder a la pensión de vejez.

Recomendaciones

Referente a la investigación objeto, se recomienda al legislativo dar continuidad al proyecto de Ley que se presentó a la Cámara de Representantes “por medio de la cual se dictan medidas para protección del prepensionado y se dictan otras disposiciones”, el cual fue radicado en el año 2019, y que busca fijar con claridad, cuando procede el amparo y cuando no, además en el que establece la cobertura a los tipos de servidores públicos que se debe amparar y sus respectivos requisitos de acuerdo a cada uno.

Por lo anterior se invita al legislativo a tener en cuenta los fallos del Órgano de cierre, en los que modifican parcialmente los requisitos para acceder al status de prepensionado, es decir que señale que cuando el servidor público cumpla con las semanas cotizadas, pero no con la edad, negando en estos casos el amparo de manera expresa.

Finalmente se recomienda a los empleadores que tengan en cuenta al tomar las decisiones de despedir o no a un empleado que se considere con el estatus de prepensionado, realizarle de manera integral un estudio de si su desvinculación afecte o no otros derechos los cuales son fundamentales, esto por conexidad.

Referencias bibliográficas

- Ballesteros Cadena, C. I. (2014). *Protección especial para prepensionados de entidades liquidadas en vigencia de la Constitución Política del 1991* [Universidad Nacional de Colombia]. <https://cutt.ly/ubOIR4E>
- Cambronero Torres, A. (2019). *Principios Generales del Derecho*. 26.
- Canales, M. G. (1989). *Principios generales y principios constitucionales*. 32.
- Cañon Ortegón, L. (2017). *La solidaridad como fundamento del Estado social de derecho, de la seguridad social y la protección social en Colombia*. Universidad Externado de Colombia. <https://repository.urosario.edu.co/>
- Comité de derechos económicos, sociales y culturales. (2007). *El Derecho a la Seguridad Social*. 23.
- Congreso de Colombia. (1991). *Constitución Política de Colombia* (N.º 01). Gacetas Asamblea Constituyente de 1991. <https://bit.ly/2SSHw6I>
- Congreso de Colombia. (2002). *Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública*. <https://cutt.ly/0bOhA88>
- Consejo de Estado. (2010). *Sentencia NR 2007069*. vLex.
- Consejo de Estado. (2011). *Sentencia NR 2005106*. vLex.
- Consejo de Estado. (2017a). *Sentencia 2101554*.
- Consejo de Estado. (2017b). *Sentencia NR 2097660*.
- Consejo de Estado. (2017c). *Sentencia NR 2102260*.
- Consejo de Estado. (2018). *Sentencia NR 2121940*.
- Consejo de Estado. (2020a). *Sentencia NR 2159313*.

Consejo de Estado. (2020b, octubre 22). *Sentencia NR 2164871*. vLex.

<https://vlex.com.co/vid/sentencia-n-25000-23-862710243>

Consejo de Estado, E. A. A. (2016). *Sentencia 00285*. 17.

Constitución Política de Colombia, (1991).

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html#25

Sentencia T-638, 44 (2016). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-638-16.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (1992). *Sentencia T-406*.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-406-92.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (1997). *Sentencia C-470*.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-470-97.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (2012). *Sentencia SU-897*.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/SU897-12.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (2013). *Sentencia SU-130*.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/SU130-13.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (2014a). *Sentencia C-767*.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-767-14.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (2014b). *Sentencia T-690*.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-690-14.htm>

Sentencia C-470, § M.P. Alejandro Martínez Caballero (1997).

http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-470-97.htm#_ftnref8

Cueva, O. L. de la. (2020). Sobre el surgimiento y evolución del derecho del trabajo. *Alegatos*,

I(12), 38-47.

Fundación Adecco. (2017). *Informe empleabilidad mayores de 55 años*. (N.º 01; p. 8). Adecco.

<https://cutt.ly/sbOvkqn>

Galeano Romero, P. (2019). *El fuero de estabilidad por pre pensionado en el sector privado*

[Universidad Católica de Colombia]. <https://cutt.ly/DbOQ6AS>

La Torre, S. (2017). El derecho a la igualdad conceptos y percepción en Chile. *Centro,*

Democracia y Comunidad, 46.

Latorre, C., Rodríguez-Lesmes, P., & Vélez, C. (2019). *Mercado Laboral y Salud en la Tercera*

Edad. 4.

Ley 0361 de 1997, (1997).

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0361_1997.html

Ley 790. Congreso de la República de Colombia, (2002).

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0790_2002.html#12

López Medina, D. E. (2006). *El Derecho de los jueces* (segunda). LEGIS & Universidad de los

Andes.

López-Vargas, S. L., Pérez García, E., & Ordóñez Mahecha, E. N. (2018). *Derechos*

fundamentales innominados: Evolución, concepto y aplicación.

<https://bonga.unisimon.edu.co/handle/20.500.12442/3368>

Marcone, J. (2005). Hobbes: Entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo. *Andamios*, 1(2), 123-

148.

Martínez Restrepo, S., Enriquez, E., Pertuz, M. C., & Alzate Meza, J. P. (s. f.). El mercado

laboral y las personas mayores. 2015, 78.

- Peñaranda Boada, C. (2015). *De la estabilidad laboral reforzada: Un estudio jurisprudencial sobre esta institución jurídica y los mecanismos para garantizar este derecho*.
<https://repository.ucatolica.edu.co/handle/10983/2217>
- Restrepo Uribe, I. C., & Tapias Arango, L. T. (2017). *Estabilidad laboral reforzada en trabajadores privados prepensionados*.
<https://repository.usta.edu.co/handle/11634/13747>
- Rocuts, C., & Andrés, C. (2018). *Estabilidad laboral reforzada de las personas pre-pensionadas en Colombia: Extensión de la protección constitucional más allá del retén social*.
<https://repository.ucatolica.edu.co/handle/10983/15801>
- Rodríguez, C. A. L., Barón, M. O., & Otero, O. M. P. (2019). *DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL REFERENTE AL PRINCIPIO DE ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA EN LA RELACIÓN EMPLEADOR – EMPLEADO PORTADOR DE VIH / SIDA*. 137.
- Román-Sánchez, Y. G., Montoya-Arce, B. J., Gaxiola-Robles-Linares, S. C., & Lozano-Keymolen, D. (2019). Los adultos mayores y su retiro del mercado laboral en México. *Sociedad y Economía*. <https://doi.org/10.25100/sye.v0i37.7823>
- Urbano-Guzmán, M. C. (2014). *The concept of equality in some contemporary theories of justice*. 11(1), 17.

Anexos

Anexo A. Análisis jurisprudencial de la Sentencia No. 25000-23-42-000-2016-05246-01(3487-18), Consejo de Estado del 22 de octubre de 2020.

Corporación, número de sentencia o radicación, Fecha y magistrado ponente:	
Número de sentencia o radicación: 25000-23-42-000-2016-05246-01(3487-18) Fecha: 22 de octubre de 2020	
Magistrado Ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ	
Subtema:	
Insubsistencia de empleo de libre nombramiento y remoción (Caso Minsalud)	
Hechos relevantes (presupuestos fácticos): (SI o NO)	
Sentencia del Consejo de Estado	Si
Conflicto entre empleador y persona prepensionada	Si
Pretensión – Estabilidad laboral reforzada	Si
Nota: si respondió “si” en los tres aspectos anteriores, continúe. De lo contrario, descarte esta sentencia.	
Problema(s) Jurídico(s):	
¿Establecer si la demandante estaba cubierta por la protección de estabilidad laboral de prepensionada, pese a ocupar un cargo de libre nombramiento y remoción? En caso afirmativo: ¿el Ministerio de Salud y Protección Social desconoció las garantías propias de tal condición?	
Consideraciones de la corte:	
<p>La Ley 790 de 20026 «Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al presidente de la República» se expidió con el propósito de renovar y modernizar la estructura de la Rama Ejecutiva del orden nacional, en busca de tal propósito, ordenó la liquidación o fusión de algunas entidades públicas, lo que ocasionó la afectación de sus plantas de personal y el retiro de servidores públicos.</p> <p>Precisamente, con ocasión de la posible afectación de los derechos de aquellos que pudieran tener una situación que ameritara un trato especial, se creó el denominado «reten social». El mismo fue definido en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, en los siguientes términos: «[...] Protección especial. 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 ley7 [...]»</p> <p>Conforme la ley enunciada, no pueden ser retirados del servicio, entre otros servidores públicos, aquellos que cumplieran con la totalidad de los requisitos para acceder a la pensión de vejez dentro de los 3 años siguientes a su promulgación, lo que busca proteger que estos no queden cesantes laboralmente y se afecte su derecho pensional.</p>	

Aunque en principio, el retén social fue concebido exclusivamente para casos en los que las entidades públicas se encontraban en reestructuración, la jurisprudencia ha manifestado que esta es solo una de las situaciones en las que debe ser aplicado, puesto que la prerrogativa en cuestión no se origina en un mandato legal, sino que tiene su fundamento en la Constitución Política de 1991. Al respecto, se expresó.

«[...] Bajo tal entendimiento, la Corte Constitucional ha precisado que el fundamento del reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada de los “pre pensionados” no es un asunto que dependa de un mandato legislativo particular y concreto, sino que tiene raigambre constitucional, es decir, “opera para la satisfacción de los derechos fundamentales de estos grupos poblacionales, que se verían gravemente interferidos por el retiro del empleo público”; así las cosas, sostuvo que la mencionada estabilidad no solo es aplicable en los casos que el retiro del cargo se sustenta en su supresión ante la liquidación de la entidad, o en el marco de los procesos de reestructuración de la Administración Pública (retén social), siendo estos casos, apenas una especie de mecanismo, dentro de los múltiples que pueden considerarse para garantizar los derechos fundamentales involucrados por la permanencia en el empleo público de los servidores próximos a pensionarse [...]» (Resalta la Sala).

Asimismo, la Corte Constitucional afirmó que esta garantía cubre, no solo a los empleados en carrera administrativa o en provisionalidad, sino también a quienes ocupan empleos de libre nombramiento y remoción, lo que se fundamentó en la obligación de brindar un tratamiento igual a aquellos que conforman un grupo de especial protección como los pre pensionados toda vez que por el tipo de vinculación no se pierde esta calidad⁹. Estas fueron las conclusiones:

«[...] En consecuencia, si bien es cierto, las personas que se encuentran en cargos de libre nombramiento y remoción tienen una estabilidad laboral precaria, dentro de estos procesos administrativos deben ser tratados de manera igualitaria cuando hacen parte de este grupo de protección especial. Pues resulta claro que la intención de legislador es proteger a un grupo de personas en estado de vulnerabilidad, por ello se estableció que el retén social opera para los procesos de liquidación y de reestructuración independientemente si es del orden nacional o departamental, es así, que por la naturaleza de la vinculación como en cargos de libre nombramiento y remoción, no se pierde la condición de ser un sujeto de especial protección constitucional. Esta situación que debe ser evaluada dentro del desarrollo del estudio técnico utilizando los medios para establecer quienes hacen parte del grupo, mediante el análisis de las hojas de vida y de información que resulta de fácil acceso para el empleador, como es el caso de los prepensionados.

3.8. Así las cosas, en los procesos de reestructuración, aún en los cargos de libre nombramiento y remoción, deberán respetarse los mandatos constitucionales y los derechos fundamentales de los sujetos de especial protección; no obstante, su estabilidad sea precaria. En estos eventos, la administración pública está obligada a adoptar medidas de diferenciación positiva a favor del servidor público que pueda llegar a ser considerado como sujeto de especial protección y que resulte afectado con la supresión del cargo del que es titular, independientemente de la naturaleza de su nombramiento. [...]» (Subrayas de la Sala)

Al respecto, la Subsección en providencia del año 2016 fijó las siguientes reglas en cuanto a la aplicación del denominado «reten social» para esta clase de servidores públicos¹⁰, posición reiterada recientemente en la anterior providencia aludida:

«[...] De las consideraciones esbozadas, la Sala concluye lo siguiente:

La protección especial de estabilidad laboral conferida a quienes están próximos a consolidar el status pensional, es aplicable tanto a empleados en provisionalidad, como a empleados de libre nombramiento y remoción y de carrera, respecto de cualquier escenario que materialice una causal objetiva de retiro del servicio.

Al ejercer la potestad discrecional de libre nombramiento y remoción, la administración deberá tener en cuenta que la protección especial de quienes están próximos a consolidar el status pensional es un imperativo constitucional, razón por la cual es necesario que el nominador realice un ejercicio de ponderación entre los derechos fundamentales de los pre pensionados (mínimo vital, igualdad, seguridad social) y la satisfacción del interés general del buen servicio público, con el fin de tomar la decisión más “adecuada a los fines de la norma que la autoriza” y “proporcional a los hechos que le sirven de causa”, buscando en lo posible, armonizar el ejercicio de la facultad discrecional del literal a) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 con las disposiciones que consagran la protección especial de los sujetos que están próximos a pensionarse.

La protección especial en razón a la condición de sujeto “pre pensionado”, resulta aplicable siempre y cuando el servidor público esté próximo a pensionarse, es decir, le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez”, por lo tanto, quien para la fecha de retiro del servicio ya tiene consolidado su estatus pensional, no se encuentra en la situación fáctica de sujeto pre pensionable, aunque sí goza de otro tipo de garantía otorgada por el legislador para la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital y seguridad social, la cual se encuentra establecida en la Ley 797 de 2003, en su artículo 9, parágrafo 1, al establecer que los fondos encargados tienen el deber de reconocer la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho, motivo por el cual la persona no quedará desamparada, pues tendrá derecho a disfrutar de la pensión.

Así las cosas, la sola condición de estar próximo a consolidar el estatus pensional no tiene el alcance de enervar la facultad discrecional con que cuenta la administración para retirar del servicio a un empleado de libre nombramiento y remoción, mediante la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento [...]»(Subrayas de la Sala)

Decisión:

PRIMERO. CONFIRMAR, la sentencia proferida el 12 de abril de 2018 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F, que denegó las pretensiones de la demanda, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por la señora Nelcy Ruth Peñaranda Correa contra el Ministerio de Salud y Protección Social.

Regla jurídica aplicable:

(i) la condición de prepensionado la tienen los funcionarios que les falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos a la pensión. (ii) esta condición también se predica del servidor de libre nombramiento y remoción, pero no excluye el ejercicio de la facultad discrecional del nominador porque la decisión de retiro debe consultar, en cada caso concreto, la afectación de los derechos fundamentales del funcionario y; (iii) la protección de estabilidad laboral de prepensionado no se aplica para quien tiene cumplidos los requisitos para adquirir la pensión.

Jurisprudencia citada:					
Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Bogotá D.C. 29 de febrero de 2016. Expediente: 050012333000201200285-01. Número interno: 3685-2013, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Radicado No. 250002325000201201184 01 (2130-2016).					
Subreglas:					
Empleador		Persona prepensionada		Tipo de Sentencia (X)	
Obligación	Eximente	Obligación	Protección	S. hito fundadora de línea	
Si el empleador tiene conocimiento de la condición del trabajador, debe inmediatamente respetarle todas las garantías que se desprenden del principio de estabilidad laboral reforzada según el caso específico.	Al ejercer la potestad discrecional de libre nombramiento y remoción, la administración deberá realizar un ejercicio de ponderación entre los derechos fundamentales de los prepensionados (mínimo vital, igualdad, seguridad social) y la satisfacción del interés general del buen servicio público, con el fin de tomar la decisión más “adecuada a los fines de la norma que la autoriza” y “proporcional a los hechos que le sirven de causa”	Poner en conocimiento al empleador sobre las condiciones de prepensionado antes de ser notificado.	(i) la condición de prepensionado la tienen los funcionarios que les falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos a la pensión. (ii) esta condición también se predica del servidor de libre nombramiento y remoción, pero no excluye el ejercicio de la facultad discrecional del nominador porque la decisión de retiro debe consultar, en cada caso concreto, la afectación de los derechos fundamentales del funcionario y; (iii) la protección de estabilidad laboral de prepensionado no se aplica para quien tiene cumplidos los requisitos para adquirir la pensión.	S. hito consolidador a de línea	X

				S. hito modificador a de línea (cambio de jurisprudenci a)	
				S. hito reconceptual izadora de línea	
				S. hito dominante	
				S. nicho citacional	X

Anexo B. Análisis jurisprudencial de la Sentencia No. 11001-03-15-000-2020-03829-00 (AC), Consejo de Estado del 08 de octubre de 2020.

Corporación, número de sentencia o radicación, Fecha y magistrado ponente:	
Número de sentencia o radicación: 11001-03-15-000-2020-03829-00 (AC Fecha: 08 de octubre de 2020)	
Magistrado Ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ	
Subtema:	
Insubsistencia de empleado provisional (Caso CSJ seccional Bogotá)	
Hechos relevantes (presupuestos fácticos): (SI o NO)	
Sentencia del Consejo de Estado	Si
Conflicto entre empleador y persona prepensionada	Si
Pretensión – Estabilidad laboral reforzada	Si
Nota: si respondió “si” en los tres aspectos anteriores, continúe. De lo contrario, descarte esta sentencia.	
Problema(s) Jurídico(s):	
¿La Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de Bogotá – Cundinamarca del Consejo Superior de la Judicatura, vulneró los derechos fundamentales del accionante invocados en protección, al retirarlo del cargo que ocupaba en provisionalidad como auxiliar administrativo grado 3 (conductor), sin tener en cuenta su condición de estabilidad laboral reforzada?	
Consideraciones de la corte:	
<p>Para resolver los problemas jurídicos planteados se abordarán las siguientes temáticas: (i) estabilidad laboral relativa de los servidores públicos nombrados en provisionalidad que desempeñan cargos de carrera administrativa, (ii) sujetos de especial protección y (iii) caso concreto.</p> <p>la Ley 100 de 1993 en su artículo 33, modificado por el art. 9 de la Ley 797 de 2003, estableció lo siguiente:</p> <p>«Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:</p> <ol style="list-style-type: none"> Haber cumplido (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre. A partir del 1° de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.»⁶ En este sentido el señor Javier Cárdenas, cuenta con las semanas cotizadas para obtener la pensión de vejez y le falta aproximadamente 1 año y tres meses para cumplir la edad y hacerse beneficiario de la pensión de jubilación. <p>En este punto, es necesario recordar los pronunciamientos de la Corte Constitucional, que establecen si existe o no calidad de prepensionable cuando una persona ya cumplió sus semanas de cotización y le hace falta la edad de pensión para hacerse beneficiaria de la pensión de jubilación.</p> <p>Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia de unificación SU003 de 2018, estableció que cuando el único requisito restante para ser beneficiario de la pensión de jubilación es el de edad ya que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, no se</p>	

<p>puede establecer que una persona es beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, teniendo en cuenta que el requisito de la edad se puede cumplir con o sin vinculación laboral vigente y en consecuencia no se frustra el acceso a la pensión de vejez. En ese orden de ideas, y teniendo en cuenta que el señor Javier Cárdenas cuenta con 1783.86 semanas cotizadas, es decir únicamente le hace falta cumplir el requisito de la edad para obtener la pensión de jubilación, no es beneficiario del fuero de estabilidad laboral reforzada por prepensionado.</p>					
Decisión:					
PRIMERO. NEGÓ el derecho a la estabilidad laboral reforzada al accionante.					
Regla jurídica aplicable:					
<p>Cuando el único requisito restante para ser beneficiario de la pensión de jubilación es el de edad ya que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, no se puede establecer que una persona es beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, teniendo en cuenta que el requisito de la edad se puede cumplir con o sin vinculación laboral vigente y en consecuencia no se frustra el acceso a la pensión de vejez.</p>					
Jurisprudencia citada:					
Sentencia SU 003-2018					
Subreglas:					
Empleador		Persona prepensionada		Tipo de Sentencia (X)	
Obligación	Eximente	Obligación	Protección	S. hito fundadora de línea	
Verificar los requisitos para la pensión de jubilación de la persona prepensionable, edad y número de semanas	Cuando cumple solo con el requisito de las semanas no es beneficiario del fuero de ELR de prepensionable.	Poner en conocimiento al empleador sobre el cumplimiento de los requisitos de la pensión de vejez o jubilación antes de ser notificado.		S. hito consolidadora de línea	X
				S. hito modificadora de línea (cambio de jurisprudencia)	
				S. hito reconceptualizadora de línea	
				S. hito dominante	
				S. hito nicho citacional	X

Anexo C. Análisis jurisprudencial de la Sentencia No. 76001-23-33-000-2019-00942-01 (AC), Consejo de Estado del 28 de noviembre de 2019.

Corporación, número de sentencia o radicación, Fecha y magistrado ponente:	
Número de sentencia o radicación: 76001-23-33-000-2019-00942-01(AC) Fecha: 28 de noviembre de 2019	
Magistrado Ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS	
Subtema:	
Insubsistencia de empleado en provisionalidad (Caso Municipio Santiago de Cali)	
Hechos relevantes (presupuestos fácticos): (SI o NO)	
Sentencia del Consejo de Estado	Si
Conflicto entre empleador y persona prepensionada	Si
Pretensión – Estabilidad laboral reforzada	Si
Nota: si respondió “si” en los tres aspectos anteriores, continúe. De lo contrario, descarte esta sentencia.	
Problema(s) Jurídico(s):	
¿Determinar si el municipio de Santiago de Cali vulnera los derechos fundamentales al trabajo, seguridad social y al mínimo vital de la parte actora, al abstenerse de retirar del concurso de méritos No 437 de 2017–Valle del Cauca, el cargo que ella viene desempeñando, a pesar de tener la condición de prepensionada?	
Consideraciones de la corte:	
<p>Con el fin de resolver tales interrogantes resulta pertinente pronunciarse de manera previa sobre: i) marco jurisprudencial respecto de la estabilidad laboral reforzada de los prepensionados, para posteriormente; y ii) resolver el caso concreto.</p> <p>VIII.3. Marco jurisprudencial respecto de la estabilidad laboral reforzada de los prepensionados.</p> <p>La figura de “prepensionados” es de creación jurisprudencial, la cual tiene como objeto proteger las expectativas del empleado que está próximo a causar su derecho de pensión de vejez o jubilación, de no ser retirado o despedido de sus empleos hasta tanto no se les haya reconocido dicha prestación económica.</p> <p>Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia SU 897 de 2012, sostuvo 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 [...]”. (negrillas de la Sala).</p> <p>En relación con los trabajadores que se encuentran vinculados en cargos de provisionalidad y tienen la calidad de prepensionados, la Corte Constitucional ha señalado que: “[...] De manera excepcional, la ley permite que los empleos de carrera puedan ser ocupados por servidores nombrados en provisionalidad cuando se presenten vacancias definitivas o temporales y, por razones del servicio, se requiera de personal suficiente para atender las necesidades de la administración, mientras estos se proveen en propiedad conforme a las</p>	

formalidades legales o cesa la situación que originó la vacancia. En ese contexto, ha dicho la Corte, si bien es cierto el servidor no podrá permanecer indefinidamente en el cargo, tampoco se crea una equivalencia a un empleo de libre nombramiento y remoción, de ahí que no proceda su desvinculación por la simple voluntad discrecional del nominador.

5.4. Bajo ese entendido, los servidores nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, tal y como lo ha reconocido esta corporación en reiterados pronunciamientos, gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que se traduce en que su retiro del servicio público solo tendrá lugar por causales objetivas previstas en la Constitución y en la ley, o para proveer el cargo que ocupan con una persona que haya superado satisfactoriamente el respectivo concurso de méritos, razones todas estas que deberán ser claramente expuestas en el acto de desvinculación, como garantía efectiva de su derecho al debido proceso y al acceso en condiciones de igualdad a la función pública.

(...)

5.7. En ese sentido, el ente nominador está en la obligación de brindarle a los servidores en las condiciones especiales anotadas, un trato preferencial, como acción afirmativa, antes de proceder a nombrar en sus cargos a quienes integraron la lista de elegibles una vez superadas todas las etapas del respectivo concurso de méritos (...)

5.8. Así, respecto de las medidas que pueden adoptarse para no lesionar los derechos fundamentales de este grupo de servidores, en la sentencia SU-446 de 2011, la Corte Constitucional destacó la importancia de que los órganos del Estado y, en particular, la Fiscalía General de la Nación, (i) dispongan lo necesario para garantizar que sean los últimos en ser desvinculados y, (ii) de ser posible, procure su reubicación en empleos que aún se encuentren vacantes, iguales o equivalentes a aquellos que venían ocupando en provisionalidad, mientras estos son cubiertos en propiedad mediante el sistema de carrera [...]6". (negrillas de la Sala).

Ahora bien, la Corte Constitucional, en sentencia SU 003 de 2018 procedió a “[...] unificar la jurisprudencia constitucional en cuanto al alcance del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable. Para tales efectos, debe la Sala Plena determinar si cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, puede considerarse que la persona en esta situación es beneficiaria de dicha garantía de estabilidad laboral reforzada [...]”. (negrillas de la Sala).

Con fundamento en lo anterior, la referida corporación estableció que:

“[...] Para la Sala Plena, con fines de unificación jurisprudencial, cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, no hay lugar a considerar que la persona es beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, dado que el requisito faltante de edad puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente. En estos casos, no se frustra el acceso a la pensión de vejez [...]”7. (negrillas de la Sala).

De todo lo transcrito, se colige que si bien es cierto que los empleados vinculados en provisionalidad no adquieren derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera, la realidad es que, cuando ostentan la calidad de prepensionados son sujetos de especial protección constitucional, que obliga a la entidad empleadora adoptar medidas por medio del

cual se logre garantizarles sus derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital y al trabajo, hasta que les sea reconocido la pensión de vejez o jubilación; dicha protección únicamente resulta procedente cuando el trabajador le faltare el requisito atinente a las semanas de cotización.

VIII.4. El caso concreto

La parte actora aduce que el municipio de Santiago de Cali vulneró sus derechos fundamentales al trabajo, a la seguridad social y al mínimo vital, por cuanto en el concurso de méritos Nro. 437 de 2017 – Valle del Cauca, ofertó el cargo que ella viene desempeñando, desconociendo su condición de prepensionada, por lo que, a su juicio, no puede ser desvinculada de dicho empleo en virtud de lo dispuesto en el parágrafo 2º del artículo 263 de la Ley 1955 de 25 de mayo de 2019.

El a quo adujo que, en el presente asunto, la parte actora no demostró su condición de prepensionada, en tanto que “[...] no se probó fehacientemente si el capital acumulado le otorga una pensión de jubilación [...]”. Inconforme con dicha aseveración, la impugnante sostuvo que, a partir de la historia laboral expedida por Colfondos y aportada en el expediente de tutela, se encontraba probada tal condición o calidad.

La Sala advierte que, en efecto, a partir de la historia laboral expedida por Colfondos obrante a folios 17 a 24 del expediente de tutela, se evidencia que la señora García Díaz tiene un total de 1.2268 semanas cotizadas al sistema general de pensiones (con fecha de corte de 31 de marzo de 2019), y actualmente cuenta con más de 59 años⁹, por lo que de conformidad con lo previsto en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993¹⁰, tiene causado su derecho a la prestación económica de vejez.

En ese contexto y poniendo de relieve que la Corte Constitucional, en sentencia SU-003 de 2018¹¹, restringió el nivel de protección de las garantías fundamentales de los prepensionados, al excluir de ese grupo poblacional a aquellas personas que cumplen el requisito de densidad de semanas, la Sala puede colegir que, en el presente asunto, la parte actora no ostenta la calidad de prepensionada, dado que, se reitera, cumple con los presupuestos previstos en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993 para acceder al reconocimiento de su pensión de vejez. En ese mismo sentido se pronunció la Sección Cuarta de esta Corporación en sentencia de tutela de 30 de mayo de 2019, mediante la cual revocó el fallo de primera instancia, como consecuencia de ello, negó el amparo deprecado, al considerar lo siguiente:

“[...] la Ley 100 de 1993 en los artículos 35, 64 y 65 establece la pensión mínima de vejez o jubilación y los requisitos para obtener la pensión de vejez a los afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad y la garantía de pensión mínima¹². Entonces, en el presente caso el actor a 31 de marzo de 2018 cuenta con 1164,14 semanas cotizadas¹³ y 61 años de edad¹⁴, por lo que sería potencial beneficiario de la pensión mínima de vejez o jubilación, una vez alcance los 62 años de edad.

Así las cosas, en aplicación a la regla jurisprudencial fijada por la Corte Constitucional en la sentencia SU-003 de 2018, esto es, que cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de la edad, no hay lugar a considerar que la persona sea beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada como prepensionable, dado que el mismo puede ser cumplido con o sin vinculación laboral vigente. En tal virtud, encuentra la Sala que el señor Urbano Álvarez Rubio no hace parte del grupo poblacional de prepensionados, pues como se expuso de manera precedente el único requisito que le falta para el reconocimiento de la

<p>pensión de vejez es el de la edad y, por lo tanto, no es beneficiario de la protección constitucional de la estabilidad laboral reforzada, a lo que se agrega que no se evidencia una situación especial que amerite la urgente intervención del juez constitucional [...]”15. (negritas de la Sala).</p> <p>Además de lo anterior, la Sala señala que comparte lo expuesto por el fallador de primera instancia, en cuanto sostuvo que “[...] estaría la accionante aun solicitando la protección de sus derechos fundamentales argumentando una mera expectativa de un hecho futuro que resulta incierto [...]”. (negritas de la Sala).</p> <p>Lo anterior, teniendo en cuenta que la hoy tutelante fundamenta su solicitud de amparo en supuestos de hechos que no han ocurrido (futuros), toda vez que en la actualidad se encuentra vinculada laboralmente en el cargo de secretaria en el municipio de Santiago de Cali, por lo que resulta dable concluir que la vulneración de los derechos fundamentales alegada es inexistente.</p> <p>Con fundamento en las anteriores premisas, no está acreditado la calidad de prepensionada y, mucho menos la vulneración de los derechos fundamentales al trabajo, a la seguridad social y al mínimo vital de la accionante.</p>					
Decisión:					
PRIMERO. CONFIRMAR, el fallo de 30 de octubre de 2019, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.					
Regla jurídica aplicable:					
La entidad del estado debe tomar las siguientes medidas para desvincular servidores en provisionalidad que gocen de la ELR por ser prepensionado frente a un concurso de méritos: (i) Que dispongan lo necesario para garantizar que sean los últimos en ser desvinculados y, (ii) de ser posible, se procure su reubicación en empleos que aún se encuentren vacantes, iguales o equivalentes a aquellos que venían ocupando en provisionalidad, mientras estos son cubiertos en propiedad mediante el sistema de carrera.					
Jurisprudencia citada:					
Sentencia SU 003 de 2018, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de tutela 30 de mayo de 2019, expediente con radicación número: 11001-03-15-000-2018-01930-01(AC)					
Subreglas:					
Empleador		Persona prepensionada		Tipo de Sentencia (X)	
Obligación	Eximente	Obligación	Protección	S. hito fundadora de línea	
Disponer lo necesario para garantizar que sean los últimos en ser desvinculados y, (ii) de ser posible, se procure su	El derecho del prepensionado cede frente al derecho de quien gana la vacante del concurso de méritos.	Poner en conocimiento al empleador sobre las condiciones de prepensionado antes de ser notificado.	Son los últimos que se deben desvincular y se debe procurar su reubicación en un cargo equivalente que venía ocupando	S. hito consolidadora de línea	X

reubicación en empleos que aún se encuentren vacantes, iguales o equivalentes a aquellos que venían ocupando en provisionalidad, mientras estos son cubiertos en propiedad mediante el sistema de carrera.			en provisionalidad.		
				S. hito modificadora de línea (cambio de jurisprudencia)	
				S. hito reconceptualizadora de línea	
				S. hito dominante	
				S. nicho citacional	

Anexo D. Análisis jurisprudencial de la Sentencia No. 11001-03-15-000-2019-03250-00(AC), Consejo de Estado del 14 de agosto de 2019.

Corporación, número de sentencia o radicación, Fecha y magistrado ponente:	
Número de sentencia o radicación: 11001-03-15-000-2019-03250-00(AC) Fecha: 14 de agosto de 2019	
Magistrado Ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS	
Subtema:	
Insubsistencia de empleo de libre nombramiento y remoción (Caso Presidencia Consejo de Estado)	
Hechos relevantes (presupuestos fácticos): (SI o NO)	
Sentencia del Consejo de Estado	Si
Conflicto entre empleador y persona prepensionada	Si
Pretensión – Estabilidad laboral reforzada	Si
Nota: si respondió “si” en los tres aspectos anteriores, continúe. De lo contrario, descarte esta sentencia.	
Problema(s) Jurídico(s):	
¿El acto administrativo que declaró insubsistente al señor Misael Sánchez Avilés desconoció la estabilidad laboral reforzada que alega el tutelante en calidad de prepensionado y, por tanto, procede ordenar el reintegro a su puesto de trabajo como garantía a sus derechos fundamentales?	
Consideraciones de la corte:	
<p>Con todo, una decisión de retiro en ejercicio de la facultad discrecional, no significa autorización para el ejercicio arbitrario de la función pública, puesto que el nominador está obligado a ejercer su poder dentro del marco de la legalidad, de la justicia, de la igualdad y de la razonabilidad, alejado de cualquier capricho que desconozca los derechos laborales de quienes desempeñan empleos de libre nombramiento y remoción y los fines de la administración relacionados con el mejoramiento del servicio.</p> <p>Entre ellas, una garantía que se mantiene con independencia del tipo de vinculación es la estabilidad laboral reforzada¹⁶ para los casos de personas amparadas por el fuero sindical, en condiciones de invalidez o discapacidad, mujeres en estado de embarazo, y prepensionados. Sobre los sujetos en condición de prepensionados, que es el caso que se alega en caso concreto, el Consejo de Estado, en sentencia del 29 de febrero de 2016, sostuvo:</p> <p>“a. La protección especial de estabilidad laboral conferida a quienes están próximos a consolidar el status pensional, es aplicable tanto a empleados en provisionalidad, como a empleados de libre nombramiento y remoción y de carrera, respecto de cualquier escenario que materialice una causal objetiva de retiro del servicio.</p> <p>b. Al ejercer la potestad discrecional de libre nombramiento y remoción, la administración deberá tener en cuenta que la protección especial de quienes están próximos a consolidar el status pensional es un imperativo constitucional, razón por la cual es necesario que el nominador realice un ejercicio de ponderación entre los derechos fundamentales de los pre</p>	

pensionados (mínimo vital, igualdad, seguridad social) y la satisfacción del interés general del buen servicio público, con el fin de tomar la decisión más “adecuada a los fines de la norma que la autoriza” y “proporcional a los hechos que le sirven de causa”², buscando en lo posible, armonizar el ejercicio de la facultad discrecional del literal a) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 con las disposiciones que consagran la protección especial de los sujetos que están próximos a pensionarse.

c. La protección especial en razón a la condición de sujeto “pre pensionado”, resulta aplicable siempre y cuando el servidor público esté próximo a pensionarse, es decir, le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez”, por lo tanto, quien para la fecha de retiro del servicio ya tiene consolidado su estatus pensional, no se encuentra en la situación fáctica de sujeto pre pensionable, aunque sí goza de otro tipo de garantía otorgada por el legislador para la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital y seguridad social, la cual se encuentra establecida en la Ley 797 de 2003, en su artículo 9, parágrafo 1, al establecer que los fondos encargados tienen el deber de reconocer la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho, motivo por el cual la persona no quedará desamparada, pues tendrá derecho a disfrutar de la pensión.

Así las cosas, la sola condición de estar próximo a consolidar el estatus pensional no tiene el alcance de enervar la facultad discrecional con que cuenta la administración para retirar del servicio a un empleado de libre nombramiento y remoción, mediante la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, la cual en todo caso deberá ser ejercida bajo la estricta regla consagrada en el artículo 44 del CPACA, es decir, ser adecuada los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa, buscando armonizar la protección especial del servidor público que está próximo a cumplir los requisitos de su pensión con la finalidad del buen servicio público.

Bajo estos supuestos, la Sala confirmará la decisión del Tribunal en cuanto consideró que el nominador estaba facultado legalmente para proceder al retiro por declaratoria de insubsistencia del cargo desempeñado por el actor, toda vez que ocupaba un cargo de libre nombramiento y remoción, decisión que se presume expedida en aras del buen servicio; además, teniendo en cuenta que en el presente caso el demandante no se encontraba dentro de los supuestos facticos de la protección laboral reforzada concebida para los sujetos que están próximos a pensionarse, toda vez que al momento de su retiro del servicio ya había consolidado el estatus pensional por el cumplimiento de los requisitos legales” . (Subraya la Sala).

Decisión:

PRIMERO. NEGAR el amparo constitucional que solicitó Misael Sánchez Avilés, por las razones consignadas en la parte motiva de esta providencia.

Regla jurídica aplicable:

La condición de sujeto “pre pensionado”, resulta aplicable siempre y cuando el servidor público esté próximo a pensionarse, es decir, le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez”, por lo tanto, quien para la fecha de retiro del servicio ya tiene consolidado su estatus pensional, no se encuentra en la situación fáctica de sujeto pre

pensionable al establecer que los fondos encargados tienen el deber de reconocer la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho, motivo por el cual la persona no quedará desamparada, pues tendrá derecho a disfrutar de la pensión.					
Jurisprudencia citada:					
Sentencia T-014 de 2019, Sentencia N. 050012333000201200285-01 del 29 de febrero de 2016.					
Subreglas:					
Empleador		Persona prepensionada		Tipo de Sentencia (X)	
Obligación	Eximente	Obligación	Protección	S. hito fundadora de línea	
Al ejercer la potestad discrecional de libre nombramiento y remoción, la administración deberá tener en cuenta que la protección especial de quienes están próximos a consolidar el status pensional es un imperativo constitucional, razón por la cual es necesario que el nominador realice un ejercicio de ponderación entre los derechos fundamentales de los prepensionados (mínimo vital, igualdad, seguridad social) y la satisfacción del interés general del buen servicio público, con el fin de tomar la decisión más “adecuada a los fines de la norma que la autoriza” y “proporcional a los hechos que le sirven de causa” ² , buscando en lo posible, armonizar el ejercicio de la facultad discrecional del literal a) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 con las disposiciones que consagran la protección especial de los sujetos que	Que el prepensionado al momento de desvincularlo no cumpla los requisitos para acceder a la pensión de vejez o jubilación.	Poner en conocimiento al empleador sobre el no cumplimiento de los requisitos de pensión de vejez o jubilación al momento de su desvinculación.	.	S. hito consolidadora de línea	X

están próximos a pensionarse.					
				S. hito modificadora de línea (cambio de jurisprudencia)	
				S. hito reconceptualizadora de línea	
				S. hito dominante	
				S. nicho citacional	

Anexo E. Análisis jurisprudencial de la Sentencia No. 11001-03-15-000-2018-01930-01(AC), Consejo de Estado del 30 de mayo de 2019.

Corporación, número de sentencia o radicación, Fecha y magistrado ponente:	
Número de sentencia o radicación: 11001-03-15-000-2018-01930-01(AC) Fecha: 30 de mayo de 2019	
Magistrado Ponente: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO	
Subtema:	
Insubsistencia de empleado en provisionalidad (Caso Municipio Flandes y Tribunal administrativo de Tolima)	
Hechos relevantes (presupuestos fácticos): (SI o NO)	
Sentencia del Consejo de Estado	Si
Conflicto entre empleador y persona prepensionada	Si
Pretensión – Estabilidad laboral reforzada	Si
Nota: si respondió “si” en los tres aspectos anteriores, continúe. De lo contrario, descarte esta sentencia.	
Problema(s) Jurídico(s):	
¿Determinar si la decisión de primera instancia fue acertada en declarar la carencia actual de objeto o, si por el contrario, se debe revocar, en tanto al actor consideró que tiene dos le faltan menos dos años para adquirir el estatus pensional teniendo en cuenta que adujo ser beneficiario del fuero de estabilidad laboral reforzada como prepensionado.?	
Consideraciones de la corte:	
<p>Estabilidad laboral reforzada de prepensionados. Alcance de la noción de prepensionado fijada por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-003 de 2018.</p> <p>La Corte Constitucional se ha referido en varias ocasiones a la estabilidad laboral reforzada de las personas que están cercanas a cumplir los requisitos para obtener la pensión de vejez, cuando de manera intempestiva pierden su empleo afectándose su mínimo vital y amenazando la posibilidad de completar la densidad de las cotizaciones.</p> <p>Inicialmente, se habló de este tipo de estabilidad en el contexto de la reestructuración de las entidades públicas que enfrentaron procesos de liquidación, por lo que se creó la figura del retén social consagrado en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, "Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades Extraordinarias al Presidente de la República".</p> <p>Posteriormente a trves de la sent4ncia T-186 de 2013, al resolver el caso de una funcionaria que ocupaba un cargo público en provisionalidad y fue desvinculada para proveer el cargo por quien superó el concurso de méritos, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional concedió el amparo del derecho a la estabilidad laboral reforzada al encontrar que tenía la condición de prepensionada pues faltaban menos de tres años para cumplir los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez.</p> <p>De este pronunciamiento, la Sala considera necesario destacar que en aquella oportunidad, se aplicó la protección constitucional establecida inicialmente a personas que ostentaban la condición de prepensionado, bajo las características establecidas para la figura del “reten social”, a un caso en el cual el retiro no se originaba en la supresión del mismo ante la</p>	

liquidación de la entidad o en el marco de los procesos de reestructuración de la Administración Pública, sino la provisión a través del concurso de méritos. Se consideró, para tal efecto, que las personas próximas a pensionarse son sujetos de especial protección constitucional y que “concorre una relación de dependencia intrínseca entre la permanencia en el empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, particularmente el mínimo vital y la igualdad de oportunidades”.

A partir de ese argumento, la jurisdicción constitucional ha amparado los derechos fundamentales de personas que se encuentran cercanas a obtener la pensión de vejez, esto es, que le faltaren tres o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para acceder al reconocimiento de esa prestación pensional.

De esta manera, en la sentencia T-824 de 2014, la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional amparó los derechos fundamentales de un trabajador del Banco Agrario quien fue desvinculado “por expiración del plazo presuntivo”, sin que Colpensiones expidiera el acto administrativo de reconocimiento de la pensión de vejez y, en consecuencia, dispuso su reintegro hasta que fuera incluido en nómina de pensionados.

Bajo esta misma línea, mediante sentencia T-357 de 2016, protegió los derechos fundamentales de un trabajador del Banco Agrario a quien fue desvinculado “por expiración del plazo presuntivo”, cuando le faltaban menos de tres años para alcanzar el estatus pensional, pues tenía 62 años y 1.216 semanas de cotización.

En esta ocasión, la Corte Constitucional estableció que tiene la condición de prepensionado “toda persona con contrato de trabajo que le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez”.

Los anteriores pronunciamientos evidencian la línea de decisión que traían las distintas Salas de Revisión de la Corte Constitucional, en torno a la figura de prepensionado como categoría autónoma de protección esto es, independiente de la figura del retén social.

En esa medida, se ha considerado la importancia de la permanencia en el empleo público para el ejercicio de otros derechos fundamentales, particularmente el mínimo vital, y se ha otorgado protección del derecho a la estabilidad laboral reforzada de trabajadores del sector público y privado que les faltaren menos de tres años para adquirir el estatus pensional, en casos en que la desvinculación laboral amenaza garantías fundamentales como el mínimo vital y la igualdad de oportunidades, entre otros.

No obstante, de manera reciente la Sala Plena de la Corte Constitucional a través de la Sentencia SU-003 de 20181, restringió el nivel de protección de las garantías fundamentales de los prepensionados al excluir de ese grupo poblacional a aquellas personas que cumplen el requisito de densidad en las cotizaciones.

En esa oportunidad se propuso resolver, entre otros, la siguiente problemática: “unificar la jurisprudencia constitucional en cuanto alcance del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable. Para tales efectos, debe la Sala Plena determinar si cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de edad, dado que se acredita el cumplimiento

<p>del número mínimo de semanas de cotización, puede considerarse que la persona en esta situación es beneficiaria de dicha garantía de estabilidad laboral reforzada”.</p> <p>Como respuesta a ese interrogante, la Corte Constitucional estableció “con fines de unificación jurisprudencial, que cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, no hay lugar a considerar que la persona es beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, dado que el requisito faltante de edad puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente. En estos casos, no se frustra el acceso a la pensión de vejez”.</p> <p>En suma, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional vigente se garantiza el derecho a la estabilidad laboral reforzada del prepensionado, entendido como tal a aquel trabajador que le faltare menos de tres años para cumplir el requisito de densidad en las cotizaciones. En todo caso, para la Sala la aplicación de esta regla dependerá de las particularidades de cada caso y, por lo tanto, le corresponde al juez constitucional verificar la posible afectación de otras garantías fundamentales que solo se puedan protegerse por medio de la vinculación laboral.</p>					
Decisión:					
PRIMERO. NEGAR el amparo constitucional que solicitó Urbano Alvarez Rubio, por las razones consignadas en la parte motiva de esta providencia.					
Regla jurídica aplicable:					
Cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de la edad, no hay lugar a considerar que la persona sea beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada como prepensionable, dado que el mismo puede ser cumplido con o sin vinculación laboral vigente.					
Jurisprudencia citada:					
Sentencia T-186 de 2013, Sentencia T-824 de 2014, Sentencia T-357 de 2016, Sentencia SU-003 de 2018					
Subreglas:					
Empleador		Persona prepensionada		Tipo de Sentencia (X)	
Obligación	Eximente	Obligación	Protección	S. hito fundadora de línea	
Al momento de emitir el acto administrativo de desvinculación, debe revisar que requisitos y el tiempo que el empleado tiene para acceder a la pensión de vejez o jubilación .	Que el prepensionado al momento de desvincularlo cumpla solo con el requisito de las semanas cotizada o total del ahooro	Poner en conocimiento al empleador sobre el no cumplimiento de dos requisitos de pensión de vejez o jubilación al momento de su desvinculación.	.	S. hito consolidadora de línea	X

	individual RAIS.				
				S. hito modificadora de línea (cambio de jurisprudencia)	
				S. hito reconceptualizadora de línea	
				S. hito dominante	
				S. nicho citacional	

Anexo F. Análisis jurisprudencial de la Sentencia No. 11001-03-15-000-2018-02044-01(AC), Consejo de Estado del 15 de noviembre de 2018.

Corporación, número de sentencia o radicación, Fecha y magistrado ponente:	
Número de sentencia o radicación: 11001-03-15-000-2018-02044-01(AC) Fecha: 15 de noviembre de 2018	
Magistrado Ponente: ROCIO ARAUJO OÑATE	
Subtema:	
Insubsistencia de empleado en provisionalidad (Caso Presidencia CSJ-sala disciplinaria)	
Hechos relevantes (presupuestos fácticos): (SI o NO)	
Sentencia del Consejo de Estado	Si
Conflicto entre empleador y persona prepensionada	Si
Pretensión – Estabilidad laboral reforzada	Si
Nota: si respondió “si” en los tres aspectos anteriores, continúe. De lo contrario, descarte esta sentencia.	
Problema(s) Jurídico(s):	
¿Determinar si procede en el caso concreto la protección de los derechos fundamentales invocados por la actora, para lo cual se analizará si es sujeto de protección laboral reforzada en calidad de prepensionada?	
Consideraciones de la corte:	
<p>La Sala Plena de la Corte Constitucional fijó las siguientes reglas:</p> <p>3.2.5.1. En primer lugar, como regla general las personas nombradas en cargos de libre nombramiento y remoción, no gozan de estabilidad laboral reforzada, por la naturaleza del cargo que desempeñan, regla que es en principio aplicable a las personas nombradas en provisionalidad. No obstante, en situaciones excepcionales cuando en la relación laboral una de las partes la conforma un sujeto especialmente protegido, puede llegar a reconocérsele la garantía de la estabilidad laboral, pero relativa.</p> <p>3.2.5.2. En segundo lugar, a los cargos desempeñados en provisionalidad o de libre nombramiento y remoción excepcionalmente le son aplicables reglas de prepensionados o de retén social, gozando, se reitera, de una estabilidad relativa.</p> <p>3.2.6. Por su parte, en la sentencia SU-003 de 2018², la Corte Constitucional, complementó las reglas anteriores, en el sentido de señalar que <i>“Cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, no hay lugar a considerar que la persona es beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, dado que el requisito faltante de edad puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente. En estos casos, no se frustra el acceso a la pensión de vejez.”</i></p>	

3.2.7. Al aplicar el marco conceptual expuesto al caso concreto, al encontrar que la accionante tenía a la fecha de presentación de la demanda de tutela 1.576 semanas cotizadas que superan ampliamente las 1.300 exigidas en el régimen de pensiones, que desempeña una profesión liberal como es la abogacía y que desempeñó un alto cargo en la Procuraduría General de la Nación y en la Rama Judicial, esta Sala confirmará la sentencia de primera instancia que negó la petición de amparo constitucional.					
Decisión:					
PRIMERO. NEGAR el amparo constitucional que solicitó Olga Lucía Manrique Osorio, por las razones consignadas en la parte motiva de esta providencia.					
Regla jurídica aplicable:					
Cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, no hay lugar a considerar que la persona es beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, dado que el requisito faltante de edad puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente. En estos casos, no se frustra el acceso a la pensión de vejez.					
Jurisprudencia citada:					
Sentencia SU-691 de 2017, Sentenci SU-003 de 2018					
Subreglas:					
Empleador		Persona prepensionada		Tipo de Sentencia (X)	
Obligación	Eximente	Obligación	Protección	S. hito fundadora de línea	
Cunado el único requisito para acceder a la pensión de vejez es la edad, dado que crédito el número de semanas cotizadas, no es considerada con fuero de estabilidad laboral reforzada.	Que el prepensionado al momento de desvincularlo no cumpla los requisitos para acceder a la pensión de vejez o jubilación.	Poner en conocimiento al empleador sobre el no cumplimiento de los requisitos de pensión de vejez o jubilación al momento de su desvinculación.	No importa el tipo de vinculación si cumple con los requisitos para ser prepensionable la corte lo concede.	S. hito consolidadora de línea	X
				S. hito modificadora de línea (cambio de jurisprudencia)	

				S. hito reconceptualizadora de línea	
				S. hito dominante	
				S. nicho citacional	

Anexo G. Análisis jurisprudencial de la Sentencia No. 11001-03-15-000-2018-00922-01(AC), Consejo de Estado del 26 de septiembre de 2018.

Corporación, número de sentencia o radicación, Fecha y magistrado ponente:	
Número de sentencia o radicación: 11001-03-15-000-2018-00922-01(AC) Fecha: 26 de septiembre de 2018	
Magistrado Ponente: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO	
Subtema:	
Insubsistencia de empleado en provisionalidad (Caso Tribunal Administrativo de Tolima-Municipio de Flandes).	
Hechos relevantes (presupuestos fácticos): (SI o NO)	
Sentencia del Consejo de Estado	Si
Conflicto entre empleador y persona prepensionada	Si
Pretensión – Estabilidad laboral reforzada	Si
Nota: si respondió “si” en los tres aspectos anteriores, continúe. De lo contrario, descarte esta sentencia.	
Problema(s) Jurídico(s):	
¿Determinar si la decisión de primera instancia fue acertada al tutelar el derecho a la estabilidad laboral reforzada de la señora Dora Elizabeth Mejía Pinzón o, si por el contrario se debe revocar, en tanto a la actora le faltan menos de tres años para adquirir el estatus pensional teniendo en cuenta que el requisito de las semanas de cotización ya se cumplió y, de esa manera, no hay lugar a considerar que la persona sea beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada como prepensionable.?	
Consideraciones de la corte:	
<p>Estabilidad laboral reforzada de prepensionados. Alcance de la noción de prepensionado fijada por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-003 de 2018.</p> <p>La Corte Constitucional se ha referido en varias ocasiones a la estabilidad laboral reforzada de las personas que están cercanas a cumplir los requisitos para obtener la pensión de vejez, cuando de manera intempestiva pierden su empleo afectándose su mínimo vital y amenazando la posibilidad de completar la densidad de las cotizaciones.</p> <p>Inicialmente, se habló de este tipo de estabilidad en el contexto de la reestructuración de las entidades públicas que enfrentaron procesos de liquidación, por lo que se creó la figura del retén social consagrado en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, "Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades Extraordinarias al Presidente de la República".</p> <p>Posteriormente, a través de la sentencia T-186 de 2013 , al resolver el caso de una funcionaria que ocupaba un cargo público en provisionalidad y fue desvinculada para proveer el cargo por quien superó el concurso de méritos, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional concedió el amparo del derecho a la estabilidad laboral reforzada al encontrar que tenía la condición de prepensionada pues faltaban menos de tres años para cumplir los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez.</p>	

De este pronunciamiento, la Sala considera necesario destacar que en aquella oportunidad, se aplicó la protección constitucional establecida inicialmente a personas que ostentaban la condición de prepensionado, bajo las características establecidas para la figura del “reten social”, a un caso en el cual el retiro no se originaba en la supresión del mismo ante la liquidación de la entidad o en el marco de los procesos de restructuración de la Administración Pública, sino la provisión a través del concurso de méritos.

Se consideró, para tal efecto, que las personas próximas a pensionarse son sujetos de especial protección constitucional y que “concorre una relación de dependencia intrínseca entre la permanencia en el empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, particularmente el mínimo vital y la igualdad de oportunidades”.

A partir de ese argumento, la jurisdicción constitucional ha amparado los derechos fundamentales de personas que se encuentran cercanas a obtener la pensión de vejez, esto es, que le faltaren tres o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para acceder al reconocimiento de esa prestación pensional.

De esta manera, en la sentencia T-824 de 2014, la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional amparó los derechos fundamentales de un trabajador del Banco Agrario quien fue desvinculado “por expiración del plazo presuntivo”, sin que Colpensiones expediera el acto administrativo de reconocimiento de la pensión de vejez y, en consecuencia, dispuso su reintegro hasta que fuera incluido en nómina de pensionados.

Bajo esta misma línea, mediante sentencia T-357 de 2016, protegió los derechos fundamentales de un trabajador del Banco Agrario a quien fue desvinculado “por expiración del plazo presuntivo”, cuando le faltaban menos de tres años para alcanzar el estatus pensional, pues tenía 62 años y 1.216 semanas de cotización.

En esta ocasión, la Corte Constitucional estableció que tiene la condición de prepensionado “toda persona con contrato de trabajo que le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez”.

Las anteriores pronunciamientos evidencian la línea de decisión que traían las distintas Salas de Revisión de la Corte Constitucional, en torno a la figura de prepensionado como categoría autónoma de protección esto es, independiente de la figura del retén social.

En esa medida, se ha considerado la importancia de la permanencia en el empleo público para el ejercicio de otros derechos fundamentales, particularmente el mínimo vital, y se ha otorgado protección del derecho a la estabilidad laboral reforzada de trabajadores del sector público y privado que les faltaren menos de tres años para adquirir el estatus pensional, en casos en que la desvinculación laboral amenaza garantías fundamentales como el mínimo vital y la igualdad de oportunidades, entre otros.

No obstante, de manera reciente la Sala Plena de la Corte Constitucional a través de la Sentencia SU-003 de 2018, restringió el nivel de protección de las garantías fundamentales de los prepensionados al excluir de ese grupo poblacional a aquellas personas que cumplen el requisito de densidad en las cotizaciones.

En esa oportunidad se propuso resolver, entre otros, la siguiente problemática: “unificar la jurisprudencia constitucional en cuanto alcance del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable. Para tales efectos, debe la Sala Plena determinar si cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de edad, dado que se acredita el cumplimiento

<p>del número mínimo de semanas de cotización, puede considerarse que la persona en esta situación es beneficiaria de dicha garantía de estabilidad laboral reforzada”.</p> <p>Como respuesta a ese interrogante, la Corte Constitucional estableció “con fines de unificación jurisprudencial, que cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, no hay lugar a considerar que la persona es beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, dado que el requisito faltante de edad puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente. En estos casos, no se frustra el acceso a la pensión de vejez”.</p> <p>En suma, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional vigente se garantiza el derecho a la estabilidad laboral reforzada del prepensionado, entendido como tal a aquel trabajador que le faltare menos de tres años para cumplir el requisito de densidad en las cotizaciones. En todo caso, para la Sala la aplicación de esta regla dependerá de las particularidades de cada caso y, por lo tanto, le corresponde al juez constitucional verificar la posible afectación de otras garantías fundamentales que solo se puedan protegerse por medio de la vinculación laboral.</p>					
Decisión:					
PRIMERO. NEGAR el amparo constitucional que solicitó Dora Elizabeth mejía, por las razones consignadas en la parte motiva de esta providencia.					
Regla jurídica aplicable:					
Cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, no hay lugar a considerar que la persona es beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, dado que el requisito faltante de edad puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente. En estos casos, no se frustra el acceso a la pensión de vejez					
Jurisprudencia citada:					
Sentencia SU-003 de 2018, Sentencia T-186 de 2013, Sentencia T-824 de 2014.					
Subreglas:					
Empleador		Persona prepensionada		Tipo de Sentencia (X)	
Obligación	Eximente	Obligación	Protección	S. hito fundadora de línea	
Cunado el único requisito para acceder a la pensión de vejez es la edad, y cumple el numero de semanas cotizadas, no es considerada con fuero de estabilidad	Que el prepensionado al momento de desvincularlo no cumpla los requisitos para acceder a la pensión de vejez o jubilación.	Poner en conocimiento al empleador sobre el no cumplimiento de los requisitos de pensión de vejez o jubilación al momento de su desvinculación.	No importa el tipo de vinculación si cumple con los requisitos para ser prepensionable la corte lo concede.	S. hito consolidadora de línea	

laboral reforzada.					
				S. hito modificadora de línea (cambio de jurisprudencia)	X
				S. hito reconceptualizadora de línea	
				S. hito dominante	
				S. nicho citacional	

Anexo H. Análisis jurisprudencial de la Sentencia No. 05001-23-33-000-2017-02819-01(AC), Consejo de Estado del 21 de junio de 2018.

Corporación, número de sentencia o radicación, Fecha y magistrado ponente:	
Número de sentencia o radicación: 05001-23-33-000-2017-02819-01(AC)Fecha: 21 de junio de 2018	
Magistrado Ponente: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO	
Subtema:	
Insubsistencia de empleado en provisionalidad (Instituto Colombiano Agropecuario)	
Hechos relevantes (presupuestos fácticos): (SI o NO)	
Sentencia del Consejo de Estado	Si
Conflicto entre empleador y persona prepensionada	Si
Pretensión – Estabilidad laboral reforzada	Si
Nota: si respondió “si” en los tres aspectos anteriores, continúe. De lo contrario, descarte esta sentencia.	
Problema(s) Jurídico(s):	
¿Determinar si debe confirmarse la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 9 de noviembre de 2017, que negó el amparo de los derechos fundamentales invocados o, en su defecto, si el ICA desconoció las prerrogativas que gozan las personas que se encuentran dentro del retén social, específicamente, los prepensionados?	
ConSideraciones de la corte:	
<p>La estabilidad laboral reforzada de los prepensionados, no deriva exclusivamente de pertenecer al retén social, pues dicha protección también se extiende incluso a otro tipo de trabajadores que están fuera del ámbito de la reestructuración estatal, siempre que se encuentren próximos a cumplir los requisitos para acceder a una pensión, tal como se afirmó en la sentencia de T-357 de 2016.</p> <p>Sin embargo, esta protección especial no es de carácter absoluto, ya que, por ejemplo, “si bien estos sujetos no pueden ser despedidos sin motivación alguna, y mucho menos cuando el motivo de la desvinculación sea la razón que los hace merecedores de la especial protección laboral, sí lo pueden ser cuando exista justa causa para esto y tal despido se dé bajo los parámetros del debido proceso”</p> <p>En conclusión, la estabilidad laboral reforzada para quienes estén próximos a obtener la pensión, de acuerdo con lo dispuesto en las normas jurídicas y la jurisprudencia, no sólo se aplica a quienes están cubiertos por el denominado “retén social”, en el contexto de la liquidación de las entidades públicas, sino que también, cobija, por principio de igualdad, a otros trabajadores que cumplan con los requisitos para obtener el estatus de prepensionado. No obstante, dicha protección no es absoluta, ya que bajo ciertas circunstancias el empleador está facultado para despedir con justa causa a este tipo de trabajadores, y además, porque en el caso del “retén social” existe un límite de tiempo para aplicarla, en tanto se agota junto con la terminación del proceso liquidatorio.</p> <p>Así las cosas, es posible concluir que retirar a un servidor que ocupa un cargo en provisionalidad, porque será proveído por quien ganó el concurso de méritos, es una medida</p>	

que no es contraria a la Constitución Política. No obstante, para llevar a cabo dicha actuación es necesario demostrar la adopción de medidas afirmativas tendientes a brindar especial protección a los derechos de las personas que ocupan cargos en provisionalidad y motivar el acto de desvinculación.					
Decisión:					
PRIMERO. NEGAR el amparo constitucional pretendido, por las razones consignadas en la parte motiva de esta providencia.					
Regla jurídica aplicable:					
Cuando no se cumple con los requisitos requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, no hay lugar a considerar que la persona es beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, dado que el requisito faltante de edad puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente. En estos casos, no se frustra el acceso a la pensión de vejez.					
Jurisprudencia citada:					
Sentencia C-991 de 2004, Sentencia SU-446 de 2011, Sentencia T-326 de 2014, Sentencia T-357 de 2016, Sentencia T-186 de 2013, sentencia consejo de estado N° 88001-23-33-000-2016-00060-01					
Subreglas:					
Empleador		Persona prepensionada		Tipo de Sentencia (X)	
Obligación	Eximente	Obligación	Protección	S. hito fundadora de línea	
Nombrar al prepensionado en cargo en donde el número de integrantes de la lista de elegibles es inferior al número de empleos ofertados deberá privilegiarse al prepensionado	Los derechos del prepensionado ceden frente a los elegibles del concurso de méritos.		Ser nombrado en un cargo en donde el número de integrantes de la lista de elegibles es inferior al número de empleos ofertados.	S. hito consolidadora de línea	X
				S. hito modificadora de línea (cambio de jurisprudencia)	
				S. hito reconceptualizadora de línea	

				S. hito dominante	
				S. nicho citacional	

Anexo I. Análisis jurisprudencial de la Sentencia No. 25000-23-42-000-2017-01934-01(AC), Consejo de Estado del 25 de enero de 2018.

Corporación, número de sentencia o radicación, Fecha y magistrado ponente:	
Número de sentencia o radicación: 25000-23-42-000-2017-01934-01(AC) Fecha: 25 de enero de 2018	
Magistrado Ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS	
Subtema:	
Insubsistencia de empleado en provisionalidad (DANE)	
Hechos relevantes (presupuestos fácticos): (SI o NO)	
Sentencia del Consejo de Estado	Si
Conflicto entre empleador y persona prepensionada	Si
Pretensión – Estabilidad laboral reforzada	Si
Nota: si respondió “si” en los tres aspectos anteriores, continúe. De lo contrario, descarte esta sentencia.	
Problema(s) Jurídico(s):	
¿Determinar, a la luz de los argumentos expuestos en la impugnación, si en efecto al señor Néstor Oswaldo Litch Montaña se le vulneraron sus derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada y al mínimo vital, al declarar el DANE insubsistente su nombramiento, faltándole poco tiempo para completar las condiciones para adquirir el status de pensionado y, en consecuencia, deba ser reintegrado al cargo que ocupaba?	
Consideraciones de la corte:	
<p>Con respecto a la solicitud de reintegro de un funcionario público próximo a pensionarse, se ha aplicado la misma regla de procedencia fijada, así pues, en la sentencia T-223 de 2014, sostuvo que procede la tutela como mecanismo definitivo ante las solicitudes de reintegro de prepensionados, siempre y cuando se demuestre la amenaza de su mínimo vital.</p> <p>Concretamente señaló lo siguiente:</p> <p>Al gozar de una estabilidad laboral diferente y más intensa que los servidores públicos regulares, no es posible aplicar el mismo examen de subsidiariedad. La Corte ha sostenido que, en principio, la vía administrativa se torna ineficaz para este tipo de sujetos, pues es excesivo someterlos a esperar mucho tiempo hasta que la justicia contenciosa falle la nulidad y restablecimiento, teniendo en cuenta que necesitan su pensión y salario para sobrevivir. Ello implica que si el sujeto próximo a pensionarse cuenta con los recursos necesarios para subsistir y no ver afectado su derecho al mínimo vital, la tutela será improcedente. Si el objetivo del amparo es evitar que se lesione el mínimo vital de una persona que no recibirá su pensión hasta a que un juez administrativo falle la nulidad, evidentemente, si este mismo sujeto cuenta con suficientes recursos para no ver afectado su derecho, la tutela no será el mecanismo adecuado para ventilar esta clase de discusiones.</p> <p>(...) En efecto, esta Corte ha establecido que este trámite no es el mecanismo adecuado para solicitar el reintegro a un cargo público pues para ello existen otras vías idóneas y oportunas como la nulidad y restablecimiento del derecho salvo que el servidor público logre probar la existencia de un perjuicio irremediable. No obstante, cuando se trate de prepensionados, la</p>	

acción de tutela es, en principio, el mecanismo más adecuado siempre y cuando el derecho al mínimo vital del peticionario se encuentra amenazado por no recibir oportunamente su pensión. Si no es así, deberá acudir a instancias ordinarias a debatir estos asuntos. (Negrilla fuera del texto)

Lo anterior quiere decir que tanto los servidores públicos próximos a pensionarse como cualquier otro, en principio, no pueden acudir a la acción de tutela para discutir los actos administrativos de desvinculación. No obstante, de evidenciarse que con tal decisión la administración genera un perjuicio irremediable, se activa la competencia del juez constitucional de manera transitoria.

Estabilidad laboral de los prepensionados:

La jurisprudencia constitucional ha desarrollado la tesis de la estabilidad laboral para quienes se encuentran ad portas de adquirir el status de pensionado, con fundamento en los artículos 13, 42, 43, 44 y 48 de la Constitución Política. Esta debe aplicarse en aquellos eventos donde exista tensión entre los mecanismos que permiten la terminación del empleo con los derechos a la igualdad y al mínimo vital de las personas.

Así, la Corte ha establecido que la estabilidad laboral es una «garantía que tiene todo trabajador a permanecer en el empleo y a obtener los correspondientes beneficios salariales y prestacionales, incluso contra la voluntad del patrono, si no existe una causa relevante que justifique el despido. La doctrina ha entendido entonces que el principio de estabilidad laboral configura, en cabeza de los trabajadores, un verdadero derecho jurídico de resistencia al despido, el cual es expresión del hecho de que los fenómenos laborales no se rigen exclusivamente por el principio de la autonomía de la voluntad, ya que están en juego otros valores constitucionales, en especial la propia dignidad del trabajador y la búsqueda de una mayor igualdad entre patrono y empleado.

Sin embargo, esta condición cobija incluso a los trabajadores del sector privado que se encuentren próximos a cumplir los requisitos para acceder a una pensión, por lo que puede decirse que tiene la condición de prepensionable toda persona con contrato de trabajo que le falten tres o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez.

Como requisito para ser considerado sujeto de especial protección constitucional en el caso de los prepensionados, la Corte ha sostenido que se deben proteger los derechos de estas personas cuando su desvinculación suponga la afectación de su mínimo vital, derivada del hecho de que su salario y eventual pensión son la fuente de su sustento económico. En efecto, la mera condición de prepensionado no es suficiente para ordenar el reintegro de un trabajador, sino que es necesario evidenciar en el caso concreto que la desvinculación está poniendo en riesgo los derechos fundamentales del accionante, donde la edad es un indicador de la falta de probabilidades de integrarse al mercado laboral, que debe ser apreciado junto con el hecho de que el salario sea la única fuente de ingresos de este.

Con el ánimo de verificar la titularidad del estatus de prepensionado del accionante, se torna pertinente recordar que éste se adquiere cuando, al momento de su desvinculación, al trabajador le resten tres o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización que lo llevarían a obtener su pensión de jubilación o vejez.

En ese sentido, estando el accionante vinculado al régimen de prima media con prestación definida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado

por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, a partir del año 2014 el requisito de edad para acceder a la pensión de vejez corresponde a 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

Asimismo, con base en esa disposición normativa, la condición del tiempo de cotización a partir del año 2015 se encuentra establecida en 1300 semanas.

Para que a una persona le sea reconocido el beneficio de la estabilidad laboral por encontrarse próxima a pensionarse, su rango de edad debe 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 deben faltar solamente 156 semanas por cotizar, que corresponden a 3 años.

Teniendo en cuenta los anteriores requisitos pensionales, se observa que el accionante cumple con el requisito del tiempo de cotización, pues al 12 de septiembre de 2017 (fecha en la cual fue emitido el reporte emitido por Colpensiones), registraba 1.611,57 semanas cotizadas; pero aún no reúne el requisito de edad para acceder de manera inmediata a la pensión de vejez, ya que al momento de la presentación de la tutela (11 de octubre de 2017), contaba con 59 años, exigiéndosele una edad mínima de 62.

Así las cosas el actor cumple con la condición temporal para acceder a la titularidad de la prepensión, pues claramente la jurisprudencia constitucional ha insistido en que esta se adquirirá siempre que falten tres años o menos para obtener la jubilación, contados a partir de la desvinculación, requisito que evidentemente reúne, por tanto, es posible afirmar que goza de dicho estatus y, en consecuencia, lo ampara la estabilidad laboral que alega.

Analizado el caso del señor Néstor Oswaldo Licht Montaña, podría decirse que este debía cuestionar la decisión que declaró insubsistente su nombramiento al posesionar en el cargo que ostentaba a quien ganó el concurso de méritos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, dado que se trata de un acto administrativo de carácter particular y concreto; sin embargo, al estudiar las circunstancias que expuso en el plenario relativas a su edad (59 años), y a la carencia de recursos económicos suficientes para satisfacer sus necesidades básicas y las de su núcleo familiar mientras acredita la totalidad de los requisitos pensionales, aunado al hecho de que no cuenta con la propiedad del inmueble en el que reside, llevaron al Tribunal a concluir que el medio de control ordinario carece de eficacia para desatar la discusión planteada, consideración que comparte esta Sala.

Es del caso precisar que las condiciones de inminencia y urgencia del amparo que es requerido por un sujeto de especial protección como el accionante, exigen la inmediata intervención del juez de tutela, lo que conlleva concluir que los medios de control ordinarios no son idóneos para analizar estos casos, aun cuando se puedan solicitar medidas cautelares de urgencia.

Decisión:

PRIMERO. Conceder el amparo constitucional pretendido, por las razones consignadas en la parte motiva de esta providencia.

Regla jurídica aplicable:

Es titularidad del estatus de prepensionado cuando, al momento de su desvinculación, el trabajador le resten tres o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización que lo llevarían a obtener su pensión de jubilación o vejez.

Jurisprudencia citada:

Sentencia T-223 de 2014, Sentencias T-768 de 2005, T-587 de 2008 y C-795 de 2009, T-595 de 2016

Subreglas:

Empleador		Persona prepensionada		Tipo de Sentencia (X)	
Obligación	Eximente	Obligación	Protección	S. hito fundadora de línea	
Mntener el prepensionado en un cargo de con funciones similreso equivalentes al que ocupaba hasta que adquiriera el estatus de pensionado	Los derechos del prepensionado ceden frente a los elegibles del concurso de meritos.		Ser nombrado en un cargo de de igual o equivalentes funciones.	S. hito consolidadora de línea	X
				S. hito modificadora de línea (cambio de jurisprudencia)	
				S. hito reconceptualizadora de línea	
				S. hito dominante	
				S. nicho citacional	

Anexo J. Análisis jurisprudencial de la Sentencia No. 15001-23-31-000-2011-00557-01(3889-15), Consejo de Estado del 18 de enero de 2018.

Corporación, número de sentencia o radicación, Fecha y magistrado ponente:	
Número de sentencia o radicación: 15001-23-31-000-2011-00557-01(3889-15) Fecha: 18 de enero de 2018	
Magistrado Ponente: WILLIAN HERNANDEZ GOMEZ	
Subtema:	
Insubsistencia de empleado en libre nombramiento y remoción (PROCURADURIA GENERAL DE LA NACIÓN)	
Hechos relevantes (presupuestos fácticos): (SI o NO)	
Sentencia del Consejo de Estado	Si
Conflicto entre empleador y persona prepensionada	Si
Pretensión – Estabilidad laboral reforzada	Si
Nota: si respondió “si” en los tres aspectos anteriores, continúe. De lo contrario, descarte esta sentencia.	
Problema(s) Jurídico(s):	
¿El señor Francisco Guillermo Vega Supelano estaba cubierto por la protección de estabilidad laboral de prepensionado, pese a ocupar un cargo de libre nombramiento y remoción? En caso afirmativo: ¿Acreditó tal condición?	
Consideraciones de la corte:	
<p>Aplicación del retén social a los empleados de libre nombramiento y remoción.</p> <p>La Ley 790 de 2002 «Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República» se expidió con el propósito de renovar y modernizar la estructura de la rama ejecutiva del orden nacional, en busca de tal propósito, ordenó la liquidación o fusión de algunas entidades públicas, lo que ocasionó la afectación de sus plantas de personal y el retiro de servidores públicos.</p> <p>Precisamente, con ocasión de la posible afectación de derechos de aquellos que pudieran tener una situación que ameritara un trato especial, se creó el denominado «reten social». El mismo fue definido en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002. Conforme la ley enunciada, no pueden ser retirados del servicio, entre otros servidores públicos, aquellos que cumplieran con la totalidad de los requisitos para acceder a la pensión de vejez dentro de las 3 años siguientes a su promulgación, lo que busca proteger que estos no queden cesantes laboralmente y se afecte su derecho pensional.</p> <p>Aunque en principio, el retén social fue concebido solo para casos en los que las entidades públicas se encontraban en reestructuración, la jurisprudencia ha manifestado que esta es solo una de las situaciones en las que debe ser aplicado, puesto que no depende de un mandato legal sino que tiene su fundamento en la Constitución Política de 1991. Al respecto se expresó: [...] Bajo tal entendimiento, la Corte Constitucional ha precisado que el fundamento del reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada de los “prepensionados” no es un asunto que dependa de un mandato legislativo particular y concreto, sino que tiene raigambre constitucional, es decir, “opera para la satisfacción de los derechos fundamentales de estos</p>	

grupos poblacionales, que se verían gravemente interferidos por el retiro del empleo público”; así las cosas, sostuvo que la mencionada estabilidad no solo es aplicable en los casos que el retiro del cargo se sustenta en su supresión ante la liquidación de la entidad, o en el marco de los procesos de restructuración de la Administración Pública (retén social), siendo estos casos, apenas una especie de mecanismo, dentro de los múltiples que pueden considerarse para garantizar los derechos fundamentales involucrados por la permanencia en el empleo público de los servidores próximos a pensionarse [...] (Resalta la Sala).

La Corte Constitucional afirmó que esta garantía cubre, no solo a los empleados en carrera administrativa o en provisionalidad, sino también a quienes ocupan empleos de libre nombramiento y remoción, lo que se fundamentó en la obligación de brindar un tratamiento igual a quienes conforman un grupo de especial protección como los prepensionados toda vez que por el tipo de vinculación no se pierde esta calidad.

La Subsección en providencia del año 2016 fijó las siguientes reglas en cuanto a la aplicación del denominado «reten social» para esta clase de servidores públicos [...] De las consideraciones esbozadas, la Sala concluye lo siguiente:

- a) La protección especial de estabilidad laboral conferida a quienes están próximos a consolidar el status pensional, es aplicable tanto a empleados en provisionalidad, como a empleados de libre nombramiento y remoción y de carrera, respecto de cualquier escenario que materialice una causal objetiva de retiro del servicio.
- b) Al ejercer la potestad discrecional de libre nombramiento y remoción, la administración deberá tener en cuenta que la protección especial de quienes están próximos a consolidar el status pensional es un imperativo constitucional, razón por la cual es necesario que el nominador realice un ejercicio de ponderación entre los derechos fundamentales de los pre pensionados (mínimo vital, igualdad, seguridad social) y la satisfacción del interés general del buen servicio público, con el fin de tomar la decisión más “adecuada a los fines de la norma que la autoriza” y “proporcional a los hechos que le sirven de causa”, buscando en lo posible, armonizar el ejercicio de la facultad discrecional del literal a) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 con las disposiciones que consagran la protección especial de los sujetos que están próximos a pensionarse.
- c) La protección especial en razón a la condición de sujeto “pre pensionado”, resulta aplicable siempre y cuando el servidor público esté próximo a pensionarse, es decir, le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez”, por lo tanto, quien para la fecha de retiro del servicio ya tiene consolidado su estatus pensional, no se encuentra en la situación fáctica de sujeto pre pensionable, aunque sí goza de otro tipo de garantía otorgada por el legislador para la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital y seguridad social, la cual se encuentra establecida en la Ley 797 de 2003, en su artículo 9, parágrafo 1, al establecer que los fondos encargados tienen el deber de reconocer la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el petionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho, motivo por el cual la persona no quedará desamparada, pues tendrá derecho a disfrutar de la pensión.

Así las cosas, la sola condición de estar próximo a consolidar el estatus pensional no tiene el alcance de enervar la facultad discrecional con que cuenta la administración para retirar del

servicio a un empleado de libre nombramiento y remoción, mediante la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento [...]»					
Decisión:					
PRIMERO. NEGAR el amparo constitucional pretendido, por las razones consignadas en la parte motiva de esta providencia.					
Regla jurídica aplicable:					
La sola condición de estar próximo a consolidar el estatus pensional no tiene el alcance de enervar la facultad discrecional con que cuenta la administración para retirar del servicio a un empleado de libre nombramiento y remoción, mediante la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento					
Jurisprudencia citada:					
Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Bogotá D.C. 29 de febrero de 2016. Expediente: 050012333000201200285-01,					
Subreglas:					
Empleador		Persona prepensionada		Tipo de Sentencia (X)	
Obligación	Eximente	Obligación	Protección	S. hito fundadora de línea	
El nominador realizara un ejercicio de ponderación entre los derechos fundamentales de los pre pensionados (mínimo vital, igualdad, seguridad social) y la satisfacción del interés general del buen servicio público, con el fin de tomar la decisión más “adecuada a los fines de la norma que la autoriza” y “proporcional a los hechos que le sirven de causa”, buscando en lo posible, armonizar el ejercicio de la facultad	La postura de la discrecionalidad en la desvinculación de los cargos de libre nombramiento y remoción.	Presentar la historia laboral al empleador al momento de tener las condiciones de prepensionado, acreditar la afectacion de sus DF con ocasión de la desvinculacion.		S. hito consolidadora de línea	X

discrecional del literal a) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 con las disposiciones que consagran la protección especial de los sujetos que están próximos a pensionarse.					
				S. hito modificadora de línea (cambio de jurisprudencia)	
				S. hito reconceptualizadora de línea	
				S. hito dominante	
				S. nicho citacional	

Anexo K. Análisis jurisprudencial de la Sentencia No. 44001-23-33-000-2016-00157-01(AC), Consejo de Estado del 19 de octubre de 2017.

Corporación, número de sentencia o radicación, Fecha y magistrado ponente:	
Número de sentencia o radicación: 44001-23-33-000-2016-00157-01(AC) Fecha: 19 de octubre de 2017	
Magistrado Ponente: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO	
Subtema:	
Insubsistencia de empleado en provisionalidad (PROCURADURIA GENERAL DE LA NACIÓN)	
Hechos relevantes (presupuestos fácticos): (SI o NO)	
Sentencia del Consejo de Estado	Si
Conflicto entre empleador y persona prepensionada	Si
Pretensión – Estabilidad laboral reforzada	Si
Nota: si respondió “si” en los tres aspectos anteriores, continúe. De lo contrario, descarte esta sentencia.	
Problema(s) Jurídico(s):	
¿Establecer si las razones expuestas por la entidad demandada en el escrito de impugnación, para revocar la protección constitucional conferida al accionante en su calidad de prepensionado, son válidas o, si por el contrario, sus derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, al mínimo vital, a la seguridad social y a la igualdad, están siendo vulnerados con la decisión de la Procuraduría General de la Nación de desvincularlo del cargo de procurador 154 judicial II administrativo que venía desempeñando en provisionalidad, a pesar de que se encontraba a menos de un año de consolidar el derecho a la pensión de vejez.?	
Consideraciones de la corte:	
<p>Estabilidad laboral reforzada de los servidores en calidad de prepensionados</p> <p>La Corte Constitucional se ha referido en varias ocasiones a la estabilidad laboral reforzada de las personas que están cercanas a cumplir los requisitos para obtener la pensión de vejez. Inicialmente se habló de este tipo de estabilidad en el contexto de reestructuración de las entidades públicas que enfrentaron procesos de liquidación, por lo que se creó la figura del retén social, consagrado en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, "Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades Extraordinarias al Presidente de la República" en los siguientes términos:</p> <p>“Artículo 12. Reglamentado por el art. 12, Decreto Nacional 190 de 2003 Protección especial. 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”.</p>	

No obstante, en sentencia T-186 de 2013, la Corte indicó que “la protección de este grupo poblacional ha trascendido la órbita de la reestructuración estatal abarcando las diferentes situaciones en las que estas personas son desvinculadas del servicio generándose una afectación de sus derechos fundamentales”.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia T-326 de 2014 precisó:

“El fundamento del reconocimiento de la estabilidad laboral de los prepensionados no se circunscribe al retén social, sino que deriva de mandatos especiales de protección contenidos en la Constitución Política y del principio de igualdad material que ordena dar un trato especial a grupos vulnerables. Esto debido a que dicha estabilidad opera como instrumento para la satisfacción de los derechos fundamentales de estos grupos poblacionales, que se verían gravemente interferidos por el retiro del empleo público. Por ende, no debe confundirse la estabilidad laboral de los prepensionados con la figura del retén social, para concluir erróneamente que la mencionada estabilidad solo es aplicable en el marco del Programa de Renovación de la Administración Pública”.

Por lo anterior, la estabilidad laboral reforzada de los prepensionados, no deriva exclusivamente de pertenecer al retén social, pues dicha protección también se extiende incluso a otro tipo de trabajadores que están fuera del ámbito de la reestructuración estatal, siempre que se encuentren próximos a cumplir los requisitos para acceder a una pensión, tal como se afirmó en la sentencia de T-357 de 2016.

Sin embargo, esta protección especial no es de carácter absoluto, ya que, por ejemplo, “si bien estos sujetos no pueden ser despedidos sin motivación alguna, y mucho menos cuando el motivo de la desvinculación sea la razón que los hace merecedores de la especial protección laboral, sí lo pueden ser cuando exista justa causa para esto y tal despido se dé bajo los parámetros del debido proceso.

Decisión:

PRIMERO. CONCEDER el amparo constitucional pretendido, por las razones consignadas en la parte motiva de esta providencia.

Regla jurídica aplicable:

La estabilidad laboral reforzada que surge de la condición de prepensionado en cargos ocupados en provisionalidad, se extiende hasta que el servidor cumpla los requisitos de ley, es decir, hasta que obtenga el estatus de pensionado y no hasta que sea incluido en nómina.

Jurisprudencia citada:

Sentencia T-186 de 2013, T-326 de 2014, T-357 de 2016

Subreglas:

Empleador		Persona prepensionada		Tipo de Sentencia (X)	
Obligación	Eximente	Obligación	Protección	S. hito fundadora de línea	
El nominador de manera previa a la modificación de la planta de personal, verifiquen si		Solicitar la protección especial probando la calidad de prepensionado.	la estabilidad laboral reforzada que surge de la condición de prepensionado, en casos como el que ocupa la atención de la Sala, se extiende	S. hito consolidadora de línea	

<p>entre quienes ocupan en provisionalidad los cargos a proveer existen sujetos de especial protección, con el objetivo de tomar las medidas necesarias para que el desarrollo de las convocatorias para proveer empleos públicos no entre en colisión con derechos de desarrollo constitucional como la protección especial a quienes se encuentran próximos a adquirir su estatus pensional.</p>			<p>hasta que el servidor cumpla los requisitos de ley, edad y tiempo de servicio para tener derecho a reclamar pensión de jubilación, es decir, hasta que obtenga el estatus de pensionado y no hasta que sea incluido en nómina.</p>		
				<p>S. hito modificadora de línea (cambio de jurisprudencia)</p>	
				<p>S. hito reconceptualizadora de línea</p>	<p>X</p>
				<p>S. hito dominante</p>	
				<p>S. nicho citacional</p>	

Anexo L. Análisis jurisprudencial de la Sentencia No. 23001-23-33-000-2017-00294-01(AC), Consejo de Estado del 12 de octubre de 2017.

Corporación, número de sentencia o radicación, Fecha y magistrado ponente:	
Número de sentencia o radicación: 23001-23-33-000-2017-00294-01(AC) Fecha: 12 de octubre de 2017	
Magistrado Ponente: JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ	
Subtema:	
Insubsistencia de empleado en provisionalidad (DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL).	
Hechos relevantes (presupuestos fácticos): (SI o NO)	
Sentencia del Consejo de Estado	Si
Conflicto entre empleador y persona prepensionada	Si
Pretensión – Estabilidad laboral reforzada	Si
Nota: si respondió “si” en los tres aspectos anteriores, continúe. De lo contrario, descarte esta sentencia.	
Problema(s) Jurídico(s):	
¿Determinar si estuvo ajustada a derecho la decisión del a quo, de denegar los derechos fundamentales invocados por la señora Nayibe Lucía Ghisay Martínez, pese a su condición de prepensionada?.	
Consideraciones de la corte:	
<p>La estabilidad laboral de los sujetos de especial protección que ocupan en provisionalidad cargos de carrera</p> <p>La Corte Constitucional ha definido a los sujetos de especial protección como «aquellas personas que debido a su condición física, psicológica o social particular merecen una acción positiva estatal para efectos de lograr una igualdad real y efectiva»</p> <p>Entre las acciones positivas que ha adoptado el Estado para garantizar la igualdad efectiva de estas personas se encuentra la protección prevista en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, que prescribe:</p> <p>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.</p> <p>Si bien esa medida normativa se adoptó específicamente para el evento de la renovación de la administración pública nacional (objeto de la Ley 790 de 2002), lo cierto es que la jurisprudencia de la Corte Constitucional y, por ende, esa protección no se circunscribe únicamente al escenario previsto en la Ley 790 de 2002.</p> <p>De ese modo, se admitió que la estabilidad laboral reforzada de los sujetos de especial protección también se predica en los casos en que se proveen cargos de carrera mediante lista de elegibles.</p>	

Decisión:					
PRIMERO. CONCEDER el amparo constitucional pretendido, por las razones consignadas en la parte motiva de esta providencia.					
Regla jurídica aplicable:					
Los sujetos de especial protección que ocupen de manera provisional cargos de carrera no tienen el derecho a permanecer en el empleo de manera indefinida, pero sí debe otorgárseles un trato preferencial al momento en que vayan a ser provistos los respectivos empleos. Ese trato preferente consiste, según lo ha identificado la propia jurisprudencia constitucional en que si el número de integrantes de la lista de elegibles es inferior al número de empleos ofertados, deberá privilegiarse la permanencia de los empleados provisionales que tengan esa condición de sujetos de especial protección.					
Jurisprudencia citada:					
Sentencia T-186 de 2013, T-326 de 2014, T-167 de 2011, T-156 de 2014, T-729 de 2010, T-186 de 2013, SU-897 de 2012.					
Subreglas:					
Empleador		Persona prepensionada		Tipo de Sentencia (X)	
Obligación	Eximente	Obligación	Protección	S. hito fundadora de línea	
El nominador de manera previa a la modificación de la planta de personal, verifiquen si entre quienes ocupan en provisionalidad los cargos a proveer existen sujetos de especial protección, con el objetivo de tomar las medidas necesarias para que el desarrollo de las convocatorias para proveer empleos públicos no entre en colisión con derechos de desarrollo constitucional como la protección especial a quienes se encuentran próximos a adquirir su estatus pensional.	Ealizar acciones afirmativas como dejar en ultima instancia la vacante a proveer , verificar en la planta de personal que vacantees existen de las mismas funciones o equivalentes.	Solicitar la proteccion especial proban do la calidad de prepensionado. Y la conexidad con la vulneracion de un DF como el minimo vital, ya que el derecho del prepensionado cede frente al concurso de meritos		S. hito consolidadora de línea	

				S. hito modificadora de línea (cambio de jurisprudencia)	
				S. hito reconceptualizadora de línea	X
				S. hito dominante	
				S. nicho citacional	

Anexo M. Análisis jurisprudencial de la Sentencia No. 25000-23-37-000-2017-00498-01(AC), Consejo de Estado del 13 de septiembre de 2017.

Corporación, número de sentencia o radicación, Fecha y magistrado ponente:	
Número de sentencia o radicación: 25000-23-37-000-2017-00498-01(AC) Fecha: 13 de septiembre de 2017	
Magistrado Ponente: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO	
Subtema:	
Insubsistencia de empleado en provisionalidad (INCODER EN LIQUIDACIÓN)	
Hechos relevantes (presupuestos fácticos): (SI o NO)	
Sentencia del Consejo de Estado	Si
Conflicto entre empleador y persona prepensionada	Si
Pretensión – Estabilidad laboral reforzada	Si
Nota: si respondió “si” en los tres aspectos anteriores, continúe. De lo contrario, descarte esta sentencia.	
Problema(s) Jurídico(s):	
¿Establecer si las razones expuestas por la parte accionante en el escrito de impugnación, para acceder a la protección constitucional especial del accionante en su calidad de prepensionado, son válidas, o por el contrario, si le asiste razón <i>a quo</i> al considerar que sus derechos fundamentales a la igualdad, a la dignidad humana, al mínimo vital, a la estabilidad laboral reforzada y a la seguridad social, no son vulnerados con la decisión de suprimir el cargo que ocupaba en provisionalidad, como quiera que se le permitió permanecer en él hasta el día en que finalizó la liquidación de la entidad.	
Consideraciones de la corte:	
<p>La estabilidad laboral reforzada de los servidores en calidad de prepensionados</p> <p>La Corte Constitucional se ha referido en varias ocasiones a la estabilidad laboral reforzada de las personas que están cercanas a cumplir los requisitos para obtener la pensión de vejez. Inicialmente se habló de este tipo de estabilidad en el contexto de reestructuración de las entidades públicas que enfrentaron procesos de liquidación, por lo que se creó la figura del retén social, consagrado en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, "Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades Extraordinarias al Presidente de la República" en los siguientes términos:</p> <p>“Artículo 12. Reglamentado por el art. 12, Decreto Nacional 190 de 2003 Protección especial. 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. No obstante, en sentencia T-186 de 2013, la Corte indicó que “la protección de este grupo poblacional ha trascendido la órbita de la reestructuración estatal abarcando las diferentes</p>	

situaciones en las que estas personas son desvinculadas del servicio generándose una afectación de sus derechos fundamentales”.					
Por lo anterior, la estabilidad laboral reforzada de los prepensionados, no deriva exclusivamente de pertenecer al retén social, pues dicha protección también se extiende incluso a otro tipo de trabajadores que están fuera del ámbito de la reestructuración estatal, siempre que se encuentren próximos a cumplir los requisitos para acceder a una pensión. El carácter relativo se hace evidente, también, en el hecho de que frente a aquellos prepensionados que son desvinculados de su cargo en el contexto de la reestructuración de entidades públicas que enfrentan procesos de liquidación, la estabilidad laboral reforzada se halla limitada en el tiempo. Así pues, “la protección sólo puede ser extendida hasta que haya posibilidades fácticas y jurídicas de otorgarla, lo cual presupone la existencia de la misma empresa.					
Decisión:					
PRIMERO. CONCEDER el amparo constitucional pretendido, por las razones consignadas en la parte motiva de esta providencia.					
Regla jurídica aplicable:					
la estabilidad laboral reforzada del prepensionado se agota junto con la terminación del proceso liquidatorio, lo que conlleva la imposibilidad de ordenar el reintegro al cargo que venía ocupando. Empero, subsiste la obligación de continuar realizando los aportes a seguridad social hasta que el trabajador desvinculado reúna los requisitos para acceder al derecho pensional.					
Jurisprudencia citada:					
Sentencia T-186 de 2013, T-326 de 2014, T-357 de 2016, T-156 de 2014, T-971 de 2006, SU 377 de 2014, SU 897 de 2012, T-849 de 2010,					
Subreglas:					
Empleador		Persona prepensionada		Tipo de Sentencia (X)	
Obligación	Eximente	Obligación	Protección	S. hito fundadora de línea	
Mantener vinculado al prepensionado hasta el proceso liquidatorio.	Terminación del proceso liquidatorio. Frente a la vinculación.	Solicitar la protección especial probando la calidad de prepensionado.	Pago de la seguridad social hasta el momento de adquirir el estatus de pensionado. Para los cobijados por el retén social.	S. hito consolidadora de línea	X
Pago de aportes al SGSS en pensiones hasta el cumplimiento del tiempo mínimo de				S. hito modificadora de línea (cambio de jurisprudencia)	

cotizacion para acceder a la pension de vejes o jubilacion.					
				S. hito reconceptualizadora de línea	
				S. hito dominante	
				S. nicho citacional	

Anexo N. Análisis jurisprudencial de la Sentencia No. 19001-23-33-000-2017-00254-01(AC), Consejo de Estado del 06 de septiembre de 2017.

Corporación, número de sentencia o radicación, Fecha y magistrado ponente:	
Número de sentencia o radicación: 19001-23-33-000-2017-00254-01(AC) Fecha: 06 de septiembre de 2017	
Magistrado Ponente: JORGE OCTAVIO RAMIREZ RAMIREZ	
Subtema:	
Insubsistencia de empleado en provisionalidad (DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL).	
Hechos relevantes (presupuestos fácticos): (SI o NO)	
Sentencia del Consejo de Estado	Si
Conflicto entre empleador y persona prepensionada	Si
Pretensión – Estabilidad laboral reforzada	Si
Nota: si respondió “si” en los tres aspectos anteriores, continúe. De lo contrario, descarte esta sentencia.	
Problema(s) Jurídico(s):	
¿ Determinar si se vulneraron los derechos fundamentales invocados por el actor –en particular su derecho a la estabilidad laboral reforzada por su condición de prepensionado–, por haber sido desvinculado del cargo de Auxiliar Administrativo, Código 4044, Grado 14, que ejercía en provisionalidad, con ocasión del nombramiento de la persona que ocupó el primer puesto para ese cargo dentro del concurso de méritos, y no haber sido reubicado?	
Consideraciones de la corte:	
<p>La condición de prepensionado per se no habilita para desconocer derechos de quienes se hallan en lista de elegibles, pero debe ponderarse la posibilidad de que coetáneamente se garantice el derecho del aspirante en lista de elegibles y el derecho de quien ostenta la condición de prepensionado. Reiteración de jurisprudencia.</p> <p>De manera reiterada ha dicho la Corte que las listas de elegibles son actos administrativos de contenido particular y concreto, por tanto generan derechos subjetivos que no pueden ser desconocidos.</p> <p>Frente a la estabilidad laboral reforzada de quien alega su condición de prepensionado, en la sentencia SU-446 de 2011 señaló la Corte Constitucional que la condición de prepensionado de un empleado que ejerce un cargo de carrera en provisionalidad no le otorga un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos, y solo en caso de ser posible deberá la entidad nuevamente vincularlo en forma provisional.</p> <p>No obstante, en la sentencia T-326 de 2014 -luego de hacer un recuento de las posiciones sobre el tema fijadas por diferentes salas de revisión de tutelas- la Corte concluyó que: “(i) la decisión de la Administración de excluir del empleo público a quien lo ejerce en provisionalidad, debido a la necesidad de permitir el ingreso de quien ha superado el concurso de méritos, es una medida constitucionalmente adecuada, pues se sustenta en el carácter preeminente de esa modalidad de provisión de cargos”.</p>	

Pero, también dijo: “(ii), sin embargo, la medida no resulta necesaria cuando quien ejerce el empleo en provisionalidad es un sujeto de especial protección constitucional, como sucede con las personas próximas a pensionarse y, a su vez, concurre un margen de maniobra para la Administración en cuanto a la provisión del empleo, en razón de la diferencia entre las plazas ofertadas y aquellas provistas mediante la lista de elegibles correspondiente”; y que “(iii) una decisión en este sentido se muestra compatible con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, a la vez que resulta respetuosa de los derechos fundamentales de dichos sujetos de especial protección”.					
Decisión:					
PRIMERO. CONCEDER el amparo constitucional pretendido, por las razones consignadas en la parte motiva de esta providencia.					
Regla jurídica aplicable:					
La estabilidad laboral reforzada que surge de la condición de prepensionado se extiende hasta que el servidor cumpla los requisitos de ley -edad y tiempo de servicio- para tener derecho a reclamar pensión de jubilación, es decir, hasta que obtenga el estatus de pensionado, y no hasta que sea incluido en nómina.					
Jurisprudencia citada:					
Sentencia SU-446 de 2011, T-326 de 2014, SU-897 de 2012.					
Subreglas:					
Empleador		Persona prepensionada		Tipo de Sentencia (X)	
Obligación	Eximente	Obligación	Protección	S. hito fundadora de línea	
Reubicar al prepensionado en un puesto de igual o similar categoría, que aun quedara vacante o no haya sido suplido co lista de elegibles	Cumplimiento de requisitos de edad y tiempo de servicio y no inclusion de nomina.	Notificar la calidad de prepensionado.	Reubicación en un puesto de igual o similar categoría, que aun quedara vacante o no haya sido suplido co lista de elegibles	S. hito consolidadora de línea	X
				S. hito modificadora de línea (cambio de jurisprudencia)	
				S. hito reconceptualizadora de línea	
				S. hito dominante	
				S. nicho citacional	

Anexo Ñ. Análisis jurisprudencial de la Sentencia No. 66001-23-33-000-2017-00175-01(AC), Consejo de Estado del 23 de junio de 2017.

Corporación, número de sentencia o radicación, Fecha y magistrado ponente:	
Número de sentencia o radicación: 66001-23-33-000-2017-00175-01(AC) Fecha: 23 de junio de 2017	
Magistrado Ponente: MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ	
Subtema:	
Insubsistencia de empleado en provisionalidad (CONSEJO SECCIONAL DE LA JUDICATURA DE RISARALDA)	
Hechos relevantes (presupuestos fácticos): (SI o NO)	
Sentencia del Consejo de Estado	Si
Conflicto entre empleador y persona prepensionada	Si
Pretensión – Estabilidad laboral reforzada	Si
Nota: si respondió “si” en los tres aspectos anteriores, continúe. De lo contrario, descarte esta sentencia.	
Problema(s) Jurídico(s):	
¿Confirmar o revocar el fallo del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RISARALDA en el cual se amparo el derecho a la estabilidad laboral reforzada por su condición de prepensionado?	
Consideraciones de la corte:	
<p>Advirtió que, el accionante cuenta con 59 años de edad y con más de 1.493,29 semanas cotizadas en la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, por lo que tiene la condición de pre pensionado al faltarle 2 años y 10 meses para cumplir con el requisito de la edad.</p> <p>sostuvo que, la situación de estabilidad laboral reforzada del actor no emana de la Ley 790, sino de la propia Constitución en virtud de la especial protección que esta establece para las personas en condiciones de debilidad e indefensión manifiesta.</p> <p>Puso de presente, que no se evidenció que el cargo del accionante haya sido requerido por algún aspirante del concurso o se haya nombrado otra persona en el mismo, por lo que la administración no se encuentra en un conflicto de derechos fundamentales entre sujetos.</p>	
Decisión:	
PRIMERO. CONFIRMAR el amparo constitucional pretendido, por las razones consignadas en la parte motiva de esta providencia.	
Regla jurídica aplicable:	
<p>La situación de estabilidad laboral reforzada del actor no emana de la Ley 790, sino de la propia Constitución en virtud de la especial protección que esta establece para las personas en condiciones de debilidad e indefensión manifiesta.</p> <p>Puso de presente, que no se evidenció que el cargo del accionante haya sido requerido por algún aspirante del concurso o se haya nombrado otra persona en el mismo, por lo que la administración no se encuentra en un conflicto de derechos fundamentales entre sujetos</p>	
Jurisprudencia citada:	

Sentencia T-357 de 2016, T-326 de 2014, SU-897 de 2012				
Subreglas:				
Empleador		Persona prepensionada		Tipo de Sentencia (X)
Obligación	Eximente	Obligación	Protección	
Reubicar al prepensionado en un puesto de igual o similar categoría, que aun quedara vacante o no haya sido suplido con lista de elegibles		Notificar la calidad de prepensionado.	Reubicación en un puesto de igual o similar categoría, que aun quedara vacante o no haya sido suplido co lista de elegibles	S. hito fundadora de línea S. hito consolidadora de línea
				S. hito modificadora de línea (cambio de jurisprudencia)
				S. hito reconceptualizadora de línea
				S. hito dominante
				S. nicho citacional

Anexo O. Análisis jurisprudencial de la Sentencia No. 25000-23-25-000-2011-00985-01(1721-13), Consejo de Estado del 08 de junio de 2017.

Corporación, número de sentencia o radicación, Fecha y magistrado ponente:	
Número de sentencia o radicación: 25000-23-25-000-2011-00985-01(1721-13)Fecha: 08 de junio de 2017	
Magistrado Ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS	
Subtema:	
Insubsistencia de empleado en libre nombramiento y remoción (DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ)	
Hechos relevantes (presupuestos fácticos): (SI o NO)	
Sentencia del Consejo de Estado	Si
Conflicto entre empleador y persona prepensionada	Si
Pretensión – Estabilidad laboral reforzada	Si
Nota: si respondió “si” en los tres aspectos anteriores, continúe. De lo contrario, descarte esta sentencia.	
Problema(s) Jurídico(s):	
¿Establecer si la señora María Concepción Errazuriz Cox, tiene derecho a la protección especial establecida en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 – retén social – por ostentar la calidad de pre pensionada, pues en la demanda manifestó que para el momento de la declaratoria de insubsistencia se encontraba en trámite el reconocimiento de su pensión ante el Instituto de Seguros Sociales desde noviembre de 2010.?	
Consideraciones de la corte:	
<p>El derecho a la estabilidad laboral reforzada de las personas próximas a pensionarse. En reiteradas ocasiones, este Tribunal se ha referido al derecho a la estabilidad laboral reforzada de las personas próximas a pensionarse . El desarrollo de esta línea jurisprudencial se ha dado de forma más amplia en el contexto de reestructuración de la administración pública donde diferentes entidades estatales han sido objeto de procesos de liquidación por lo que se ha instituido la figura del retén social con el fin de garantizar los derechos al trabajo, a la seguridad social y al mínimo vital de las personas más vulnerables dentro de estas entidades como lo son las personas que se encuentran próximas a cumplir los requisitos para acceder a una pensión legal.</p> <p>Así, esta Corporación se ha referido a los prepensionados como aquellas personas próximas a pensionarse en el contexto de los procesos de renovación de la administración pública, entendiendo que “tiene la condición de prepensionado para efectos de la protección reforzada reconocida por el legislador a sujetos de especial vulnerabilidad, en el contexto de procesos de renovación de la administración pública, el servidor público próximo a pensionarse al cual le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez”.</p> <p>Con todo, la protección de este grupo poblacional ha trascendido la órbita de la reestructuración estatal abarcando las diferentes situaciones en las que estas personas son</p>	

desvinculadas del servicio generándose una afectación de sus derechos fundamentales. Son diferentes las sentencias que se han ocupado del alcance de esta protección por fuera del contexto de la renovación de la administración pública, pero resulta particularmente diáfana la distinción realizada por la Corte en la sentencia T-326 de 2014, en donde se precisó lo siguiente:

“El fundamento del reconocimiento de la estabilidad laboral de los prepensionados no se circunscribe al retén social, sino que deriva de mandatos especiales de protección contenidos en la Constitución Política y del principio de igualdad material que ordena dar un trato especial a grupos vulnerables . Esto debido a que dicha estabilidad opera como instrumento para la satisfacción de los derechos fundamentales de estos grupos poblacionales, que se verían gravemente interferidos por el retiro del empleo público. Por ende, no debe confundirse la estabilidad laboral de los prepensionados con la figura del retén social, para concluir erróneamente que la mencionada estabilidad solo es aplicable en el marco del Programa de Renovación de la Administración Pública”. (Negritas fuera del texto).

En este orden de ideas, la condición de prepensionado, como sujeto de especial protección, no necesita que la persona que alega pertenecer a dicho grupo poblacional se encuentre en el supuesto de hecho propio de la liquidación de una entidad estatal y cobija incluso a los trabajadores del sector privado que se encuentren próximos a cumplir los requisitos para acceder a una pensión por lo que puede decirse que tiene la condición de prepensionable toda persona con contrato de trabajo que le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez. (Subrayado fuera de texto). Por otro lado, esta Corporación ha precisado que el cumplimiento de los requisitos para la pensión no es garantía de reconocimiento y pago de la misma por lo que se debe proteger al trabajador que ha alcanzado la edad de jubilación y cotizado el número de semanas requeridas por la ley en el sentido de que su contrato no debe ser terminado hasta tanto este no haya sido incluido en la nómina de pensionados, ello en procura de la garantía de los derechos fundamentales al trabajo y al mínimo vital de estas personas.

Decisión:

PRIMERO. NEGAR el amparo constitucional pretendido, por las razones consignadas en la parte motiva de esta providencia.

Regla jurídica aplicable:

Quienes cumplan los requisitos de prepensionado, se convierten en un sujeto de especial protección a los que se refiere el artículo 13 de la Constitución Política, y que el ejercicio de la facultad discrecional de la cual se encuentra revestido el nominador, no puede considerarse como motivo suficiente para declarar su insubsistencia, cuando se tiene la expectativa de acceder al reconocimiento pensional, en aplicación del principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política.

Jurisprudencia citada:

Sentencia T-357 de 2016, C-759 DE 2009, T-186 de 2013, T-824 de 2014.

Subreglas:

Empleador	Persona prepensionada	Tipo de Sentencia (X)
-----------	-----------------------	-----------------------

Obligación	Eximente	Obligación	Protección	S. hito fundadora de línea	
Abstenerse de desvincular al empleado que demuestre la calidad de prepensionado de cargo libre nombramiento y remoción.	Aportar elementos probatorios que no cumple los requisitos para der prepensionado.	Notificar al empleador el cumplimiento de los requisitos de prepensionado	Sin importar la discrecionalidad del empleador para desvincularlo, si se tiene la calidad de prepensionado se es protegido.	S. hito consolidadora de línea	X
		con		S. hito modificadora de línea (cambio de jurisprudencia)	
				S. hito reconceptualizadora de línea	
				S. hito dominante	
				S. nicho citacional	

Anexo P. Análisis jurisprudencial de la Sentencia No. 13001-23-31-000-2011-00556-01(4728-14), Consejo de Estado del 25 de mayo de 2017.

Corporación, número de sentencia o radicación, Fecha y magistrado ponente:	
Número de sentencia o radicación: 13001-23-31-000-2011-00556-01(4728-14) Fecha: 25 de mayo de 2017	
Magistrado Ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ	
Subtema:	
Supresión de cargo empleado en carrera administrativa (DEPARTAMENTO DE BOLIVAR)	
Hechos relevantes (presupuestos fácticos): (SI o NO)	
Sentencia del Consejo de Estado	Si
Conflicto entre empleador y persona prepensionada	Si
Pretensión – Estabilidad laboral reforzada	Si
Nota: si respondió “si” en los tres aspectos anteriores, continúe. De lo contrario, descarte esta sentencia.	
Problema(s) Jurídico(s):	
¿La administración vulneró los derechos de carrera administrativa de la señora Lilian Margarita Manga Cedeño al no ofrecerle las opciones de que trata el artículo 44 de la Ley 909 de 2004?	
Consideraciones de la corte:	
<p>Los derechos de los servidores en carrera administrativa a quienes se les suprime el cargo El hecho de haber accedido a la función pública en virtud de un concurso de méritos, conlleva ciertas prerrogativas para el servidor que ha sido escalafonado en carrera administrativa, dentro de ellas está la de estabilidad en el empleo y como expresión de ella el artículo 44 de la Ley 909 de 2004, vigente para la época de los hechos, define los derechos que le asisten a los empleados de carrera administrativa en caso de supresión del cargo, así:</p> <p>i) Derecho preferencial a ser incorporados en una empleo igual o equivalente de la nueva planta de la misma entidad. De no ser posible, podrán optar por:</p> <p>ii) La reincorporación a empleos iguales o equivalentes, o. iii) Una indemnización.</p> <p>La posibilidad de opción legalmente establecida, surge en caso de que no se pueda brindar la oportunidad de incorporación en una plaza de la misma entidad luego de la reestructuración de la misma, y constituye el debido proceso administrativo a seguir en estos eventos, de ahí que la administración tenga el deber de ponerla de presente al servidor afectado por la supresión del empleo del cual es titular.</p> <p>En efecto, de acuerdo con el artículo 29 del Decreto 760 de 2005 , si no es posible la incorporación en la nueva planta de personal de la entidad, debido a que no existe cargo igual o equivalente o porque aquella fue suprimida, se deberá comunicar por escrito esta circunstancia al servidor, con indicación del derecho que le asiste de optar por percibir la</p>	

indemnización de que trata el parágrafo 2 del artículo 44 de la Ley 909 de 2004 o por ser reincorporado a un empleo de carrera igual o equivalente al suprimido, conforme con las reglas establecidas en el artículo 28.

La estabilidad laboral reforzada de los prepensionados

De otra parte, la categoría de prepensionado tiene fundamento normativo en las Leyes 790 de 2002 y 812 de 2003 las cuales consolidaron una garantía en favor de los trabajadores que se encontraban próximos a obtener el reconocimiento de su pensión de jubilación o de vejez, cuando se producía una reestructuración administrativa, en cuyo favor se creó un régimen de transición con la finalidad de evitar la desvinculación de quienes les faltaren 3 años o menos para cumplir los requisitos de edad y tiempo de servicio para acceder a la pensión, teniendo en cuenta la inminencia de adquirir su derecho, tal y como lo precisó la Corte Constitucional en la sentencia T-494 de 2010. Es pertinente indicar que el ámbito de la especial protección de los prepensionados trascendió para cobijar tanto a los servidores de las entidades estatales como a los trabajadores del sector privado (Ley 797 de 2003), y que el derecho a la estabilidad reforzada se concreta en la garantía de no desvinculación del servicio y se extiende incluso hasta tanto se haya efectuado la inclusión en nómina de pensionados y no solo hasta que se haya alcanzado la edad de jubilación y el número de semanas exigidas para el reconocimiento.

Con todo, en materia de reestructuración de entidades públicas el ámbito de protección abarca desde la fecha en que se declara el proceso liquidatorio hasta cuando se reconozca la pensión de jubilación o vejez o se dé el último acto de liquidación de la entidad, lo que ocurra primero, en este último evento, quien asuma el pasivo de la empresa extinta deberá garantizar los aportes a pensión hasta tanto la persona cumpla con el requisito para acceder al derecho de la jubilación.

Decisión:

PRIMERO. NEGAR el amparo constitucional pretendido, por las razones consignadas en la parte motiva de esta providencia.

Regla jurídica aplicable:

Es pertinente indicar que el ámbito de la especial protección de los prepensionados trascendió para cobijar tanto a los servidores de las entidades estatales como a los trabajadores del sector privado (Ley 797 de 2003), y que el derecho a la estabilidad reforzada se concreta en la garantía de no desvinculación del servicio y se extiende incluso hasta tanto se haya efectuado la inclusión en nómina de pensionados y no solo hasta que se haya alcanzado la edad de jubilación y el número de semanas exigidas para el reconocimiento.

Con todo, en materia de reestructuración de entidades públicas el ámbito de protección abarca desde la fecha en que se declara el proceso liquidatorio hasta cuando se reconozca la pensión de jubilación o vejez o se dé el último acto de liquidación de la entidad, lo que ocurra primero, en este último evento, quien asuma el pasivo de la empresa extinta deberá garantizar los aportes a pensión hasta tanto la persona cumpla con el requisito para acceder al derecho de la jubilación.

Jurisprudencia citada:

Sentencia T-204 DE 2011, T-494 DE 2010, C-795 de 2009, C-1037 de 2003, T-357 de 2016, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 7 de abril de 2011, Radicación número: 11001-03-25-000-2007-00048-00(1013-07),					
Subreglas:					
Empleador		Persona prepensionada		Tipo de Sentencia (X)	
Obligación	Eximente	Obligación	Protección	S. hito fundadora de línea	
Abstenerse de desvincular al empleado que demuestre la calidad de prepensionado hasta tanto no este en nomina de pensionados.	Mantener vinculado al prepensionado en carrera administrativa durante el tiempo liquidatorio.	Notificar al empleador el cumplimiento de los requisitos de prepensionado	Se mantiene la vinculación durante el tiempo que se adquiera la calidad de pensionado, es decir ingreso a nomina.	S. hito consolidadora de línea	X
				S. hito modificadora de línea (cambio de jurisprudencia)	
				S. hito reconceptualizadora de línea	
				S. hito dominante	
				S. nicho citacional	

Anexo Q. Análisis jurisprudencial de la Sentencia No. 88001-23-33-000-2016-00060-01(AC), Consejo de Estado del 20 de abril de 2017.

Corporación, número de sentencia o radicación, Fecha y magistrado ponente:	
Número de sentencia o radicación: 88001-23-33-000-2016-00060-01(AC) Fecha: 20 de abril de 2017	
Magistrado Ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS	
Subtema:	
Insubsistencia de cargo empleado en provisionalidad (PROCURADURIA GENERAL DE LA NACIÓN)	
Hechos relevantes (presupuestos fácticos): (SI o NO)	
Sentencia del Consejo de Estado	Si
Conflicto entre empleador y persona prepensionada	Si
Pretensión – Estabilidad laboral reforzada	Si
Nota: si respondió “si” en los tres aspectos anteriores, continúe. De lo contrario, descarte esta sentencia.	
Problema(s) Jurídico(s):	
¿Analizar si, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto de la estabilidad laboral reforzada de personas próximas a pensionarse que ocupan cargos en provisionalidad sometidos a concurso público de méritos, le asiste derecho a la accionante a ser reintegrada al cargo de Procurador Judicial II que venía desempeñando con nombramiento en provisionalidad.?	
Consideraciones de la corte:	
<p>Sobre la estabilidad laboral reforzada de personas próximas a pensionarse que ocupan cargos en provisionalidad sometidos a concurso público de méritos</p> <p>La Corte Constitucional ha reconocido que cuando un funcionario ocupa en provisionalidad un cargo de carrera, y es además sujeto de especial protección constitucional, como por ejemplo, madres o padres cabeza de familia, funcionarios que están próximos a pensionarse o funcionarios que padecen discapacidad física, mental, visual o auditiva «concorre una relación de dependencia intrínseca entre la permanencia en el empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, particularmente el mínimo vital y la igualdad de oportunidades. De allí que se sostenga por la jurisprudencia que la eficacia de esos derechos depende del reconocimiento de estabilidad laboral en aquellos casos, a través de un ejercicio de ponderación entre tales derechos y los principios que informan la carrera administrativa»</p> <p>De esta forma, ha sostenido que cuando el cargo ocupado por una persona próxima a pensionarse es ofertado en un concurso de méritos entran en tensión los derechos del aspirante que superó el concurso para acceder al cargo y la protección de los derechos del pre pensionado, sin que sea posible resolverse únicamente a favor de alguno, sino que debe realizarse una ponderación de los derechos que no afecte el núcleo esencial de ninguno de los dos, de manera que debe realizarse un examen objetivo de las</p>	

circunstancias del caso y cuando no se haya provisto todos los cargos por el concurso debe adoptarse la acción razonable para la protección correlativa de los derechos.				
Decisión:				
PRIMERO. CONCEDER el amparo constitucional pretendido, por las razones consignadas en la parte motiva de esta providencia.				
Regla jurídica aplicable:				
El empleado en provisionalidad que cumpla con los requisitos para ser prepensionado se debe reintegrar en un cargo similar o equivalente y si no existen vacantes, se debe reintegrar en un de asesor, directivo o profesional de la planta administrativa de la entidad, con un salario equivalente o similar al que devengaba, atendiendo a su condición de profesional especializado.				
Jurisprudencia citada:				
Sentencia T-185 de 2013.				
Subreglas:				
Empleador		Persona prepensionada		Tipo de Sentencia (X)
Obligación	Eximente	Obligación	Protección	S. hito fundadora de línea
Reubicar al prepensionado en un gargo equivalente o en un cargo que asimile el salario devengado de acuerdo a su profesión.		Notificar al empleador el cumplimiento de los requisitos de prepensionado	Se mantiene la vinculación durante el tiempo que se adquiriera la calidad de pensionado, es decir ingreso a nomina.	S. hito consolidadora de línea
				S. hito modificadora de línea (cambio de jurisprudencia)
				S. hito reconceptualizadora de línea
				S. hito dominante
				S. nicho citacional

Anexo R. Análisis jurisprudencial de la Sentencia No. 66001-23-33-000-2016-00877-01 (AC), Consejo de Estado del 05 de abril de 2017.

Corporación, número de sentencia o radicación, Fecha y magistrado ponente:	
Número de sentencia o radicación: 66001-23-33-000-2016-00877-01AC) Fecha: 05 de abril de 2017	
Magistrado Ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ	
Subtema:	
Insubsistencia de cargo empleado en provisionalidad (CONSEJO SECCIONAL DE RISARALDA)	
Hechos relevantes (presupuestos fácticos): (SI o NO)	
Sentencia del Consejo de Estado	Si
Conflicto entre empleador y persona prepensionada	Si
Pretensión – Estabilidad laboral reforzada	Si
Nota: si respondió “sí” en los tres aspectos anteriores, continúe. De lo contrario, descarte esta sentencia.	
Problema(s) Jurídico(s):	
¿La Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura desconoció la calidad de prepensionada de la señora Margarita Silva Hidalgo	
Consideraciones de la corte:	
<p>Prepensionados en cargos en provisionalidad cuando se realizan concursos de méritos</p> <p>La jurisprudencia constitucional y contenciosa administrativa ha reiterado que las personas que ocupan cargos de carrera administrativa en provisionalidad no gozan de la misma estabilidad de quienes agotaron un concurso de méritos. En efecto, se les ha asimilado a quienes están nombradas en cargos de libre nombramiento y remoción.</p> <p>Ahora bien, la Corte Constitucional ha indicado que si la persona que está en provisionalidad tiene especial protección constitucional (madres o padres cabeza de familia, personas próximas a pensionarse o con discapacidad) la garantía de sus derechos fundamentales, especialmente el mínimo vital y la igualdad de oportunidades, dependen del reconocimiento de la estabilidad laboral, el cual debe darse luego de una ponderación entre esos derechos y los principios de la carrera administrativa.</p> <p>Lo anterior no implica que los sujetos de especial protección puedan permanecer de forma indefinida en el cargo, pues ello implicaría un desconocimiento de los derechos de quienes participaron en el concurso y quedaron en la lista de elegibles, sino que se deben adoptarse acciones afirmativas que permitan garantizar sus derechos.</p> <p>Mediante la sentencia SU-446 del 2011, el máximo tribunal constitucional trató detalladamente la situación de las personas que están en circunstancias como las antes señaladas y ocupan cargos de carrera en provisionalidad. Al respecto, sostuvo: “[...] Sin embargo, la Fiscalía General de la Nación, pese a la discrecionalidad de la que gozaba, sí tenía la obligación de dar un trato preferencial, como una medida de acción afirmativa a: i) las madres y padres cabeza de familia; ii) las personas que estaban próximas a pensionarse, entiéndase a quienes para el 24 de noviembre de 2008 -fecha en que se expidió el Acuerdo</p>	

007 de 2008- les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión; y iii) las personas en situación de discapacidad. En estos tres eventos la Fiscalía General de la Nación ha debido prever mecanismos para garantizar que las personas en las condiciones antedichas, fueran las últimas en ser desvinculadas, porque si bien una cualquiera de las situaciones descritas no otorga un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos. Como el ente fiscal no previó dispositivo alguno para no lesionar los derechos de ese grupo de personas, estando obligado a hacerlo, en los términos del artículo 13 de la Constitución, esta Corte le ordenará a la entidad que dichas personas, de ser posible, sean nuevamente vinculadas en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía de los que venían ocupando [...]”				
Decisión:				
PRIMERO. CONCEDER el amparo constitucional pretendido, por las razones consignadas en la parte motiva de esta providencia.				
Regla jurídica aplicable:				
La entidad estatal de prever mecanismos para garantizar que las personas en las condiciones antedichas, fueran las últimas en ser desvinculadas, porque si bien una cualquiera de las situaciones descritas no otorga un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos.				
Jurisprudencia citada:				
Sentencia T-729 de 2010, SU-446 de 2011, T-017 de 2012, T-186 de 2013, T.326 de 2014				
Subreglas:				
Empleador		Persona prepensionada		Tipo de Sentencia (X)
Obligación	Eximente	Obligación	Protección	S. hito fundadora de línea
Acciones afirmativas para que sea el último en ser desvinculado.	Prever mecanismos que garanticen que los prepensionados fueran los últimos en ser desvinculados.	Notificar al empleador el cumplimiento de los requisitos de prepensionado	Se mantiene la vinculación durante el tiempo que se adquiriera la calidad de pensionado, es decir ingreso a nomina.	S. hito consolidadora de línea
De ser posible vincular en vacantes de la misma jerarquía.				S. hito modificadora de línea (cambio de jurisprudencia)
				S. hito reconceptualizadora de línea
				S. hito dominante
				S. hito nicho citacional

Anexo S. Análisis jurisprudencial de la Sentencia No. 13001-23-33-000-2016-00640-01(AC), Consejo de Estado del 15 de diciembre de 2016.

Corporación, número de sentencia o radicación, Fecha y magistrado ponente:	
Número de sentencia o radicación: 13001-23-33-000-2016-00640-01(AC) Fecha: 15 de diciembre de 2016	
Magistrado Ponente: MARIA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ	
Subtema:	
Insubsistencia de cargo empleado en provisionalidad (CONTRALORÍA DISTRITAL DE CARTAGENA)	
Hechos relevantes (presupuestos fácticos): (SI o NO)	
Sentencia del Consejo de Estado	Si
Conflicto entre empleador y persona prepensionada	Si
Pretensión – Estabilidad laboral reforzada	Si
Nota: si respondió “si” en los tres aspectos anteriores, continúe. De lo contrario, descarte esta sentencia.	
Problema(s) Jurídico(s):	
¿Establecer, conforme a las pruebas obrantes en el expediente, si las entidades demandadas vulneraron los derechos fundamentales al mínimo vital, estabilidad laboral reforzada, debido proceso y al trabajo al negar al actor su condición de pre pensionado para efectos de garantizar su estabilidad laboral reforzada?	
Consideraciones de la corte:	
<p>De conformidad con lo ordenado en el Decreto 3905 de 2009, los servidores que demuestren que están próximos a pensionarse, entiéndase que se refiere a quienes les falte 3 años o menos para obtener el reconocimiento de la pensión de vejez o jubilación, entre otros requisitos, tienen derecho a una estabilidad laboral reforzada.</p> <p>La citada norma prevé:</p> <p style="text-align: center;">DECRETO NÚMERO 3905 DE 2009 (octubre 8)</p> <p>Por el cual se reglamenta la Ley 909 de 2004 y se dictan normas en materia de carrera administrativa.</p> <p style="text-align: center;">DECRETA:</p> <p>Artículo 1°. Los empleos vacantes en forma definitiva del sistema de carrera general, de los sistemas específicos y especial del Sector Defensa, que estén siendo desempeñados con personal vinculado mediante nombramiento provisional efectuado antes del veinti-cuatro (24) de septiembre de 2004 a cuyos titulares a la fecha de expedición del presente decreto les falten tres (3) años o menos para causar el derecho a la pensión de jubilación, serán ofertados por la Comisión Nacional del Servicio Civil una vez el servidor cause su respectivo derecho pensional.</p>	

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

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

Frente al tema, en sentencia T-186 de 2013, se señaló:

“La estabilidad laboral reforzada de las personas próximas a pensionarse

10. Se ha señalado que la permanencia en los empleos de carrera debe responder a reglas constitucionales o legales, de índole objetiva, lo que impide el retiro del cargo a partir de criterios meramente discrecionales. Uno de los factores que ha evaluado la jurisprudencia para la permanencia en el empleo es la estabilidad laboral reforzada de los sujetos de especial protección constitucional, entre ellos los servidores públicos próximos a pensionarse, denominados comúnmente como prepensionados.

El aspecto central de este tópico consiste en que para determinados grupos de funcionarios, como madres y padres cabeza de familia, discapacitados o prepensionados, concurre una relación de dependencia intrínseca entre la permanencia en el empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, particularmente el mínimo vital y la igualdad de oportunidades. De allí que se sostenga por la jurisprudencia que la eficacia de esos derechos depende del reconocimiento de estabilidad laboral en aquellos casos, a través de un ejercicio de ponderación entre tales derechos y los principios que informan la carrera administrativa”.

Igualmente, en un asunto similar al caso objeto de estudio, en lo referente a la estabilidad laboral reforzada de los prepensionados, la Sección Cuarta de esta Corporación mediante sentencia de 5 de febrero de 2015, Expediente núm. 2013-03899-01, Magistrada Ponente doctora MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA, sostuvo lo siguiente:

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

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

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

Para el caso de la implementación del régimen de carrera en una entidad pública, después de adelantado un concurso, es necesario que los nominadores, previo a empezar a nombrar, en periodo de prueba, a quienes figuran en la lista de elegibles, verifiquen si quienes ocupan en provisionalidad los cargos a proveer no sean sujetos de especial

<p>protección, como los prepensionados, pues esa condición impide que estos últimos puedan desvincularse de la entidad en forma inmediata.</p> <p>Los servidores que demuestren que están próximos a pensionarse, entiéndase que se refiere a quienes les falte 3 años o menos para obtener el reconocimiento de la pensión de vejez o jubilación, entre otros requisitos, tienen derecho a una estabilidad laboral reforzada según lo ordena el Decreto 3905 de 2009”.</p>					
Decisión:					
PRIMERO. NEGAR el amparo constitucional pretendido, por las razones consignadas en la parte motiva de esta providencia.					
Regla jurídica aplicable:					
Si requería ocupar el cargo con la persona a quien correspondía en la lista de elegibles, debió respetar la situación de la actora, cuya condición de prepensionada le otorgaba el derecho a no ser despedida hasta que reuniera los requisitos para jubilarse y, por ello, designarla en provisionalidad en un cargo vacante igual o similar al que venía desempeñando y que no hubiera sido ofertado en un concurso público de méritos, hasta tanto fuera incluida en la nómina de pensionados de Colpensiones”.					
Jurisprudencia citada:					
Sentencia T-729 de 2010, SU-446 de 2011, T-017 de 2012, T-186 de 2013, T-326 de 2014, Consejo de Estado, sentencia 5 de febrero de 2015, exp. 2013-03899-01, Consejo de Estado, sentencia de 30 de septiembre de 2010, exp. 2010-00553, Consejo de Estado, sentencia de 07 de octubre de 2010, exp. 2010-00745, Consejo de Estado, sentencia de 10 de febrero de 2011, exp. 2010-03439					
Subreglas:					
Empleador		Persona prepensionada		Tipo de Sentencia (X)	
Obligación	Eximente	Obligación	Protección	S. hito fundadora de línea	
Acciones afirmativas para que sea el último en ser desvinculado.	Prever mecanismos que garanticen que los prepensionados fueran los últimos en ser desvinculados.	Notificar al empleador el cumplimiento de los requisitos de prepensionado	Se mantiene la vinculación durante el tiempo que se adquiriera la calidad de pensionado, es decir ingreso a nomina.	S. hito consolidadora de línea	X
				S. hito modificadora de línea (cambio de jurisprudencia)	
				S. hito reconceptualizadora de línea	

				S. hito dominante	
				S. nicho citacional	

Anexo T. Análisis jurisprudencial de la Sentencia No. 44001-23-33-000-2016-00183-01(AC), Consejo de Estado del 24 de noviembre de 2016.

Corporación, número de sentencia o radicación, Fecha y magistrado ponente:	
Número de sentencia o radicación: 44001-23-33-000-2016-00183-01(AC) Fecha: 24 de noviembre de 2016	
Magistrado Ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS €	
Subtema:	
Insubsistencia de cargo empleado en provisionalidad (CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA GUAJIRA)	
Hechos relevantes (presupuestos fácticos): (SI o NO)	
Sentencia del Consejo de Estado	Si
Conflicto entre empleador y persona prepensionada	Si
Pretensión – Estabilidad laboral reforzada	Si
Nota: si respondió “si” en los tres aspectos anteriores, continúe. De lo contrario, descarte esta sentencia.	
Problema(s) Jurídico(s):	
¿Establecer si las entidades demandadas vulneraron los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social e igualdad, al no tener en cuenta la presunta condición de pre pensionado y la estabilidad laboral reforzada que deriva de ella?	
Consideraciones de la corte:	
<p>Procedencia de la acción de tutela frente a un pre pensionado- sujeto de especial protección y estabilidad reforzada.</p> <p>Se precisa en primer lugar que la acción de tutela no procede para atacar actos administrativos de carácter laboral o general, pues para tal fin el ordenamiento jurídico ha creado acciones ordinarias, que son consideradas como medios idóneos para la protección de los derechos. Es decir, que ante la existencia de otros mecanismos de defensa judicial diferentes a la tutela, esta acción constitucional se torna improcedente, salvo que se instaure como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, se trate de un sujeto de especial protección o la acción ordinaria no sea idónea y eficaz para el amparo de los derechos.</p> <p>De ese modo, corresponde referirse concretamente al estatus de prepensionado, el cual ha sido protegido en varias ocasiones por esta Corporación y por la Corte Constitucional, en ejercicio de la acción de tutela, dada la especial condición de quienes tienen una expectativa legítima de que se les reconozca la pensión de vejez .</p> <p>Ahora bien, a pesar de lo expuesto en antecedencia, cuando el empleo de carrera ofertado está ocupado por una persona en condición de debilidad manifiesta, esto es, que sea un funcionario que está próximos a pensionarse, el Estado tiene la obligación de garantizar el derecho a la igualdad, motivo por el que debe efectuar una diferenciación positiva. Por lo tanto, estas personas deben ser los últimos desvinculados o tener la oportunidad de ser reubicados en cargos similares o superiores en la misma entidad.</p>	

<p>Al respecto, la Corte Constitucional, señala que en ellos “concorre una relación de dependencia intrínseca entre la permanencia en el empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, particularmente el mínimo vital y la igualdad de oportunidades. De allí que se sostenga por la jurisprudencia que la eficacia de esos derechos depende del reconocimiento de estabilidad laboral en aquellos casos, a través de un ejercicio de ponderación entre tales derechos y los principios que informan la carrera administrativa”. En ese sentido, explica la Corte Constitucional en su jurisprudencia que, “si bien estas personas no tienen un derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, pues este debe proveerse por medio de concurso de méritos, si debe otorgárseles un trato preferencial como acción afirmativa”, antes de efectuar el nombramiento de quienes ocuparon los primeros puestos en la lista de elegibles del respectivo concurso de méritos, con el fin de garantizar el goce efectivo de sus derechos fundamentales. Ello, sostiene la Corte Constitucional, “en virtud de los mandatos contenidos en los incisos 2º y 3º 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.)” Así las cosas, en la provisión de cargos de carrera mediante concurso de méritos, respecto de la protección de aquellas personas que los ocupan en provisionalidad por encontrarse en circunstancias especiales, como son los pre pensionados, entran en conflicto varios derechos de índole constitucional, ante lo cual, la Corte Constitucional ha expresado que, si bien priman los derechos a acceder al cargo, no es menos cierto que la entidad nominadora tiene la obligación de ofrecer un trato preferencial a las personas en condición de vulnerabilidad.</p>		
Decisión:		
PRIMERO. CONCEDER el amparo constitucional pretendido, por las razones consignadas en la parte motiva de esta providencia.		
Regla jurídica aplicable:		
Cuando el empleo de carrera ofertado está ocupado por una persona en condición de debilidad manifiesta, esto es, que sea un funcionario que está próximos a pensionarse, el Estado tiene la obligación de garantizar el derecho a la igualdad, motivo por el que debe efectuar una diferenciación positiva. Por lo tanto, estas personas deben ser los últimos desvinculados o tener la oportunidad de ser reubicados en cargos similares o superiores en la misma entidad.		
Jurisprudencia citada:		
Sentencia T-1037 de 2003, Sentencias de 30 de septiembre de 2010, Rad. AC-2010-00553; de 7 de octubre de 2010, Rad. AC-2010-00745, de 11 de noviembre de 2010, Rad. AC-2010-01786; de 20 de enero de 2011, Rad. AC-2010-02985, 10 de febrero de 2011, Rad. AC-2010-03439, SU-446 de 2011		
Subreglas:		
Empleador	Persona prepensionada	Tipo de Sentencia (X)

Obligación	Eximente	Obligación	Protección	S. hito fundadora de línea	
Acciones afirmativas para que sea el último en ser desvinculado.	Prever mecanismos que garanticen que los prepensionados fueran los últimos en ser desvinculados.	Notificar al empleador el cumplimiento de los requisitos de prepensionado	Se mantiene la vinculación durante el tiempo que se adquiriera la calidad de pensionado, es decir ingreso a nomina.	S. hito consolidadora de línea	X
				S. hito modificadora de línea (cambio de jurisprudencia)	
				S. hito reconceptualizadora de línea	
				S. hito dominante	
				S. nicho citacional	

Anexo U. Análisis jurisprudencial de la Sentencia No. 44001-23-33-000-2016-00076-01(AC), Consejo de Estado del 14 de abril de 2016.

Corporación, número de sentencia o radicación, Fecha y magistrado ponente:	
Número de sentencia o radicación: 44001-23-33-000-2016-00183-01(AC) Fecha: 14 de abril de 2016	
Magistrado Ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS	
Subtema:	
Insubsistencia de cargo empleado en provisionalidad (CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA GUAJIRA)	
Hechos relevantes (presupuestos fácticos): (SI o NO)	
Sentencia del Consejo de Estado	Si
Conflicto entre empleador y persona prepensionada	Si
Pretensión – Estabilidad laboral reforzada	Si
Nota: si respondió “si” en los tres aspectos anteriores, continúe. De lo contrario, descarte esta sentencia.	
Problema(s) Jurídico(s):	
¿Establecer si las entidades demandadas vulneraron los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social e igualdad, al no tener en cuenta la presunta condición de pre pensionado y la estabilidad laboral reforzada que deriva de ella?	
Consideraciones de la corte:	
<p>Procedencia de la acción de tutela frente a un pre pensionado- sujeto de especial protección y estabilidad reforzada.</p> <p>Se precisa en primer lugar que la acción de tutela no procede para atacar actos administrativos de carácter laboral o general, pues para tal fin el ordenamiento jurídico ha creado acciones ordinarias, que son consideradas como medios idóneos para la protección de los derechos. Es decir, que ante la existencia de otros mecanismos de defensa judicial diferentes a la tutela, esta acción constitucional se torna improcedente, salvo que se instaure como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, se trate de un sujeto de especial protección o la acción ordinaria no sea idónea y eficaz para el amparo de los derechos.</p> <p>De ese modo, corresponde referirse concretamente al estatus de prepensionado, el cual ha sido protegido en varias ocasiones por esta Corporación y por la Corte Constitucional, en ejercicio de la acción de tutela, dada la especial condición de quienes tienen una expectativa legítima de que se les reconozca la pensión de vejez .</p> <p>Ahora bien, a pesar de lo expuesto en antecedencia, cuando el empleo de carrera ofertado está ocupado por una persona en condición de debilidad manifiesta, esto es, que sea un funcionario que está próximos a pensionarse, el Estado tiene la obligación de garantizar el derecho a la igualdad, motivo por el que debe efectuar una diferenciación positiva. Por lo tanto, estas personas deben ser los últimos desvinculados o tener la oportunidad de ser reubicados en cargos similares o superiores en la misma entidad.</p>	

Al respecto, la Corte Constitucional, señala que en ellos “concorre una relación de dependencia intrínseca entre la permanencia en el empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, particularmente el mínimo vital y la igualdad de oportunidades. De allí que se sostenga por la jurisprudencia que la eficacia de esos derechos depende del reconocimiento de estabilidad laboral en aquellos casos, a través de un ejercicio de ponderación entre tales derechos y los principios que informan la carrera administrativa”. En ese sentido, explica la Corte Constitucional en su jurisprudencia que, “si bien estas personas no tienen un derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, pues este debe proveerse por medio de concurso de méritos, si debe otorgárseles un trato preferencial como acción afirmativa”, antes de efectuar el nombramiento de quienes ocuparon los primeros puestos en la lista de elegibles del respectivo concurso de méritos, con el fin de garantizar el goce efectivo de sus derechos fundamentales. Ello, sostiene la Corte Constitucional, “en virtud de los mandatos contenidos en los incisos 2º y 3º 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.)” Así las cosas, en la provisión de cargos de carrera mediante concurso de méritos, respecto de la protección de aquellas personas que los ocupan en provisionalidad por encontrarse en circunstancias especiales, como son los pre pensionados, entran en conflicto varios derechos de índole constitucional, ante lo cual, la Corte Constitucional ha expresado que, si bien priman los derechos a acceder al cargo, no es menos cierto que la entidad nominadora tiene la obligación de ofrecer un trato preferencial a las personas en condición de vulnerabilidad.

Decisión:

PRIMERO. CONCEDER el amparo constitucional pretendido, por las razones consignadas en la parte motiva de esta providencia.

Regla jurídica aplicable:

Cuando el empleo de carrera ofertado está ocupado por una persona en condición de debilidad manifiesta, esto es, que sea un funcionario que está próximos a pensionarse, el Estado tiene la obligación de garantizar el derecho a la igualdad, motivo por el que debe efectuar una diferenciación positiva. Por lo tanto, estas personas deben ser los últimos desvinculados o tener la oportunidad de ser reubicados en cargos similares o superiores en la misma entidad.

Jurisprudencia citada:

Sentencia T-1037 de 2003, Sentencias de 30 de septiembre de 2010, Rad. AC-2010-00553; de 7 de octubre de 2010, Rad. AC-2010-00745, de 11 de noviembre de 2010, Rad. AC-2010-01786; de 20 de enero de 2011, Rad. AC-2010-02985, 10 de febrero de 2011, Rad. AC-2010-03439, SU-446 de 2011

Subreglas:

Empleador	Persona prepensionada	Tipo de Sentencia (X)
-----------	-----------------------	-----------------------

Obligación	Eximente	Obligación	Protección	S. hito fundadora de línea	
Acciones afirmativas para que sea el último en ser desvinculado.	Prever mecanismos que garanticen que los prepensionados fueran los últimos en ser desvinculados.	Notificar al empleador el cumplimiento de los requisitos de prepensionado	Se mantiene la vinculación durante el tiempo que se adquiriera la calidad de pensionado, es decir ingreso a nomina.	S. hito consolidadora de línea	X
				S. hito modificadora de línea (cambio de jurisprudencia)	
				S. hito reconceptualizadora de línea	
				S. hito dominante	
				S. nicho citacional	

Anexo V. Análisis jurisprudencial de la Sentencia No. 25307-33-33-001-2016-00028-01(AC), Consejo de Estado del 14 de julio de 2016.

Corporación, número de sentencia o radicación, Fecha y magistrado ponente:	
Número de sentencia o radicación: 25307-33-33-001-2016-00028-01(AC) Fecha: 14 de julio de 2016	
Magistrado Ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ	
Subtema:	
Insubsistencia de cargo empleado en provisionalidad (PROCURADURIA GENERAL DE LA NACIÓN)	
Hechos relevantes (presupuestos fácticos): (SI o NO)	
Sentencia del Consejo de Estado	Si
Conflicto entre empleador y persona prepensionada	Si
Pretensión – Estabilidad laboral reforzada	Si
Nota: si respondió “si” en los tres aspectos anteriores, continúe. De lo contrario, descarte esta sentencia.	
Problema(s) Jurídico(s):	
¿Determinar si la orden de amparo emitida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de suspender por 4 meses los efectos del Decreto 4308 de 8 de octubre de 2015, garantiza en debida forma la especial protección constitucional que ampara al accionante, al ser retirado del servicio por el cumplimiento de la edad de retiro forzoso sin que se le haya reconocido la pensión de jubilación?	
Consideraciones de la corte:	
<p>En respuesta a este tipo de situaciones, la Corte Constitucional ha construido regla jurisprudencial según la cual la aplicación de las normas que establecen el retiro forzoso como causal de desvinculación debe hacerse de forma razonable, valorando las circunstancias especiales de cada caso, para evitar la vulneración de derechos fundamentales de personas de la tercera edad. En aplicación de esta doctrina ha distinguido varios tipos de situaciones:</p> <p>(i) En aquellos casos en los que el trabajador retirado del servicio ya cumple los requisitos para acceder a la pensión de vejez, pero esta no ha sido reconocida por demora del Fondo de Pensiones o por negligencia del empleador en adelantar los trámites o mora en el pago de cotizaciones a su cargo, la Corte ha ordenado el reintegro de la persona hasta tanto tenga lugar el reconocimiento de la pensión y su inclusión en la respectiva nómina de pensionados.</p> <p>(ii) Cuando está probado que al trabajador en edad de retiro forzoso le falta un corto tiempo para cumplir el tiempo de cotizaciones, ha ordenado su reintegro hasta completar las cotizaciones y se produzca el reconocimiento efectivo de la pensión de vejez²¹. En estos casos, si bien la Corte ha precisado que las normas sobre retén social (Ley 790 de 2002), que establecen estabilidad laboral reforzada para los servidores públicos a quienes les falte un máximo</p>	

<p>de tres años para cumplir los requisitos para pensionarse, fueron previstas sólo para trabajadores de empresas estatales en liquidación, pueden no obstante ser empleadas como parámetro de interpretación para determinar cuál es el plazo razonable para mantener vinculado al servidor que alcanza la edad de retiro forzoso sin haber completado el tiempo de cotizaciones necesario para obtener el reconocimiento de una pensión.</p>
<p>(iii) Cuando exista controversia o vacíos probatorios sobre el tiempo cotizado por el trabajador en edad de retiro forzoso, de modo tal que no se logre establecer si cumple los requisitos para acceder a la pensión de vejez, se ha concedido la tutela como mecanismo transitorio, ordenando el reintegro del peticionario y confiriéndole un plazo para interponer las acciones correspondientes ante la jurisdicción ordinaria.</p>
<p>(iv) Finalmente, en casos de personas de edad avanzada que no lograron cumplir los requisitos para acceder a la pensión de vejez, pero si satisfacen las condiciones para obtener la pensión de retiro por vejez,²⁴ la Corte amparó su derecho ordenando el reconocimiento inmediato de esta última prestación.</p>
<p>En definitiva, los casos anteriores evidencian una pauta decisional según la cual no se considera razonable la decisión de desvincular del servicio a una persona mayor que ha alcanzado la edad de retiro forzoso, cuando antes no se ha logrado garantizar su mínimo vital a través de alguna de las prestaciones que para el efecto dispone el sistema de seguridad social. Esta regla de decisión fue formulada en la sentencia T-495 de 2011. En atención a las pautas señaladas y verificadas las particularidades de este caso, consistentes en que (i) el accionante es prepensionado, (ii) unido al cumplimiento de la edad de retiro forzoso, (iii) le hace falta un corto periodo por cotizar y (iv) las omisiones de sus empleadores en certificar el tiempo de servicio, evidencian la necesidad de emitir una orden de amparo iusfundamental integral, para garantizar el derecho al mínimo vital del accionante y, por ende, el disfrute de otros derechos como el de la seguridad social y vida digna.</p>
<p>Decisión:</p>
<p>PRIMERO. CONCEDER el amparo constitucional pretendido, por las razones consignadas en la parte motiva de esta providencia.</p>
<p>Regla jurídica aplicable:</p>
<p>Cuando está probado que al trabajador en edad de retiro forzoso le falta un corto tiempo para cumplir el tiempo de cotizaciones, ha ordenado su reintegro hasta completar las cotizaciones y se produzca el reconocimiento efectivo de la pensión de vejez. En estos casos, si bien la Corte ha precisado que las normas sobre retén social (Ley 790 de 2002), que establecen estabilidad laboral reforzada para los servidores públicos a quienes les falte un máximo de tres años para cumplir los requisitos para pensionarse, fueron previstas sólo para trabajadores de empresas estatales en liquidación, pueden no obstante ser empleadas como parámetro de interpretación para determinar cuál es el plazo razonable para mantener vinculado al servidor que alcanza la edad de retiro forzoso sin haber completado el tiempo de cotizaciones necesario para obtener el reconocimiento de una pensión.</p>
<p>Jurisprudencia citada:</p>

Sentencia T-495 de 2011, Sentencia T-174 de 2012, Sentencias SU-189 de 2012					
Subreglas:					
Empleador		Persona prepensionada		Tipo de Sentencia (X)	
Obligación	Eximente	Obligación	Protección	S. hito fundadora de línea	
Revisar la calidad de prepensionado del actor y considera el amparo de la ELR.	Revisar conforme a la ley y a los derechos fundamentales, la no afectación del mínimo vital del servidor público.	Actuar de forma diligente en la presentación de los documentos para acceder a la pensión de vejez.	Se mantiene la vinculación durante el tiempo que se adquiriera la calidad de pensionado, es decir ingreso a nomina.	S. hito consolidadora de línea	X
				S. hito modificadora de línea (cambio de jurisprudencia)	
				S. hito reconceptualizadora de línea	
				S. hito dominante	
				S. nicho citacional	

Anexo W. Análisis jurisprudencial de la Sentencia No. 25000-23-25-000-2003-01394-01(2267-07), Consejo de Estado del 15 de septiembre de 2011.

Corporación, número de sentencia o radicación, Fecha y magistrado ponente:	
Número de sentencia o radicación: 25000-23-25-000-2003-01394-01(2267-07 Fecha: 15 de septiembre de 2011	
Magistrado Ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO	
Subtema:	
Insubsistencia de cargo empleado en provisionalidad (MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO)	
Hechos relevantes (presupuestos fácticos): (SI o NO)	
Sentencia del Consejo de Estado	Si
Conflicto entre empleador y persona prepensionada	Si
Pretensión – Estabilidad laboral reforzada	Si
Nota: si respondió “si” en los tres aspectos anteriores, continúe. De lo contrario, descarte esta sentencia.	
Problema(s) Jurídico(s):	
¿Determinar la legalidad de la comunicación VIC-200 de 14 de noviembre de 2002, proferida por la viceministra de Justicia y del Derecho, por medio de la fue suprimido el cargo que ocupaba el demandante?	
Consideraciones de la corte:	
<p>El Congreso de la República, mediante la ley 790 de 2002, autorizó al Gobierno Nacional para adelantar una campaña de renovación de la Administración Pública que trajo consigo la reestructuración de la planta de personal de algunas entidades del Estado y la disolución de otras. El objeto de la ley fue renovar y modernizar la estructura de la Rama Ejecutiva del orden nacional para garantizar el cumplimiento de los fines del Estado en un contexto de sostenibilidad financiera.</p> <p>No obstante el propósito de reducción del tamaño del Estado, la ley 790 de 2002 buscó igualmente proteger a determinados grupos poblacionales, amparo que se tradujo en la adopción de medidas a favor de (i) las madres cabeza de familia sin alternativa económica; (ii) las personas con limitaciones físicas, mentales, visuales o auditivas; y (iii) los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos de 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” (artículo 12).</p> <p>El Decreto 190 de 2003 definió en el artículo 1° (numeral 1°) como servidor próximo a pensionarse “Aquel al cual le faltan tres (3) o menos años, contados a partir de la promulgación de la Ley 790 de 2002, para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o de vejez”.</p> <p>La ley 812 de 26 de junio de 2003 en su artículo 8° (letra d), dispuso expresamente que los beneficios otorgados por el retén social se aplicarían a los servidores públicos retirados a partir del 1° de septiembre de 2002 y hasta el 31 de enero de 2004.</p>	

Esta normativa con relación a los “prepensionados”, añadió: “Conforme con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional, el reconocimiento económico previsto en el artículo 8o de la Ley 790 de 2002, se pagará durante un plazo no mayor de 12 meses; los programas de mejoramiento de competencias laborales de que trata el artículo 12 de la ley, así como la protección especial establecida en el artículo 12 de la misma, aplicarán hasta el 31 de enero de 2004, salvo en lo relacionado con los servidores próximos a pensionarse, cuya garantía deberá respetarse hasta el reconocimiento de la pensión de jubilación o de vejez”.

La Corte Constitucional, mediante sentencia C - 991 de 2004, declaró inexecutable el límite temporal establecido en la normativa transcrita, por estimar que constituía una violación al principio de igualdad, pues para la protección a las personas próximas a pensionarse no se había fijado ninguna restricción temporal. De allí que esa Corporación hubiera retirado del ordenamiento jurídico la expresión “aplicarán hasta el 31 de enero de 2004”, con lo cual eliminó el límite temporal que afectaba a las madres o padres cabeza de familia y a los discapacitados.

Es preciso indicar, que la contabilización de los tres años a partir de los cuales una persona adquiere la calidad de “prepensionado”, según jurisprudencia de la Corte Constitucional, no parte de la fecha de entrada en vigencia de la ley 790 de 2002 ni de la reestructuración de la entidad, sino la de desvinculación efectiva del trabajador:

“La fecha exacta a partir de la cual se calcula si a una persona le faltan menos de 3 años para pensionarse, es aquella que realiza el mencionado cálculo desde la desvinculación efectiva del trabajador(a). Esto en razón a que dicha fecha en la mayoría de los casos es posterior a la de la expedición de la norma que ordena el inicio del proceso liquidatorio” Esta actual posición de la Corte Constitucional, en la que se decidió contar los tres años a partir del momento en que se retira al trabajador, fue adoptada por tratarse de una interpretación más favorable encaminada a garantizar la protección de los derechos fundamentales de los “prepensionados”.

El recuento efectuado hasta el momento permite concluir que la protección analizada tiene por finalidad facilitar el cumplimiento de los requisitos necesarios para el reconocimiento de la pensión por parte del funcionario público, independientemente de su régimen (general, exceptuado, transición).

Para verificar si hay lugar a esta protección, es necesario establecer el régimen pensional aplicable al funcionario público afectado por el programa de renovación y modernización de la Rama Ejecutiva del Poder Público y determinar cuándo cumple con los requisitos de edad y tiempo de servicio exigidos, de modo que si los reúne dentro del período de protección previsto por el artículo 12 de la ley 790 de 2002, debe concluirse que le asiste una estabilidad laboral reforzada, derivada de su condición de “prepensionado”, situación que impide su retiro del servicio hasta tanto le sea reconocida y pagada la pensión.

Decisión:

PRIMERO. CONCEDER el amparo constitucional pretendido, por las razones consignadas en la parte motiva de esta providencia.

Regla jurídica aplicable:

<p>Cuando ocurre una supresión real de empleos por reducción del número de cargos, como ocurrió en este caso, la entidad estatal goza de facultad discrecional para decidir a quienes retira del servicio y a quienes conserva en la nueva planta de personal. Atribución que está únicamente condicionada a dar preferencia a los empleados de carrera administrativa y a los que gozan de estabilidad laboral reforzada (artículo 12 de la ley 790 de 2002) sobre quien se encuentra en condición de provisional.</p>					
<p>Jurisprudencia citada:</p>					
<p>Sentencia T-1238 de 2008, Sentencia T-089 de 2009, Sentencia C-991 de 2004,</p>					
<p>Subreglas:</p>					
Empleador		Persona prepensionada		Tipo de Sentencia (X)	
Obligación	Eximente	Obligación	Protección		
Revisar la calidad de prepensionado del actor y considerar el amparo de la ELR.	Revisar conforme a la ley y a los derechos fundamentales, la no afectación del mínimo vital del servidor público.	Actuar de forma diligente en notificar su calidad de prepensionado.	Se mantiene la vinculación durante el tiempo que se adquiriera la calidad de pensionado, es decir ingreso a nómina.	S. hito fundadora de línea	
				S. hito consolidadora de línea	X
				S. hito modificadora de línea (cambio de jurisprudencia)	
				S. hito reconceptualizadora de línea	
				S. hito dominante	
				S. nicho citacional	

Anexo X. Análisis jurisprudencial de la Sentencia No. 25000-23-25-000-2003-04222-01(0270-09), Consejo de Estado del 30 de junio de 2011.

Corporación, número de sentencia o radicación, Fecha y magistrado ponente:	
Número de sentencia o radicación: 25000-23-25-000-2003-04222-01(0270-09) Fecha: 30 de junio de 2011	
Magistrado Ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE	
Subtema:	
Insubsistencia de cargo empleado en provisionalidad (CENTRO DE EDUCACION DE ADMINISTRACION DE SALUD - CEADS)	
Hechos relevantes (presupuestos fácticos): (SI o NO)	
Sentencia del Consejo de Estado	Si
Conflicto entre empleador y persona prepensionada	Si
Pretensión – Estabilidad laboral reforzada	Si
Nota: si respondió “si” en los tres aspectos anteriores, continúe. De lo contrario, descarte esta sentencia.	
Problema(s) Jurídico(s):	
¿Determinar en el presente asunto, si los actos administrativos mediante los cuales se declaró insubsistente el nombramiento del señor Bertolfo Betancourt Garay, como Profesional Especializado, Código 3010, grado 19, del Centro de Educación en Administración de Salud, CEADS, desconocieron la protección especial que le confería el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, en razón a la supuesta condición de prepensionado que ostentaba.?	
Consideraciones de la corte:	
<p>El programa de renovación y modernización de la estructura de la Rama Ejecutiva, dispuso la fusión de entidades u organismos administrativos del orden nacional, entre ellos Ministerios, Departamentos Administrativos y entidades adscritas o vinculadas, con el objeto de acabar con la duplicidad de funciones y racionalizar los gastos de funcionamiento, lo que lógicamente trajo consigo el retiro del servicio de un número significativo de empleados, por fusión y supresión de los cargos que venían desempeñando.</p> <p>No obstante, lo anterior, la citada Ley 790 de 2002, en su artículo 12, estableció una protección especial a favor de un grupo específico de empleados, atendiendo a sus condiciones familiares, físicas y prestacionales, consistentes en la prohibición de disponer su retiro, con fundamento en las distintas medidas adoptadas por el Gobierno Nacional en el marco del programa de renovación y modernización de la estructura de la Rama Ejecutiva.</p> <p>En efecto, la citada norma dispuso que no podían ser removidos de sus cargos las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitaciones físicas o psíquicas y los servidores que dentro de los tres años siguientes a la promulgación de dicha norma adquirieran su estatus pensional.</p> <p>En relación con este punto, debe precisarse que el artículo 13 de la citada Ley 790 de 2002 dispuso que la referida protección especial se aplicaría a los servidores públicos a partir del 1 de septiembre de 2002 en razón a que, el programa de renovación y modernización de la estructura de la Rama Ejecutiva del Poder Público inició con anterioridad a la promulgación</p>	

de la Ley 790 de 2002, esto es, desde el mismo momento en que fueron expedidas las Directivas Presidenciales Nos. 10 y 13 de 20 de agosto y 15 de octubre de 2002, a través de las cuales, como quedó visto, el Gobierno Nacional puso en marcha un proceso de ajuste presupuestal y fiscal dirigido a todas las entidades públicas del orden nacional.

Sobre este mismo particular, el Presidente de la República en ejercicio de su potestad reglamentaria expidió el Decreto 190 de 2003, en cuyo artículo 1 precisó algunas definiciones necesarias para la correcta interpretación y aplicación de la protección especial prevista en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, entre ellas la de servidor próximo a pensionarse, por el cual debía entenderse: “Aquel al cual le faltan tres (3) o menos años, contados a partir de la promulgación de la Ley 790 de 2002, para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o de vejez.

Teniendo en cuenta las consideraciones que anteceden debe concluirse que, el legislador atendiendo a los principios y derechos constitucionales como la solidaridad, la igualdad, el trabajo y la igualdad de oportunidades estableció una protección laboral a favor de los empleados públicos que pudieran verse afectados, esto es, retirados del servicio, con ocasión del programa de renovación y modernización de la estructura de la Rama Ejecutiva, consistente en una estabilidad laboral reforzada que les permitía seguir desempeñando sus empleos, bajo las mismas condiciones.

Decisión:

PRIMERO. CONCEDER el amparo constitucional pretendido, por las razones consignadas en la parte motiva de esta providencia.

Regla jurídica aplicable:

En suma, tiene la condición de prepensionado, y por ende, sujeto de protección a la estabilidad laboral reforzada, en el contexto de un programa de renovación de la administración pública del orden nacional, el servidor público próximo a pensionarse que al momento en que se dicten las normas que ordenen la supresión o disolución de la entidad en la que labora, le falten tres (3) años o menos para cumplir los requisitos requeridos para que efectivamente se consolide su derecho pensional. Esta protección se mantendrá hasta cuando se reconozca la pensión de jubilación o vejez, o se dé el último acto de liquidación de la entidad, lo que ocurra primero.

Jurisprudencia citada:

Sentencia C-174 de 2004, Sentencia T724 de 2009, Sentencia C-991 de 2004, Sentencia de 19 de abril de 2005. Rad. 3701-2003. MP. Ana Margarita Olaya Forero, Sentencia C-795 de 2009

Subreglas:

Empleador		Persona prepensionada		Tipo de Sentencia (X)
Obligación	Eximente	Obligación	Protección	
Tomar medidas que garanticen la posibilidad del prepensionado.	Revisar conforme a la ley y a los derechos fundamentales,	Actuar de forma diligente en notificar su	Se mantiene la vinculación durante el tiempo que se adquiera la calidad de	S. hito fundadora de línea
				S. hito consolidadora de línea

	la no afectación del mínimo vital del servidor público.	calidad de prepensionado.	pensionado, es decir ingreso a nómina.	
				S. hito modificadora de línea (cambio de jurisprudencia)
				S. hito reconceptualizadora de línea
				S. hito dominante
				S. nicho citacional

Anexo Y. Análisis jurisprudencial de la Sentencia No. 25000-23-15-000-2011-00266-01(AC), Consejo de Estado del 14 de abril de 2011.

Corporación, número de sentencia o radicación, Fecha y magistrado ponente:	
Número de sentencia o radicación: 25000-23-15-000-2011-00266-01(AC) Fecha: 14 de abril de 2011	
Magistrado Ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN	
Subtema:	
Insubsistencia de cargo empleado en provisionalidad (CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA)	
Hechos relevantes (presupuestos fácticos): (SI o NO)	
Sentencia del Consejo de Estado	Si
Conflicto entre empleador y persona prepensionada	Si
Pretensión – Estabilidad laboral reforzada	Si
Nota: si respondió “si” en los tres aspectos anteriores, continúe. De lo contrario, descarte esta sentencia.	
Problema(s) Jurídico(s):	
¿Determinar si la Contraloría General de la República vulneró los derechos fundamentales invocados en protección por el señor José Humberto Rodríguez Laguna al desvincularlo de su cargo encontrándose próximo a cumplir los requisitos para acceder a la pensión de jubilación?	
Consideraciones de la corte:	
<p>En este orden de ideas, la situación expuesta por el petente está caracterizada por comprometer la protección de la estabilidad laboral reforzada dado su calidad de adulto mayor; y encontrarse en la condición de lo que se ha denominado prepensionado, es decir, próximo a cumplir con los requisitos para acceder a la pensión de vejez.</p> <p>Para lo que al caso interesa, resulta importante precisar el alcance de la protección laboral reforzada que dentro del orden jurídico colombiano se dispone a favor del adulto mayor. En esta dirección, el artículo 46 de la Constitución Política establece que el Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria.</p> <p>Se ha entendido jurisprudencialmente, que la protección al adulto mayor se extiende al ámbito de salvaguarda de derechos fundamentales como la salud y la pensión, entendiéndose por este último la posibilidad de acceder al mínimo vital y móvil del que necesita cualquier ciudadano para vivir en sociedad, máxime si se encuentra en estado de vulnerabilidad, dado el deterioro de las condiciones físicas y psíquicas propio del transcurso del tiempo.</p> <p>Se tiene entonces, que, en una interpretación armónica, de la naturaleza del “Estado Social de Derecho” y el principio de igualdad material que transcribe el artículo 13 Constitucional, el derecho a percibir una mesada pensional como fuente única de sustento, supone para un sujeto cualificado, un derecho de carácter ius fundamental, en el sentido que garantiza una vejez en condiciones de dignidad.</p>	

En ese sentido, estima la Sala, que el alcance del derecho a la estabilidad laboral de quien se encuentra próximo a pensionarse, conduce a su protección, en la vía de asegurar que se salvaguarden las condiciones para el cumplimiento de los requisitos de acceso a la pensión de jubilación.

Por lo expuesto en precedencia se evidencia, que el señor José Humberto Rodríguez Laguna ostenta la condición calificada a la luz de la protección reforzada que el ordenamiento jurídico prevé para quienes están próximos a pensionarse, situación que impone el deber de acatamiento para las autoridades estatales, esto es, en el caso que nos ocupa, para la Contraloría General de la Nación, quien está supeditada al imperativo de salvaguarda previsto en el artículo 46 Constitucional.

Dicha situación, no puede pasar desapercibida, toda vez que su expectativa de percibir pensión se torna próxima en el tiempo, lo que llevaría a poseer la confianza de materializar este derecho, que, dada su avanzada edad, linda con el derecho a percibir durante su vejez una mesada pensional que proporcione su sustento habitual propio y el de los miembros de su núcleo familiar.

Se trata de alguna manera, de un status de prepensionado, que pone límites a la facultad de retiro discrecional que ostentan algunas Entidades, resaltándose, que desde el año 1999 a través de la sentencia T-10072 proferida por la Corte Constitucional, el retiro del empleado por razón de su edad deberá darse a partir del momento en el cual esté incluido en la nómina de pensionados.

Decisión:

PRIMERO. CONCEDER el amparo constitucional pretendido, por las razones consignadas en la parte motiva de esta providencia.

Regla jurídica aplicable:

En suma, tiene la condición de prepensionado, y por ende, sujeto de protección a la estabilidad laboral reforzada, en el contexto de un programa de renovación de la administración pública del orden nacional, el servidor público próximo a pensionarse que al momento en que se dicten las normas que ordenen la supresión o disolución de la entidad en la que labora, le falten tres (3) años o menos para cumplir los requisitos requeridos para que efectivamente se consolide su derecho pensional. Esta protección se mantendrá hasta cuando se reconozca la pensión de jubilación o vejez, o se dé el último acto de liquidación de la entidad, lo que ocurra primero.

Jurisprudencia citada:

Sentencia T-1007 de 1999, Sentencia C-1037 de 1993,

Subreglas:

Empleador		Persona prepensionada		Tipo de Sentencia (X)	
Obligación	Eximente	Obligación	Protección	S. hito fundadora de línea	
Tomar medidas que garanticen la posibilidad del prepensionado.	Revisar conforme a la ley y a los derechos fundamentales,	Actuar de forma diligente en notificar su	Se mantiene la vinculación durante el tiempo que se adquiera la	S. hito consolidadora de línea	X

	la no afectación del mínimo vital del servidor público.	calidad de prepensionado.	calidad de pensionado, es decir ingreso a nómina.		
				S. hito modificadora de línea (cambio de jurisprudencia)	
				S. hito reconceptualizadora de línea	
				S. hito dominante	
				S. nicho citacional	

Anexo Z. Análisis jurisprudencial de la Sentencia No. 11001-03-25-000-2007-00048-00(1013-07), Consejo de Estado del 07 de abril de 2011.

Corporación, número de sentencia o radicación, Fecha y magistrado ponente:	
Número de sentencia o radicación: 11001-03-25-000-2007-00048-00(1013-07 Fecha: 07 de abril de 2011	
Magistrado Ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO	
Subtema:	
Insubsistencia de cargo empleado en carrera administrativa (INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA)	
Hechos relevantes (presupuestos fácticos): (SI o NO)	
Sentencia del Consejo de Estado	Si
Conflicto entre empleador y persona prepensionada	Si
Pretensión – Estabilidad laboral reforzada	Si
Nota: si respondió “si” en los tres aspectos anteriores, continúe. De lo contrario, descarte esta sentencia.	
Problema(s) Jurídico(s):	
¿Determinar si ante una supresión de cargos debe primar la protección brindada por la Ley 790 de 2002, conocida como retén social, o dar la posibilidad de ejercer el derecho de opción a pesar de encontrarse en los supuestos de hecho para ser beneficiario del retén social?	
Consideraciones de la corte:	
<p>el actor sí era beneficiario de la estabilidad laboral reforzada prevista en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, medida que a juicio de la Sala en nada vulnera los derechos de carrera que le asistían.</p> <p>Para la Sala resulta importante precisar que de conformidad con lo establecido en acápites anteriores, la medida de protección establecida en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 obedece a disposiciones constitucionales, entre ellas la protección a la seguridad social, esto es, al goce de una pensión de jubilación.</p> <p>Bajo estos supuestos, contrario a lo afirmado por el actor, debe decirse que el hecho de que una persona que se encuentre próxima a obtener el reconocimiento de una prestación pensional no pueda ser despedida, como consecuencia de un proceso de supresión de cargos, constituye una garantía del ejercicio de sus propios derechos.</p> <p>Así mismo, se estima que la citada medida de protección no resulta contraria a lo previsto en los artículos 122 y 125 de la Constitución Política, en tanto un proceso de supresión necesariamente no lleva implícita una medida de supresión de toda una planta de personal. Lo anterior resulta razonable, dado que en el transcurso de dicho proceso la entidad requiere de algunos empleos para garantizar el normal desarrollo de sus funciones.</p> <p>Lo anterior adquiere relevancia, para el caso concreto, si se tiene en cuenta que el proceso de supresión del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria en liquidación INCORA, no culminó en los tres años previstos en el Decreto anteriormente mencionado, pues, tal como quedó anotado en párrafos anteriores, se requirió la ampliación del término inicial mediante los Decretos 1492 de 2006, 542 de 2007 y 2462 de 2007.</p>	

<p>De otra parte, estima la Sala que tampoco es cierto que con la aplicación de la medida de protección especial contenida en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, al actor se le haya vulnerado su derecho adquirido a optar entre una indemnización o la reincorporación a un cargo equivalente, dado que tal opción no es consecuencia inmediata de ostentar derechos de carrera sino de la supresión efectiva de un cargo de carrera ejercido por un funcionario inscrito en el escalafón del sistema de carrera.</p> <p>Así las cosas, como en el caso sub-lite la supresión del cargo del actor no se concretó, debe precisarse que el derecho solicitado nunca ingresó en su patrimonio lo que torna improcedente su petición de optar por la reincorporación o la indemnización por supresión del cargo.</p>				
Decisión:				
PRIMERO. NEGAR el amparo constitucional pretendido, por las razones consignadas en la parte motiva de esta providencia.				
Regla jurídica aplicable:				
<p>En suma, tiene la condición de prepensionado, y por ende, sujeto de protección a la estabilidad laboral reforzada, en el contexto de un programa de renovación de la administración pública del orden nacional, el servidor público próximo a pensionarse que al momento en que se dicten las normas que ordenen la supresión o disolución de la entidad en la que labora, le falten tres (3) años o menos para cumplir los requisitos requeridos para que efectivamente se consolide su derecho pensional. Esta protección se mantendrá hasta cuando se reconozca la pensión de jubilación o vejez, o se dé el último acto de liquidación de la entidad, lo que ocurra primero.</p>				
Jurisprudencia citada:				
Sentencia T-768 de 2005, Sentencia de 30 de agosto de 2007. Consejero Ponente Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Rad. 4279-2005,				
Subreglas:				
Empleador		Persona prepensionada		Tipo de Sentencia (X)
Obligación	Eximente	Obligación	Protección	S. hito fundadora de línea
Tomar medidas que garanticen la posibilidad del prepensionado.	Revisar conforme a la ley y a los derechos fundamentales, la no afectación del mínimo vital del servidor público.	Actuar de forma diligente en notificar su calidad de prepensionado.	Se mantiene la vinculación durante el tiempo que se adquiera la calidad de pensionado, es decir ingreso a nómina.	S. hito consolidadora de línea
				S. hito modificadora de línea (cambio de jurisprudencia)

				S. hito reconceptualizadora de línea
				S. hito dominante
				S. nicho citacional

Anexo AA. Análisis jurisprudencial de la Sentencia No. 47001-23-31-000-2004-00690-01(1345-09), Consejo de Estado del 03 de febrero de 2011.

Corporación, número de sentencia o radicación, Fecha y magistrado ponente:	
Número de sentencia o radicación: 47001-23-31-000-2004-00690-01(1345-09) Fecha: 03 de febrero de 2011	
Magistrado Ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE	
Subtema:	
Insubsistencia de cargo empleado en carrera administrativa (INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA)	
Hechos relevantes (presupuestos fácticos): (SI o NO)	
Sentencia del Consejo de Estado	Si
Conflicto entre empleador y persona prepensionada	Si
Pretensión – Estabilidad laboral reforzada	Si
Nota: si respondió “si” en los tres aspectos anteriores, continúe. De lo contrario, descarte esta sentencia.	
Problema(s) Jurídico(s):	
¿Determinar si el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, INCORA, al abstenerse de suprimir el empleo de Profesional Especializado, código 3010, grado 16, que venía desempeñando el señor José Eugenio Lozano Andrade actuó conforme a lo previsto en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002?	
Consideraciones de la corte:	
<p>En punto de este tema, la Sala estima necesario reiterar que la Ley 790 de 2002 estableció una protección especial, en el marco del Programa de Renovación de la Administración Pública, consistente en una estabilidad laboral reforzada, para 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 citada ley.</p> <p>En este mismo sentido, debe decirse, que de acuerdo a lo manifestado por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, INCORA, en el Oficio No. 2004-2-00792.1 de 30 de enero de 2004 el cargo que venía desempeñando el actor no podía ser suprimido dada su condición especial de prepensionado.</p> <p>Bajo este supuesto, la Sala pasa a determinar sí, en efecto, la situación particular del señor José Eugenio Lozano Andrade se adecuaba a los supuestos del artículo 12 de la citada Ley 790 de 2002.</p> <p>Sobre el particular, se advierte, que dentro del expediente se encuentra acreditado que el demandante prestó sus servicios al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, INCORA., a partir del 9 de agosto de 1982, y que su nacimiento se registró el 25 de noviembre de 19483, razón por la cual, al 1 de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el demandante quedó cobijado por el régimen de transición previsto en su artículo 364, toda vez que, en ese momento contaba con 46 años de edad.</p>	

De acuerdo con lo expuesto, al señor José Eugenio Lozano Andrade como empleado oficial en materia de pensión de jubilación le resultaba aplicable la normatividad anterior, a la Ley 100 de 1993, esto es, la Ley 33 de 1985, la cual estableció en el artículo 1 que el tiempo de servicio y edad para efectos del reconocimiento de una pensión vitalicia de jubilación era de 20 años continuos o discontinuos y 55 de edad.

Teniendo en cuenta lo anterior, debe decirse que en el caso concreto el demandante adquirió su estatus pensional el 9 de agosto de 2005, momento en el cual cumplió el último de los requisitos exigidos por la Ley 33 de 1985, 20 años de servicios, para el reconocimiento de una pensión de jubilación. Así las cosas, para la Sala la situación particular del demandante correspondía a la prevista para los prepensionados en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, toda vez que, adquirió su estatus pensional dentro del término de tres años contados a partir de la promulgación de la citada norma, esto es entre el 27 de diciembre de 2002 y el 27 de diciembre de 2005.

De acuerdo con las razones que anteceden, el actor sí era beneficiario de la estabilidad laboral reforzada prevista en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, medida que a juicio de la Sala en nada vulnera los derechos de carrera que le asistían al señor José Eugenio Lozano Andrade. Sobre este punto, para la Sala resulta importante precisar que de conformidad con lo establecido en acápites anteriores, la medida de protección establecida en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 obedece a disposiciones constitucionales, entre ellas la protección a la seguridad social, esto es, al goce de una pensión de jubilación.

Bajo estos supuestos, contrario a lo afirmado por el señor José Eugenio Lozano Andrade, debe decirse que el hecho de que una persona que se encuentre próxima a obtener el reconocimiento de una prestación pensional no pueda ser despedida, como consecuencia de un proceso de supresión de cargos, constituye una garantía del ejercicio de sus propios derechos.

Así mismo, se estima que la citada medida de protección no resulta contraria a lo previsto en los artículos 122 y 125 de la Constitución Política en tanto que un proceso de supresión necesariamente no lleva implícita una medida de supresión de toda una planta de personal. Lo anterior, resulta razonable, dado que en el transcurso de dicho proceso la entidad requiere de algunos empleos para garantizar el normal desarrollo de sus funciones

Lo anterior adquiere relevancia, para el caso concreto, si se tiene en cuenta, que el proceso de supresión del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria en liquidación INCORA, no culminó en los tres años previstos en el Decreto anteriormente mencionado, pues, tal como quedó anotados acápites anteriores, se requirió la ampliación del término inicial mediante los Decretos 1492 de 2006, 542 de 2007 y 2462 de 2007.

De otra parte, estima la Sala que tampoco es cierto que con la aplicación de la medida de protección especial contenida en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 al señor José Eugenio Lozano Andrade se le haya vulnerado su derecho adquirido a optar entre una indemnización o la reincorporación a un cargo equivalente, dado que la opción de elegir entre una reincorporación y una indemnización no es consecuencia inmediata de ostentar derechos de carrera sino de la supresión efectiva de un cargo de carrera ejercido por un funcionario inscrito en el escalafón del sistema de carrera.

Así las cosas, como en el caso concreto la supresión del cargo del actor no se concretó, debe precisarse que el derecho solicitado nunca ingresó en su patrimonio lo que torna en improcedente su petición de optar por la reincorporación o la indemnización por supresión del cargo.				
Decisión:				
PRIMERO. NEGAR el amparo constitucional pretendido, por las razones consignadas en la parte motiva de esta providencia.				
Regla jurídica aplicable:				
En suma, tiene la condición de prepensionado, y por ende, sujeto de protección a la estabilidad laboral reforzada, en el contexto de un programa de renovación de la administración pública del orden nacional, el servidor público próximo a pensionarse que al momento en que se dicten las normas que ordenen la supresión o disolución de la entidad en la que labora, le falten tres (3) años o menos para cumplir los requisitos requeridos para que efectivamente se consolide su derecho pensional. Esta protección se mantendrá hasta cuando se reconozca la pensión de jubilación o vejez, o se dé el último acto de liquidación de la entidad, lo que ocurra primero.				
Jurisprudencia citada:				
Sentencia T-768 de 2005				
Subreglas:				
Empleador		Persona prepensionada		Tipo de Sentencia (X)
Obligación	Eximente	Obligación	Protección	S. hito fundadora de línea
Tomar medidas que garanticen la posibilidad del prepensionado.	Revisar conforme a la ley y a los derechos fundamentales, la no afectación del mínimo vital del servidor público.	Actuar de forma diligente en notificar su calidad de prepensionado.	Se mantiene la vinculación durante el tiempo que se adquiera la calidad de pensionado, es decir ingreso a nómina.	S. hito consolidadora de línea
				S. hito modificadora de línea (cambio de jurisprudencia)
				S. hito reconceptualizadora de línea
				S. hito dominante
				S. nicho citacional

Anexo AB. Análisis jurisprudencial de la Sentencia No. 25000-23-15-000-2010-01478-01(AC), Consejo de Estado del 29 de julio de 2010.

Corporación, número de sentencia o radicación, Fecha y magistrado ponente:	
Número de sentencia o radicación: 25000-23-15-000-2010-01478-01(AC) Fecha: 29 de julio de 2010	
Magistrado Ponente: MARIA NOHEMI HERNANDEZ PINZON	
Subtema:	
Insubsistencia de cargo empleado en provisionalidad (FISCALIA GENERAL DE LA NACION)	
Hechos relevantes (presupuestos fácticos): (SI o NO)	
Sentencia del Consejo de Estado	Si
Conflicto entre empleador y persona prepensionada	Si
Pretensión – Estabilidad laboral reforzada	Si
Nota: si respondió “si” en los tres aspectos anteriores, continúe. De lo contrario, descarte esta sentencia.	
Problema(s) Jurídico(s):	
¿Establecer si, como lo consideró el a quo, la tutela debe ser negada porque no se vulneraron los derechos fundamentales del actor al haber sido retirado del cargo que ejercía en provisionalidad en la Fiscalía General de la Nación, con el fin de nombrar en periodo de prueba a una persona que superó el concurso de méritos; o si por el contrario, como lo alega el demandante impugnante, debe concederse el amparo como mecanismo transitorio, puesto que está probado que en su caso la configuración de un perjuicio irremediable y la violación de sus derechos, ya que el empleo que desempeñaba formaba parte de los cargos creados por Decreto 122 de 2008, los cuales no fueron ofertados en el proceso de selección, y tiene la condición de prepensionado?	
Consideraciones de la corte:	
Ahora, también es oportuno precisar que el denominado retén social creado por la Ley 790 de 2002, que estableció una estabilidad laboral reforzada para madres cabeza de familia sin alternativa económica, prepensionados y personas con limitaciones físicas o mentales, se dirigió a los empleados de la Rama Ejecutiva del orden nacional que pudieran resultar afectados con los procesos de reestructuración o liquidación dentro del Programa de Renovación de la Administración Pública, marco de aplicación que la misma ley delimitó y que, por lo mismo, no da lugar a ampliarlo a situaciones totalmente ajenas, como sería el caso del tutelante, quien fue retirado con el objetivo de nombrar en periodo de a juicio de esta Sala en ningún modo puede considerarse que la condición de prepensionado del actor por sí sola le dé el derecho a la estabilidad laboral reforzada, teniendo en cuenta que él estaba nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera administrativa, tipo de vinculación de orden temporal que subsiste mientras no exista lista de elegibles, por lo cual una vez terminado el proceso de selección y conformados los listados de elegibles, las personas en provisionalidad que como el tutelante no hayan superado el concurso de méritos, pueden ser constitucional, legal y legítimamente desvinculadas para proveer los cargos con quienes sí lo aprobaron.	

Y, este fue precisamente el fundamento del retiro del actor ordenado por la Fiscalía General de la Nación, entidad que además actuó en cumplimiento de variados fallos judiciales, especialmente de la sentencia de 4 de febrero de 2010, dictada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la cual se le ordenó culminar con la provisión de cargos con las personas que integraron el registro de elegibles publicado mediante acuerdo 007 del 24 de noviembre de 2008, con el que se culminó el concurso abierto por convocatorias No. 001-2007, 002-2007, 003-2007, 004-2007, 005-2007 y 006-2007.

Por consiguiente, acceder al amparo deprecado por el accionante, por un lado, conllevaría a que sin una justificación razonable se impidiera la implementación del sistema de carrera en la fiscalía general de la Nación, instituido por los artículos 125 y 253 de la Constitución Política, que propugna por el acceso a la función pública por el sistema de méritos como garantía de idoneidad y de igualdad en las oportunidades para laborar al servicio del Estado. Y, por otro lado, implicaría desconocer a la persona que reemplazó al accionante su derecho legítimo de acceder al cargo por el que concursó, y que adquirió por haber integrado la lista de elegibles.

Precisamente, por estas razones la Sala no acoge los criterios jurisprudenciales de otras autoridades judiciales que en casos de prepensionados accedieron al amparo, máxime porque, según se advierte de los fallos de tutela allegados junto con la demanda, la mayoría de los casos citados por el actor, son diferentes al suyo, ya que allí los accionantes no fueron desvinculados para proveer sus cargos por concurso de méritos, sino por otras razones; en efecto, a la señora Soraya Yamil Lamir se le concedió la protección considerando su situación especial porque padecía de cáncer y fue declarada insubsistente en un cargo de libre nombramiento y remoción de la Procuraduría General de la Nación; y a los señores Alberto de Jesús Posada y Marcos Gómez Méndez se les tutelaron sus derechos, puesto que fueron removidos por haber cumplido la edad de retiro forzoso, sin que previamente el empleador hubiera tramitado el reconocimiento de su pensión de jubilación.

Decisión:

PRIMERO. NEGAR el amparo constitucional pretendido, por las razones consignadas en la parte motiva de esta providencia.

Regla jurídica aplicable:

Los derechos de concurso prevalecen sobre la estabilidad relativa de la persona nombrada en provisionalidad.

Jurisprudencia citada:

Sentencia T-166 de 2006

Subreglas:

Empleador		Persona prepensionada		Tipo de Sentencia (X)
Obligación	Eximente	Obligación	Protección	
Desvinculare al provisional en caso de concurso de meritos.	Cumplir con lo necesario para posesionar	Actuar de forma diligente en notificar su		S. hito fundadora de línea S. hito consolidadora de línea

	a las personas de carrera administ.	calidad de prepensionado.		
				S. hito modificadora de línea (cambio de jurisprudencia)
				S. hito reconceptualizadora de línea
				S. hito dominante
				S. nicho citacional