



Julio nueve (09) de dos mil veinte (2020)

Acción de tutela de segunda instancia, Rad. 44-001-41-89-002-2020-00130-01, Accionante: ALGEMIRO RAFAEL OJEDA HERNÁNDEZ, Accionado: DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA, Derechos: estabilidad laboral reforzada, mínimo vital, seguridad social y a la igualdad material.

En tiempo oportuno entra a resolver el Despacho la impugnación promovida por el señor ALGEMIRO RAFAEL OJEDA HERNANDEZ, actuando en nombre propio contra el fallo de tutela proferido el dos (2) de junio del 2020 en tanto declaró improcedente la tutela.

HECHOS RELEVANTES

1. Afirma el accionante que fue vinculado al DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA mediante Decreto número 015 del 17 de enero de 2012, suscrito por entonces Gobernador JUAN FRANCISCO GÓMEZ CERCHAR, en el cargo de DIRECTOR OPERATIVO DE APOYO CORPORATIVO CODIGO 022 GRADO 01, adscrito a la Secretaría General, tomando posesión inmediata del cargo.

2. Con el transcurrir del tiempo el cargo que venía ocupando y en razón a las diferentes reestructuraciones que se dieron al anterior de la Gobernación de la Guajira el cargo que venía ocupando cambió de denominación y a la fecha de su desvinculación se denominaba DIRECTOR OPERATIVO 009-001 ADSCRITO A LA SECRETARIA GENERAL, cargo que desempeñó desde el momento de su posesión como se puede comprobar en la Oficina de Recursos Humanos de la Gobernación de La Guajira con responsabilidad, consagración, dedicación, moralidad y responsabilidad sin que en ningún momento ni por ninguna circunstancia haya recibido llamado de atención o amonestación con copia a su hoja de vida.

3. Señala que desde el año 2016 fue objeto por parte de la administración departamental, de persecución y acoso laboral, en virtud a que querían aprovechando la naturaleza del cargo que desempeñaba que era de libre nombramiento y remoción, declararlo insubsistente, para dar paso a los apetitos burocráticos y políticos de los mandatarios de turno, razón por la cual desde esa anualidad manifestó su condición de prepensionado, en razón a la edad y tiempo de servicio, por lo cual gozaba de la protección especial de estabilidad laboral reforzada por reten social como se puede evidenciar en el oficio de fecha 15 de noviembre de 2016 dirigido al entonces Director Administrativo de Talento Humanado Johny Alberto Caicedo Reinoso.

4. Posteriormente en fecha 21 de febrero de 2017, presentó ante la Procuraduría General de la Guajira queja por acoso laboral a prepensionado, manifestado las razones por las cuales consideraba que lo estaban persiguiendo.

5. Señala que en fechas 18 de junio, 26 de septiembre y octubre 1 de 2018 presentó oficios a los gobernadores Tania María Buitrago y Wilmer González Brito, donde manifestaba su condición de prepensionado, y por ende con el fuero de estabilidad laboral reforzada y del acoso que venía siendo objeto para que se retirara del cargo.

6. Afirma que se dirigió en fecha febrero 8 de 2019, diciembre 26 de 2019 y febrero 21 de 2020, a los gobernadores Wilson Rafael Rojas Vanegas, Jhon Eduardo Fuentes Medina y al Secretario General del Departamento Javier Ricardo Ripol Parejo llegando incluso a manifestarle que estaba en los trámites de bono pensional o de los bonos pensionales de la Alcaldía de Riohacha y de la misma Gobernación, para remitirlos al Fondo de Pensiones Porvenir en el cual se encuentra afiliado para pensión y que ésta (la pensión) se produzca antes de ser retirado de la entidad.

7. No obstante lo anterior, el señor Secretario de Gobierno Delegado como encargado de las funciones constitucionales y legales del despacho del Gobernador del Departamento de



La Guajira, doctor Jairo Aguilar Deluque expidió el Decreto No 056 del 20 de febrero de 2020 mediante el cual declaró a partir del 21 de febrero de 2020 la insubsistencia del cargo de DIRECTOR OPERATIVO DE APOYO CORPORATIVO CODIGO 009 (antes 022 grado 01) adscrito a la Secretaría General del Departamento.

8. La Ley 790 de 2002 previó en el artículo 12: PROTECCION 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... 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.

9. La ley anteriormente citada y transcrita fue desarrollada por el Decreto 190 de 2003 que expresa: que de conformidad con lo dispuesto con la Ley 790 de 2002, los destinatarios entre los que se resalta 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 no podrán ser retirados del servicio, situación que ha sido también desarrollada reiterada y pacíficamente a través de fallos jurisprudenciales.

10. EL DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA fue notificado de su condición especial de PREPENSIONADO y no tomó ninguna medida que conllevara la protección de sus derechos fundamentales hoy vulnerados, por encontrarse amparado en la estabilidad laboral reforzada establecida y protegida por la ley 790 de 2002, el Decreto 190 de 2003 y también protegida por la jurisprudencia, (Corte Constitucional, Consejo de Estado, Corte Suprema de Justicia, Concejo Nacional de la Judicatura), acorde con nuestra Estado Social de Derecho.

11. Es de conocimiento de la Administración departamental que es una persona adulta nacida el 30 de enero de 1955, teniendo en la actualidad más de 65 años, situación que lo convierte en una persona vulnerable, del grupo denominado “de la tercera edad” y que de manera inequívoca se torna IMPOSIBLE, por decir lo menos que una empresa privada o una entidad del Estado lo vincule como empleado, teniendo en cuenta precisamente la edad que ostenta y que invariablemente conduce a que ya no esté en el trasegar que implica conseguir un empleo, sino por el contrario disfrutar de una merecida pensión de jubilación por vejez.

12. Es incuestionable el hecho de que tiene un hogar, el cual está formado por su pareja MARIA DE LOS REMEDIOS MENDOZA ACOSTA, con la que tiene 2 hijos que hoy día aún necesitan de su apoyo económico, de nombre JUAN LAZARO OJEDA MENDOZA (22 años), estudiante de la Universidad Autónoma del Caribe de Barranquilla donde cursa 7º semestre de Dirección y Producción de Radio y Televisión, y, RAFAEL DAVID OJEDA MENDOZA (15 años), estudiante de 8º grado de bachillerato en el Colegio Enrique Lalleman de esta ciudad.

13. Es necesario informar que como persona de este conglomerado social tiene compromisos económicos y financieros, fácilmente comprobables con el Banco de Occidente, donde cancela una cuota de más de un millón de pesos mensual por un crédito adquirido condicha entidad crediticia, Además teniendo en cuenta que su hijo JUAN se encuentra estudiando en una Universidad de la ciudad de Barranquilla debe cancelar el valor de su matrícula semestralmente más su manutención en dicha ciudad, valores estos que superan los QUINCE MILLONES DE PESOS (\$ 15.000.000).

14. Señala que se encuentra en la imperiosa necesidad de ser reintegrado al cargo que venía ocupando en la gobernación del Departamento de la Guajira hasta tanto la entidad administradora de pensiones RECONOZCA SU PENSIÓN DE JUBILACIÓN, ya que de no darse una de estas dos situaciones, se estaría, como en efecto se está haciendo, vulnerando su mínimo vital, seguridad social, derechos fundamentales estos que deben ser inmediatamente protegidos.



15. En razón a estabilidad laboral reforzada, deducida de su condición de PREPENSIONADO, protegido por la ley y con el propósito de brindar una mejor calidad de vida a sus hijos, a su compañera permanente y a él mismo, y en el entendido de que por la condición antes dicha no podía ser desvinculado de la administración pública adquirió una serie de compromisos (préstamos bancarios) que debe necesariamente cumplir.

Actuación procesal de primera instancia

En razón de lo expuesto anteriormente, la accionante impetró acción de tutela contra el Departamento de la Guajira, la cual correspondió por reparto al Juzgado Segundo de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Riohacha, La Guajira, quien procedió a admitir el trámite tuitivo y en esa medida corrió el traslado de rigor del escrito de tutela a la entidad para que dieran respuesta a los hechos y pretensiones de la tutela.

Respuesta de la accionada.

(...) para el caso del señor ALGEMIRO OJEDA, la protección por estabilidad laboral reforzada en condición de prepensionado, no opera por ostentar, en la Gobernación de La Guajira, el cargo de libre nombramiento y remoción, como lo es el de Director de DIRECTOR OPERATIVO 022-01. Aunque el accionante, se encuentre a menos de 3 años para que le sea reconocida su pensión de vejez, el cargo que ocupa se encuentra bajo la excepción constitucional, por fundamentarse en la confianza. Así las cosas, otorgar una protección objetiva, como la de prepensionados en cargos de libre nombramiento y remoción, puede afectar seriamente la gobernabilidad o ejercicio de las funciones del nominador.

SENTENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Segundo de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Riohacha, en su fallo adiado cuatro (02) de junio de 2020, declaró improcedente el amparo constitucional, al encontrar que:

No se cumple el requisito de subsidiariedad, pues el accionante tiene la oportunidad de acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa a demandar el acto administrativo que declaro su subsistencia mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y si es del caso de urgencia como afirma tener el accionante puede solicitar la suspensión provisional del acto administrativo que considera le causa un perjuicio.

Así mismo reitera que son otros medios de defensa a los que debe recurrir el accionante, de lo contrario la acción de tutela dejaría de ser un mecanismo de defensa de los derechos fundamentales y se convertiría en un recurso expedito para variar la competencia ordinaria de los jueces y tribunales.

IMPUGNACIÓN

El juez de instancia se abstuvo de hacer un estudio profundo del caso planteado, y opto por la decisión más fácil que fue declarar improcedente la acción de tutela presentada, desconociendo la reiterada y pacífica jurisprudencia de los diferentes Tribunales Administrativos, Superior, Consejo de Estado y Corte Constitucional.

Los pronunciamientos de la Corte Constitucional en sede de revisión de tutela, así como en otros casos similares han podido darse debido a la inexistencia de un mecanismo judicial ordinario efectivo para la protección de los derechos fundamentales de quienes están protegidos por la estabilidad laboral reforzada, ya que no se puede pretender, que una persona con el estatus de prepensionado, lo que conlleva una avanzada edad y un largo trajinar en actividades laborales conlleva un desgaste físico de las personas que se acentúa en los últimos años de vida por lo que resulta más difícil acceder a un trabajo remunerado,



tenga que acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo como muy alegremente lo recomienda la entidad accionada.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. PROBLEMAS JURÍDICOS

Bajo las anteriores premisas, corresponde a este despacho resolver los siguientes problemas jurídicos:

¿Cumple la presente acción de tutela instaurada por el señor ALGEMIRO RAFAEL OJEDA HERNÁNDEZ, con el presupuesto de la subsidiariedad, necesario para la procedencia de la acción de tutela? De ser así, corresponde a este Despacho determinar si:

¿Vulnera el DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, mínimo vital, seguridad social y a la igualdad material del señor ALGEMIRO RAFAEL OJEDA HERNÁNDEZ, al declarar mediante Decreto N° 056 de 2020 insubsistente el cargo que venía desempeñando como Director Operativo de Apoyo Corporativo 009 (antes 022) Grado 01 adscrito a la Secretaría General del Departamento, cargo para el cual fue nombrado mediante Decreto N° 015 de 2012?

La subsidiariedad de la acción de tutela

Conforme a lo dispuesto en el artículo 86 constitucional, toda persona tendrá acción de tutela para reclamar la protección inmediata y efectiva de sus derechos fundamentales, amenazados o vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de determinados particulares, cuando no disponga de otro medio de defensa judicial para ello, salvo la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

A su vez, el numeral 1° del artículo 6° del Decreto N° 2591 de 1991 establece que la acción de tutela es improcedente cuando exista otro recurso o medio de defensa judicial para la protección efectiva de los derechos fundamentales, *“salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”*

En reiterada jurisprudencia se ha dicho que la acción de tutela fue concebida como un instrumento de defensa judicial para la protección inmediata de los derechos fundamentales al que la propia Carta Política atribuyó un carácter residual o subsidiario¹, nota distintiva en virtud de la cual no puede admitirse como un mecanismo alternativo, adicional o complementario de los previstos en el ordenamiento para garantizar los derechos de las personas, pues con ella no se busca sustituir los procesos ordinarios o especiales y mucho menos, desconocer las acciones y recursos judiciales inherentes a los mismos para controvertir las decisiones que se profieran.

En tal virtud, según el inciso 4° del artículo 86 de la Constitución Política, el requisito de subsidiariedad se refiere a que la acción de tutela procede cuando para el afectado (i) no existan otros medios de defensa judicial; (ii) cuando existiendo estos, se presente para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable².

Ahora bien, el examen de subsidiariedad ha sido desarrollado por la jurisprudencia constitucional en innumerables ocasiones. Si bien la Corte ha aceptado la excepcionalidad de la acción de tutela por la ausencia de mecanismos judiciales, la mera existencia de este no la torna improcedente. En otros términos, aunque la regla general se mantiene, no basta con que esa herramienta exista; debe ser *eficaz e idónea*³. En caso de no serlo, la acción de tutela es la vía más apropiada para defender las garantías constitucionales.

Así en la Sentencia T-662 de 2013 la Corte Constitucional sostuvo *que “el análisis de subsidiariedad no se agota con solo verificar la existencia de otro mecanismo; este debe*

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-491 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

² Corte Constitucional. Sentencia T-318 de 2017, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

³ Corte Constitucional, Sentencias T-581 de 2011 y T-662 de 2013.



ser eficaz e idóneo para garantizar la plena vigencia de los derechos fundamentales. En todo caso, la acción de tutela procederá transitoriamente si se constata la existencia de un perjuicio irremediable”.

En este caso, el juez de primera instancia declaró improcedente la presente acción de tutela, al considerar que no se enmarca dentro de uno de los supuestos de procedencia citado en su providencia, a que *“(i) los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados (...) (i), debido a que, no obstante que el actor manifiesta interponer la tutela como mecanismo transitorio, en realidad, no acudió a los medios judiciales idóneos y eficaces.”*

En las anteriores condiciones, se aprecia que el juez a-quo no advirtió que para la evaluación de la idoneidad del mecanismo de defensa ordinario no es menester que el accionante agote dichos medios judiciales, toda vez que el análisis sustancial del mismo debe ser analizada en cada caso concreto por el juez constitucional, en consideración a las características procesales del mecanismo y al derecho fundamental involucrado. Es así que en la sentencia SU-961 de 1999 la Corte Constitucional indicó que *“En cada caso, el juez está en la obligación de determinar si las acciones disponibles le otorgan una protección eficaz y completa a quien la interpone. Si no es así, si los mecanismos ordinarios carecen de tales características, el juez puede otorgar el amparo de dos maneras distintas, dependiendo de la situación de que se trate”*, precisando en cuanto al análisis de la idoneidad del recurso ordinario lo siguiente:

“(..)Ha sido clara esta Corporación al señalar, fundada en la prevalencia del derecho sustancial y en la necesidad, impuesta por la Carta, de dar efectividad a los derechos fundamentales, que en cada caso concreto el juez de tutela debe establecer la eficacia del medio judicial que formalmente se muestra como alternativo, para establecer si en realidad, consideradas las circunstancias del solicitante, se está ante un instrumento que sirva a la finalidad específica de garantizar materialmente y con prontitud el pleno disfrute de los derechos conculcados o sujetos a amenaza. El medio alternativo de defensa judicial debe ser evaluado y calificado por el juez de tutela respecto de la situación concreta que se pone en su conocimiento (...).”

Hechas las anteriores precisiones, en lo que hace relación a la procedencia de la tutela para controvertir los actos administrativos de insubsistencia o retiro del servicio, la jurisprudencia constitucional ha entendido que por regla general la acción de tutela es improcedente cuando se solicita el reintegro de empleados públicos a sus cargos, pues para controvertir los actos administrativos por medio de los cuales la administración decide separarlos de los mismos, existe la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la cual desplaza a la acción de tutela.

No obstante, la jurisprudencia constitucional también ha reconocido que la acción de tutela procede como mecanismo de protección de manera excepcional, en los casos en que sea titular del derecho a la estabilidad laboral reforzada, por encontrarse en una situación de debilidad manifiesta y sea desvinculado de su empleo sin autorización de la oficina del trabajo o del juez constitucional, la acción de tutela pierde su carácter subsidiario y se convierte en el mecanismo de protección principal⁴.

A propósito del tema debatido, en la sentencia T-151 de 2017 la Corte Constitucional indicó:

“la acción de tutela no es la vía judicial idónea, dado que existe una jurisdicción especializada, que en los últimos años ha sido fortalecida con la implementación del sistema de oralidad introducido con la Ley 1149 de 2007. No obstante, “(...) de manera excepcional, la jurisprudencia de este Tribunal ha contemplado la viabilidad del amparo constitucional para obtener el reintegro de un trabajador, en aquellos casos en que se encuentra inmerso en una situación de debilidad manifiesta, con la capacidad necesaria de impactar en la realización de sus derechos al mínimo vital o a la vida digna. En este escenario, la situación particular que rodea al peticionario impide que la controversia sea resuelta por las vías

⁴ Corte Constitucional. Sentencias T-864 de 2011 y T-317 de 2017.



ordinarias, requiriendo de la procedencia de la acción de tutela, ya sea para brindar un amparo integral o para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable en su contra”.

Además se precisó que circunstancias como: (i) la edad del sujeto, (ii) su desocupación laboral, (iii) no percibir ingreso alguno que permita la subsistencia de su familia y la propia, y (iv) la condición médica padecida, son supuestos representativos de un estado de debilidad manifiesta (artículo 13 superior)⁵.

Examinado el caso concreto por el aspecto de la subsidiaridad, se aprecia que el accionante cuenta con 65 años de edad, por tanto contrario a sus consideraciones, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional no es de la tercera edad, pues no supera la expectativa de vida certificada por el DANE.

Al respecto en la sentencia Sentencia T-015/19 se indicó:

“Por su parte, la calidad de “persona de la tercera edad” solo puede ostentarla quien no solo es un adulto mayor, sino que ha superado la esperanza de vida. No todos los adultos mayores son personas de la tercera edad; por el contrario, cualquier persona de la tercera edad será un adulto mayor.

Para efecto de precisar a qué edad una persona puede catalogarse en la tercera edad, esta Corporación ha acudido a la esperanza de vida certificada por el DANE. Ha asumido que la tercera edad inicia cuando la persona supera la expectativa de vida fijada por aquel organismo público, misma que varía periódicamente. A esta se le conoce como la tesis de la vida probable, que en este caso concreto fue aplicada por el ad quem.

Durante el periodo comprendido entre 2015 y 2020, conforme el documento titulado “Indicadores Demográficos Según Departamento 1985-2020. Conciliación Censal 1985-2005 y Proyecciones de Población 2005-2020” emitido por el DANE, la esperanza de vida al nacer para la totalidad de la población en Colombia (sin distinguir entre hombres y mujeres), se encuentra estimada en los 76 años. Por lo tanto, una persona será considerada de la tercera edad solo cuando supere esa edad, o aquella que certifique el DANE para cada periodo específico.

16.5. La distinción entre adultos mayores y los individuos de la tercera edad implica el reconocimiento de la heterogeneidad entre personas de avanzada edad y la necesidad de brindar un trato especial a las que, entre aquellas, presenten mayores dificultades asociadas con los efectos biológicos del paso del tiempo.”

Por otra parte, las copias de los documentos de identificación, el carne universitario y el certificado expedido por rectora de la institución educativa anexos, acreditan que el hijo del accionante JUAN LAZARO OJEDA MENDOZA de 22 años cursa estudios en la Universidad Autónoma del Caribe de Barranquilla, y que su hijo RAFAEL DAVID OJEDA MENDOZA de 15 años, es estudiante de 8º grado de bachillerato en el Colegio Enrique Lallemand de esta ciudad; así mismo, el estado de cuenta anexo a la demanda prueba que, al corte del 16 de abril de la presente anualidad, el actor tiene una obligación pendiente con Banco de Occidente por valor de \$25.608.287.27 (obligación No. 880-20001927-3) .

Lo anteriormente expuesto respecto del núcleo familiar del accionante en concordancia con lo mencionado en la sentencia SU 003 de 2018 en la cual se indicó *“que, de un lado, el acceso a esta jurisdicción, en este tipo de asuntos, supone el agotamiento previo del requisito de conciliación prejudicial ante la Procuraduría General de la Nación. De otro, solo luego es posible la presentación de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho y, con posterioridad, su admisión por el Juez de lo Contencioso Administrativo, que si bien puede proferir una orden de suspensión de los efectos del acto que se demanda, no es posible inferir, razonablemente, que estas actuaciones se cumplan en un término inferior a 1 año.”* le permite al Juzgado llegar a la conclusión que si bien el accionante cuenta con mecanismos judiciales ordinarios para la protección de los derechos fundamentales

⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-041 de 2019, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.



invocados, en particular la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para controvertir al acto de desvinculación, sin embargo en esta oportunidad se encuentra en situación que amerita un estudio de fondo respecto de sus argumentos a efectos de determinar si gozaba o no de estabilidad laboral reforzada, toda vez que del escrito de tutela y sus anexos se desprende que de sus salarios depende el sostenimiento de su núcleo familiar y el pago de la obligación bancaria, teniendo en cuenta que la accionada no probó que el actor cuenta con otra fuente de ingreso; perspectiva desde la cual la acción de tutela se convierte en el mecanismo idóneo para lograr la protección de sus derechos fundamentales en caso de vulneración, y en consecuencia amerita revocar la decisión del juez a-quo en la medida que declaró improcedente la presente acción.

De la estabilidad reforzada

El artículo 53 de la Constitución establece como uno de los principios mínimos de las relaciones laborales el derecho que tiene todo trabajador a permanecer estable en el empleo, a menos que exista una justa causa para su desvinculación. De igual manera, la Corte ha reconocido el derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada, que deriva directamente del principio y el derecho a la igualdad en el trabajo y que se materializa con medidas diferenciales en favor de personas en condición de vulnerabilidad, que en la evolución histórica de la sociedad han sufrido discriminación por razones sociales, económicas, físicas o mentales

Debido a que la Corte Constitucional ha considerado que las personas, aun cuando hayan alcanzado la edad de retiro forzoso, tienen derecho a permanecer en el cargo hasta que completen los requisitos para acceder a la pensión de vejez, cuando su mínimo vital dependía de su salario, con el ánimo de delimitar en el tiempo la aplicación de esta regla por parte de las entidades públicas, inicialmente acudió al término de tres años previsto para la protección de los prepensionados en el marco de la política social denominada retén social, y posteriormente, estimó la protección constitucional de las personas que están próximas a pensionarse desde la categoría de prepensionados en todos los contextos laborales, tanto públicos como privados⁶.

Es así que en la jurisprudencia se ha venido haciendo referencia a la estabilidad laboral reforzada de los prepensionados, teniendo en cuenta que en varios casos venía negándose dicha protección, bajo el argumento que no se trataba de las circunstancias previstas para la política social denominada retén social. Al respecto, se señaló que *“la Corte desestima lo expresado por los jueces de instancia, en el sentido de confundir la estabilidad laboral reforzada de los prepensionados con la figura del retén social, para concluir erróneamente que la mencionada estabilidad solo es aplicable en los casos que el retiro del cargo se sustenta en su supresión ante la liquidación de la entidad y en el marco de los procesos de reestructuración de la Administración Pública.”*⁷

De esta manera, la protección de los prepensionados por retén social tiene carácter objetivo, esto es, que frente a un proceso de reestructuración administrativa y acreditado que la persona se encuentra dentro de los 3 años anteriores al reconocimiento de su pensión, tal protección opera en virtud de la ley, incluso en los casos de empleados de libre nombramiento y remoción, como se expuso en la sentencia T-862 de 2009:

“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

⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-413 de 2019, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-186 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.



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”

De otra parte, en los casos en los cuales opera la figura de protección a prepensionados **de manera autónoma** y no por retén social, la estabilidad laboral reforzada de empleados del sector público, e incluso privado, obedece a aspectos subjetivos, como la vulneración de derechos fundamentales. En efecto, la Corte Constitucional en sentencia T-638 de 2016 dispuso lo siguiente:

“En todo caso, a pesar de haberse superado el contexto de la renovación de la administración pública como requisito para ser considerado sujeto de especial protección constitucional en el caso de los prepensionados, la Corte ha protegido los derechos de estas personas cuando su desvinculación suponga una 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 del mismo es un indicador de la falta de probabilidades de integrarse al mercado laboral que debe apreciarse junto con el hecho de que el salario sea la única fuente de ingresos de este o, en todo caso, que los ingresos por otros conceptos sean insuficientes para garantizar una vida en condiciones dignas”.

En la sentencia de unificación jurisprudencial SU-003 de 2018, al resolver el problema jurídico relativo a determinar si los empleados públicos de libre nombramiento y remoción gozan de estabilidad laboral reforzada, la Corte Constitucional señaló:

“La “prepensión” protege la expectativa del trabajador de obtener su pensión de vejez, ante su posible frustración como consecuencia de una pérdida intempestiva del empleo. Por tanto, ampara la estabilidad en el cargo y la continuidad en la cotización efectiva al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, para consolidar los requisitos que le faltaren para acceder a su pensión de vejez.

*Igualmente, tal como lo ha considerado esta Corte, en especial en relación **con los cargos de libre nombramiento y remoción**, en aquellos supuestos en los que solo resta el requisito de edad (dado que se acredita el número de semanas de cotización o el tiempo de servicio, en el caso del Régimen de Prima Media con Prestación Definida), no se ha considerado que la persona sea titular de la garantía de “prepensión”, en la medida en que la consolidación del derecho pensional no está sujeta a la realización de cotizaciones adicionales al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.*

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

Anteriormente, en la sentencia T-460 de 2017 traída a colación por la parte accionada, la jurisprudencia constitucional, luego de referirse a las modalidades de empleos en el sector público, señaló en lo pertinente:

“En los casos de procesos de reestructuración de la administración, la desvinculación no obedece a la voluntad del nominador de terminar la relación legal y reglamentaria, sino que obedece a una causa externa e inimputable al empleado o al empleador, la cual no sólo pone fin a la relación entre la administración y quien le presta sus servicios, sino que acaba con el propio empleo o cargo.

En la declaratoria de insubsistencia, cuando no media proceso de reestructuración, la desvinculación obedece a la facultad discrecional que tiene la administración para dar por terminada la relación laboral, teniendo en cuenta que en los cargos de libre nombramiento



y remoción el nominador se encuentra facultado para determinar la idoneidad de sus funcionarios en ese tipo de empleos.

Teniendo en cuenta lo expuesto, la estabilidad laboral de las personas prepensionadas que han sido nombradas bajo la modalidad de libre nombramiento y remoción, tiene razón de ser porque no hay voluntad por parte de su nominador de poner fin a esa relación legal y reglamentaria, sino que una causa externa –como la liquidación de la entidad– es la culpable del rompimiento del vínculo laboral”.

Por el contrario, en los casos en los cuales la administración ejerce su facultad discrecional para retirar a una persona del servicio público, hay una manifestación clara e inequívoca de poner fin a la relación legal y reglamentaria, sin que ello se produzca necesariamente por una actuación específica de quien ocupó el cargo en la modalidad de libre nombramiento y remoción, sino porque la relación entre nominador y empleado, en ese tipo de cargos, están fundadas en la discrecionalidad para nombrar funcionarios que a su juicio sean idóneos para desarrollar funciones de dirección, manejo y confianza.”

En atención al precedente jurisprudencial citado, conforme al literal a) del numeral 2 del artículo 5º de la Ley 909 de 2004 son de libre nombramiento y remoción los empleos “de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices”. Dada esta condición, les corresponde la dirección, conducción y orientación de las entidades estatales de las que hacen parte. En atención a su alta calidad y elevadas responsabilidades, se trata de los empleos públicos que exigen el máximo grado de confianza por parte de sus nominadores y, por tanto, de discrecionalidad en cuanto a su nombramiento y remoción.

Para el caso que ocupa la atención del Despacho, debe tenerse en cuenta que el Decreto 785 de 2005 “por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004”, en su artículo 4º establece las funciones correspondientes a los empleos de las entidades territorial agrupados en los niveles jerárquicos, señalando que le corresponden al nivel directivo “funciones de Dirección General, de formulación de políticas institucionales y de adopción de planes, programas y proyectos”. De igual manera, en el artículo 16 del mencionado decreto al relacionar por el código y denominación los empleos que corresponden al nivel directivo, señala dentro de ellos el correspondiente al Código 009 cargo Director Administrativo o Financiero o Técnico u Operativo; cuya situación anterior correspondía al Código 022 Director Operativo, que contempla el artículo 21 del Decreto 785 de 2005.

2. CASO CONCRETO

En el caso bajo estudio, la discusión que se propone gira en torno a la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, mínimo vital, seguridad social y a la igualdad material del señor ALGEMIRO RAFAEL OJEDA HERNÁNDEZ por parte del DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA, al declararlo mediante Decreto N° 056 de 2020 insubsistente el cargo que venía desempeñando como Director Operativo de Apoyo Corporativo 009 (antes 022) Grado 01 adscrito a la Secretaría General del Departamento, cargo para el cual fue nombrado mediante Decreto N° 015 de 2012, razón por la cual el accionante solicita que se le ordene al DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA reintegrarlo al cargo que venía ocupando hasta el día 21 de febrero de 2020, o a otro de igual o superior categoría dentro de su planta de personal.

Por lo anterior, analizada la situación particular que le asiste al accionante, el juzgado no encuentra acreditada la vulneración del derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada, que a su vez guarda relación con su derecho al mínimo vital, por las siguientes razones:

i) Del análisis del acervo probatorio no es posible establecer que el accionante se encuentre protegido por la legislación que regula el retén social de los prepensionados, ya que el retiro del servicio no obedeció a la liquidación o reestructuración del ente territorial para el cual laboraba, sino que el mismo ocurrió por razones de confianza. En efecto, el señor ALGEMIRO RAFAEL OJEDA HERNANDEZ fue vinculado a la Administración



Departamental para ocupar el cargo de Director Operativo de Apoyo Corporativo 009 (antes 022) Grado 01 adscrito a la Secretaría General, de libre nombramiento y remoción; cargo que corresponde al nivel directivo conforme a lo establecido por los precitados artículos 4º y 16º del Decreto 785 de 2005; así como del contenido del Decreto N° 056 de 2020 se evidencia que el accionante no se encontraba dentro de la protección constitucional denominada retén social, toda vez que la declaratoria de insubsistencia obedeció a la facultad discrecional del señor Gobernador del Departamento de la Guajira.

ii) No acreditó el accionante de ninguna manera que de acuerdo a su situación particular al momento de ser declarado insubsistente se encontraba a 3 años de adquirir el capital necesario para acceder a la pensión de vejez en el régimen de ahorro individual.

iii) Según la información remitida por el fondo de pensiones al cual se encuentra vinculado, si bien el accionante no cuenta con la totalidad del capital necesario para acceder a la pensión de vejez, lo cierto es que al tener 1.186 semanas cotizadas como lo certifica la referida entidad y 65 años, según lo dispuesto en el artículo 65 de la ley 100 de 1993 puede acceder al beneficio de la garantía estatal de pensión mínima de vejez, para lo cual debe efectuar los trámites correspondientes.

En ese orden de ideas se concluye que en el sub lite no se acreditó el riesgo de frustración de su derecho pensional, pues no se le ha impedido cumplir con los requisitos necesarios para acceder a la pensión de vejez ya que según la norma mencionada es acreedor a la garantía de la pensión mínima, para lo cual se encuentra en los trámites correspondientes al bono pensional, como lo reconoce el accionante en el oficio del 21 de febrero de 2020 dirigido al Secretario General del Departamento, anexo al escrito de la tutela, y en el escrito radicado el día 21 de mayo de 2020 en las oficinas de Fondo de Pensiones PORVENIR-Riohacha.

iii) Resulta importante poner de presente que las sentencias del 3 de noviembre de 2016 Rad. 2016-01944-01 y del 19 de octubre de 2017 Rad. 2016-00157-01 proferidas por el Consejo de Estado y anexas al escrito de impugnación por el accionante, no pueden ser asumidas como precedentes de estricta o directa aplicación en el caso concreto, pues se trata de asuntos fácticamente disímiles y que por tanto integran problemas jurídicos no coincidentes con el que plantea el expediente de la referencia, comoquiera que en estos dos fallos proferidos en sede de impugnación se resolvieron la situación jurídico-constitucional de funcionarios adscritos a la Procuraduría General de la Nación que, estando vinculados en provisionalidad, contaban con la titularidad de estabilidad laboral reforzada por el hecho de estar cobijados por la figura “*prepensión*”; y los hechos no estuvieron enmarcados por la decisión del Procurador General de desvincularlos por ser de libre nombramiento y remoción, como ocurre en este asunto.

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 departamental para retirar del servicio al accionante, quien ocupaba un cargo 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.

De otro lado, en cuanto a la procedencia de la acción de tutela para obtener el amparo del derecho a la seguridad social, la jurisprudencia constitucional considera que si bien esta prerrogativa constitucional ostenta un carácter fundamental, no por ello puede hacerse efectiva, en todos los casos, a través de la acción de tutela, porque para ello existen otros mecanismos de defensa judicial previstos por el Legislador. De modo que “*La procedencia de la acción de tutela para obtener la protección del derecho a la seguridad social es excepcional y depende de las circunstancias propias de cada asunto, debiendo el juez constitucional evaluar criterios como la edad, el estado de salud, la composición del núcleo*



familiar, la situación económica, así como cualquier aspecto que permita identificar por qué este debe ser el mecanismo principal o transitorio de protección”⁸

El contenido del derecho a la seguridad social ha sido objeto de varios pronunciamientos por parte de la Corte Constitucional. Es así como en la Sentencia T-116 de 1993, sobre la seguridad social se expresó lo siguiente:

“El concepto de seguridad social hace referencia pues, al conjunto de medios de protección institucionales frente a los riesgos que atentan contra la capacidad y oportunidad de los individuos y sus familias para generar los ingresos suficientes en orden a una subsistencia digna.

Tales riesgos abarcan una amplia gama que va desde la invalidez, vejez y muerte, hasta la atención a la salud de sus afiliados, y cuya cobertura se ampliará progresivamente.

Se infiere de las implicaciones y el contenido de este derecho, su relación estrecha con los derechos eminentemente fundamentales como la vida (artículo 11 C.P.), el trabajo (artículo 25 C.P.) y la salud (artículo 49 C.P.).”

Es claro entonces, que se trata de un derecho social, cuya realización está mediada por la actividad del legislador y en consecuencia como derecho susceptible de protección vía tutela, salvo, como se ha dicho insistentemente, que su no prestación afecte el núcleo esencial de derechos fundamentales, situación que en el caso concreto no se presenta. En esa perspectiva, se aprecia que la situación fáctica planteada por el accionante no se ajusta a los lineamientos trazados por la jurisprudencia, en la medida que este no acreditó en el expediente que su desvinculación del cargo que venía desempeñando generó un alto grado de afectación del mínimo vital, como manifestación de la garantía de la seguridad social; tampoco fue alegado en el escrito tutelar que con ocasión a su desvinculación, al accionante no se le hubiesen brindado los servicios médicos asistenciales para garantizar su derecho a la salud. Lo anterior pone de manifiesto que no es la tutela el mecanismo idóneo para obtener el amparo del derecho invocado, pues, se reitera, su situación actual no afecta el núcleo esencial de ninguno de sus derechos fundamentales, lo que descarta esta acción constitucional.

Por otra parte, se pudo constatar con la información allegada por la accionada que al señor Ojeda Fernández le fue reconocido por el ente departamental como liquidación una suma considerable de dinero, que le permite subvenir sus necesidades más básicas mientras realiza los trámites necesarios para adquirir la pensión.

Por otra parte, en lo que hace relación al derecho a la igualdad material, conviene tener en cuenta que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional *“El artículo 13 de la Constitución reconoce el principio de igualdad en dos dimensiones: igualdad formal e igualdad material.(...) La igualdad material, de otro lado, parte del reconocimiento de la existencia de desigualdades en la sociedad, fruto no solamente de la naturaleza, sino también de los arreglos económicos, sociales, culturales y políticos, las cuales constituyen un obstáculo para gozar, desde una perspectiva material, de los derechos constitucionales. En este orden de ideas, el principio de igualdad desde la perspectiva material exige al Estado adoptar medidas para contrarrestar tales desigualdades y ofrecer a todas las personas oportunidades para ejercer sus libertades, desarrollar sus talentos y superar los apremios materiales.”⁹*

En el caso concreto, el Juzgado no evidencia la vulneración del derecho fundamental a la igualdad material, por cuanto el accionante no alegó que hubiese recibido un trato desigual por sus condiciones materiales, frente a un grupo de personas que se encuentran en situaciones similares; lo que no permite al Despacho verificar la existencia de

⁸ Corte Constitucional Sentencia T-281 de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-258 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.



características o criterios de comparación relevantes entre el accionante y otros reclamantes en iguales condiciones.

Bajo estos supuestos, el juzgado revocará el fallo de tutela impugnado en cuanto consideró improcedente la presente acción de tutela, y en su lugar negará el amparo constitucional promovido por el accionante con el fin de proteger sus derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, mínimo vital, seguridad social y a la igualdad material, por cuanto 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 en los términos ante dichos no se acreditó el riesgo de frustración de sus derecho pensional.

En razón y mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Riohacha, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el fallo de tutela impugnado de fecha dos (02) de junio de dos mil veinte (2020), proferido por el Juzgado Segundo de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Riohacha-La Guajira, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: En su lugar, NEGAR el amparo constitucional promovido por el señor ALGEMIRO RAFAEL OJEDA HERNÁNDEZ con el fin de proteger sus derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, mínimo vital, seguridad social y a la igualdad material, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: Por el medio más expedito notifíquese a los interesados de esta acción, de acuerdo a lo estipulado por el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: Remitir el expediente en su oportunidad, a la Corte Constitucional, para una eventual revisión del fallo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

YEIDY ELIANA BUSTAMANTE MESA
Jueza