



San Andrés, Isla, Veintidós (22) de Febrero de Dos Mil Veintidós (2022)

RADICACIÓN: 88-001-4003-003-2022-00024-00
REFERENCIA: ACCIÓN DE TUTELA
TUTELANTE: GEDDES CHRISTOPHER BERNARD
TUTELADO: GOBERNACION DEL DEPARTAMENTO
ARCHIPIELAGO DE SAN ANDRÉS,
PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA

SENTENCIA No. 00015-022

1. OBJETO

Procede el Despacho a decidir la acción de tutela instaurada por el señor GEDDES CHRISTOPHER BERNARD actuando en nombre propio en contra de la GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO ARCHIPIELAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA.

2. ANTECEDENTES

El señor GEDDES CHRISTOPHER BERNARD actuando en nombre propio, interpuso acción de tutela por razón de los hechos que a continuación se sintetizan:

Expresa el accionante que ingresó a la Gobernación desde el 13 de agosto de 1981 hasta el 11 de septiembre de 1985 como Obrero de la Secretaria de Desarrollo, del 14 de marzo de 1995 hasta el 31 de diciembre de 1999 como ayudante grado 02, código 610 bajo la Secretaria de Desarrollo y del 20 de septiembre de 2004 hasta el 02 de enero de 2022, como ayudante, código 472, grado 12, bajo la Secretaria general.

Sostiene que en el marco de la Convocatoria No. 1110 territorial 2019, y lista de elegibles conformada por la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante la Resolución No. 6549 del 10 de noviembre de 2021, el Gobierno Departamental expidió el Decreto No. 0562 del 09 de diciembre de 2021, el cual nombra en periodo de prueba a la señora DAYLIS ESTHER ROA CANTILLO, en el cargo que venía desempeñando.

Indica que la anterior decisión le fue notificada a través de memorando 222 del 13 de diciembre de 2021 y recibida por él en fecha 20 de diciembre de 2021.

Sustenta que cumple con las semanas cotizadas para acceder a su pensión de vejez, pero no la edad, pues en Colpensiones tiene un total de 1.295,15 semanas cotizadas (Ver Anexos), mas sin embargo, le hace falta un año y cuatro meses aproximadamente en edad para pensionarse, por cuanto tiene cumplidos 60 años de edad, como consta en su registro civil de nacimiento, por lo que es una persona en condición de prepensionado.

Manifiesta que ante la decisión tomada por la administración departamental, mediante memorial de fecha 22 de diciembre de 2021 le informo al Gobernador de su condición de prepensionado, para que procediera a efectuar su reubicación a otro cargo igual o equivalente al que venía desempeñado.

Expediente: 88-001-4003-003-2022-00024-00

Accionante: GEDDES CHRISTOPHER BERNARD

Accionado: GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA

Acción: TUTELA

SIGCMA

Aduce que el salario que devenga en la Gobernación es su única fuente de ingresos, es decir no tiene otro ingreso para su sustento, por lo que considera vulnerados sus derechos fundamentales.

3. PRETENSIONES

Con fundamento en los anteriores hechos, el señor GEDDES CHRISTOPHER BERNARD actuando en nombre propio solicita:

- 3.1. Que se amparen sus derechos fundamentales al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada, al mínimo vital y a la seguridad social.
- 3.2. Que se ordene a la Gobernación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, que en el término de 48 horas, materialice su reintegro a la planta de la Gobernación, en un cargo de igual o similar jerarquía.
- 3.3. Que se ordene a la Gobernación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, le cancele los salarios dejados de percibir durante el lapso que permaneció cesante.
- 3.4. Que se ordene a la Gobernación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina le cancele a la EPS SANITAS y a Colpensiones los pagos que corresponden por concepto de salud y pensión, y lo vincule nuevamente a la seguridad social.
- 3.5. Que se ordene a la Gobernación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina su permanencia en el cargo, hasta tanto logre el reconocimiento efectivo de su pensión.

4. ACTUACIÓN JUDICIAL

Mediante Auto N° 0059-022 de fecha once (11) de Febrero de dos mil veintidós (2022), se admitió la presente acción de tutela, ordenándose comunicarle a la Gobernación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, con el fin de que contestara la presente solicitud y rindiera los informes del caso dentro del término de dos (2) días, de la presente acción.

Asimismo, se vinculó a la señora DAYLIS ESTHER ROA CANTILLO, a quien se les concedió un término improrrogable de dos (2) días, para que se pronunciaran sobre los hechos y pretensiones de la tutela.

5.- CONTESTACIÓN A LA ACCIÓN DE TUTELA

Vencido el término de traslado se evidencia que la GOBERNACION DEL DEPARTAMENTO ARCHIPIELAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, contesto la presente acción de tutela, manifestando que atendiendo al Acuerdo No. CNSC-20191000001636 del 04-03-2019 *"Por el cual se convoca y se establecen las reglas del proceso de selección de mérito para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la plata de personal de la Gobernación DEL ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRES, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA- Convocatoria No. 1110 de 2019- TERRITORIAL 2019"*, la entidad adelantó el respectivo concurso.

Expediente: 88-001-4003-003-2022-00024-00

Accionante: GEDDES CHRISTOPHER BERNARD

Accionado: GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO ARCHIPIELAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA

Acción: TUTELA

SIGCMA

A pesar de ello, es importante anotar que el actor Geddes Christopher Bernard aun teniendo la posibilidad de concursar no participó en dicho proceso, razón por lo cual, atendiendo a los resultados obtenidos la lista de elegibles para el cargo vacante estaba encabezada por la señora Daylis Esther Roa Cantillo.

Aunado a lo anterior, dentro del Concepto 314401 de 2021 emitido por el Departamento Administrativo de la Función Pública se dispuso que:

"Los empleos de carrera se proveen a través de concursos de méritos públicos y abiertos, estos, se realizarán en según lo acuerde la entidad respectiva con la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSV). En consecuencia, el mérito es el factor preponderante que se debe tener en cuenta para la vinculación y permanencia en el sector público."

En ese orden de ideas, lo mínimo que podía realizar el actor para asegurar su permanencia y vinculación en el empleo era postularse y participar en el respectivo concurso de la Convocatoria No. 1110 de 2019, lo cual es evidente que no ocurrió.

En virtud de lo planteado, es improcedente conceder el amparo de los derechos fundamentales pretendido por el actor cuando por cuanto al haber alcanzado las semanas necesarias y solo faltar la edad, no es indispensable que se encuentre vinculado a alguna entidad para cumplir con ambos presupuestos.

Por su parte, la señora DAYLIS ESTHER ROA CANTILLO, no se pronuncio respecto de los hechos y pretensiones de la presente acción de tutela.

6.- CONSIDERACIONES

6.1. COMPETENCIA:

De conformidad con el numeral 1° del Art. 1° del Decreto 1983 del 2017, éste Despacho es competente para conocer la presente solicitud de tutela.

La norma citada, respecto del *reparto de la acción de tutela*, dispone lo siguiente:

"(...) Las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier autoridad, organismo o entidad pública del orden departamental, distrital, municipal y contra particulares, serán repartidas para su conocimiento en primera instancia, a los jueces municipales". Lo anterior por ser la tutelada el ente territorial.

Frente a la competencia, según el criterio del lugar donde se haya producido el hecho o sus efectos, los mismos tuvieron ocurrencia en la Isla de San Andrés.

Así las cosas, son los Juzgados Municipales del Distrito Judicial de San Andrés, los competentes para conocer la presente solicitud de tutela, según el correspondiente reparto.

6.2. PROCEDENCIA:

El Artículo 86 de la Constitución Política de 1991, desarrollado en los Decretos 2591 y 306, ambos del mismo año, ha institucionalizado la acción de tutela como una garantía y un mecanismo constitucional de protección directa, inmediata y efectiva de los derechos fundamentales de las personas cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública y de los particulares, en los casos que establezca la ley.

Dicha acción muestra por su finalidad un carácter extraordinario, en la medida en que su utilización parte del respeto y garantía a la consagración constitucional y legal de las jurisdicciones ordinarias y especiales, así como de las respectivas acciones, procedimientos, instancias y recursos que ante las mismas se surten, lo que supone un uso en forma supletiva con carácter subsidiario; de manera que, la procedencia de la tutela se restringe a la inexistencia de otros medios de defensa judicial o a la ineficacia de los mismos, como también a su utilización transitoria ante la presencia de un perjuicio irremediable que permita contrarrestar dicho efecto en forma temporal, con una operancia inmediata, urgente, rápida y eficaz, mediante el trámite de un procedimiento preferente y sumario, hasta tanto la autoridad correspondiente defina el fondo del asunto.

En el presente asunto, se trata del ejercicio de la Acción de Tutela incoada contra de la Gobernación del Departamento Archipiélago, por tanto, es procedente, al tenor de los Artículos 5º y 42 Numeral 2º del Decreto 2591 de 1991.

6.3. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde al Despacho determinar, si se ha vulnerado y/o amenazado o no el derecho fundamental al mínimo vital, al trabajo, a la seguridad social, y a la estabilidad laboral reforzada del señor GEDDES CHISTOPHER BERNARD por parte de la GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO ARCHIPIELAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, al haberlo desvinculado del cargo que desempeñaba en el ente territorial.

6.4. ANÁLISIS NORMATIVO Y/O JURISPRUDENCIAL DE LOS DERECHOS PRESUNTAMENTE VULNERADOS O AMENAZADOS

6.4.1. DERECHO AL MINIMO VITAL

El derecho al mínimo vital ha sido definido por esta Corte como *"la porción de los ingresos del trabajador o pensionado que están destinados a la financiación de sus necesidades básicas, como son la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la recreación, la atención en salud, prerrogativas cuya titularidad es indispensable para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana, valor fundante del ordenamiento jurídico constitucional"*.

Uno de los derechos más característicos de un Estado Social de Derecho es el mínimo vital. Según la Corte Constitucional, este derecho se deriva de los principios de Estado Social de derecho, dignidad humana y solidaridad, en concordancia con los derechos fundamentales a la vida, a la integridad personal y a la igualdad. Este derecho adquiere relevancia en situaciones humanas límites, relativas a la extrema pobreza y la indigencia,

cuando frente a las necesidades más elementales y humanas, el Estado y la sociedad no responden de manera congruente.

6.4.2. DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA

La jurisprudencia constitucional ha usado de forma dominante la expresión “*estabilidad laboral reforzada*” para hacer alusión al derecho fundamental antes caracterizado. En nuestro medio jurídico, la locución ‘*laboral*’ se asocia legislativamente a las relaciones de trabajo dependiente, caracterizadas por la prestación de servicios personales bajo subordinación jerárquica.

No obstante, esa Corte ha señalado que el derecho a la estabilidad laboral reforzada aplica no solo a quienes tienen un vínculo de trabajo dependiente estrictamente subordinado y sujeto al derecho laboral, sino también a quienes están insertos en relaciones ocupacionales divergentes, originadas por ejemplo en un contrato de prestación de servicios o en un contrato de aprendizaje. En efecto, desde la sentencia T-1210 de 2008 la Corte ha sostenido que “*aún en el seno del contrato de prestación de servicios, puede predicarse ciertas garantías de la que gozan las relaciones laborales, al cobrar importancia los principios de estabilidad laboral a ciertos sujetos*”. Luego esta posición se ha reiterado en distintas ocasiones, como por ejemplo en las sentencias T-490 de 2010, T-988 de 2012, T-144 de 2014 y T-310 de 2015.

En la sentencia T-040 de 2016, la Sala Tercera de Revisión de la Corte tuteló el derecho a la estabilidad reforzada de una persona a quien se le terminó sin causa justificable y sin autorización de la oficina del Trabajo su contrato de prestación de servicios, mientras estaba en condiciones de debilidad manifiesta. Sostuvo entonces que “*la estabilidad laboral reforzada para personas en situación de debilidad manifiesta por su estado de salud aplica a todas las alternativas productivas, incluyendo al contrato de prestación de servicios*”.

En las relaciones de prestación de servicios independientes no desaparecen los derechos a “*la estabilidad*” (CP art 53), a una protección especial de quienes “*se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta*” (CP arts. 13 y 93), a un trabajo que “*en todas sus modalidades*” esté rodeado de “*condiciones dignas y justas*” (CP art 25) y a gozar de un mínimo vital (CP arts. 1, 53, 93 y 94). Tampoco pierden sentido los deberes que tienen el Estado y la sociedad de adelantar una política de “*integración social*” a favor de aquellos que pueden considerarse “*disminuidos físicos, sensoriales y síquicos*” (CP art 47), o de “*obrar conforme al principio de solidaridad social*” (CP arts. 1, 48 y 95). Por este motivo, más que hablar de un principio de estabilidad laboral reforzada, que remite nominalmente por regla a las relaciones de trabajo dependiente, debe hablarse del derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada, por ser una denominación más amplia y comprehensiva. Esta garantía tiene, como se dijo, arraigo constitucional directo y aplica a quienes estén en condiciones de debilidad manifiesta, incluso si no cuentan con una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda. Este proceso, sin embargo, provoca una pregunta: (i) por una parte, si en el contexto de relaciones originadas en contratos de prestación de servicios la vulneración de la estabilidad ocupacional reforzada activa las prestaciones de la Ley 361 de 1997; y, en caso afirmativo, (ii) si aplica, en tales hipótesis, incluso a quienes sin tener calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda están en circunstancias de debilidad manifiesta por sus problemas acreditados de salud. Sobre estas materias hay

diferencias jurisprudenciales, que la Corte en primer lugar (a) identificará, y luego (b) resolverá.

6.4.3. DERECHO AL TRABAJO

La interpretación legal propia de la justicia ordinaria tiene como objetivo la resolución de un caso, de una contradicción o disparidad entre trabajador y empleador. La valoración jurídica se realiza especialmente mediante la aplicación de reglas que pretenden definir inequívocamente los derechos y obligaciones derivados de una relación contractual en el que prima el ejercicio de la voluntad de las partes. Si bien existen derechos inalienables del trabajador la potestad de negociación continúa desempeñando un papel decisivo en la definición de derechos y obligaciones intrínsecas a la actividad laboral y productiva de una empresa. Ese conjunto de derechos y obligaciones constituye el marco de interpretación del juez laboral allí, deben resolverse las diferencias o propiciar el acuerdo entre las partes. Si el sistema de reglas que define la relación contractual laboral se agota y se llega a una situación de duda, el sistema posee una cláusula de cierre en la que toda duda se resuelve a favor del trabajador.

La interpretación constitucional recae sobre un objeto de mayor complejidad el derecho al trabajo como uno de los valores esenciales de nuestra organización política, fundamento del Estado social de derecho, reconocido como derecho fundamental que debe ser protegido en todas sus modalidades y asegurar el derecho de toda persona al desempeño en condiciones dignas y justas, así como los principios mínimos fundamentales a los que debe sujetarse el legislador en su desarrollo y la obligación del Estado del desarrollo de políticas de empleo hacen del derecho al trabajo un derecho de central importancia para el respeto de la condición humana y cumplimiento del fin de las instituciones. La interpretación que surge de la dimensión constitucional descrita no persigue la solución de un conflicto o diferencia entre el trabajador y el empresario para hallar la solución correcta sino pretende, la definición de campos de posibilidades para resolver controversias entre derechos o principios fundamentales. La protección del derecho al trabajo desde la interpretación constitucional tiene el propósito de optimizar un mandato en las más altas condiciones de racionalidad y proporcionalidad sin convertirlo en el derecho frente al cual los demás deben ceder.

6.4.4. DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

Al respecto, la H. Corte Constitucional en Sentencia T-032/12, Magistrado Ponente: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB, indicó:

“El derecho a la seguridad social, en la medida en que es de importancia fundamental para garantizar a todas las personas su dignidad humana es un verdadero derecho fundamental cuyo desarrollo, si bien ha sido confiado a entidades específicas que participan en el sistema general de seguridad social fundado por la Ley 100 de 1993, encuentra una configuración normativa preestablecida en el texto constitucional (artículo 49 superior) y en los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad; cuerpos normativos que dan cuenta de una categoría iusfundamental íntimamente arraigada al principio de dignidad humana, razón por la cual su especificación en el nivel

legislativo se encuentra sometida a contenidos sustanciales preestablecidos”.

6.5. CASO CONCRETO

Encuentra el Despacho que de acuerdo a lo manifestado por el señor GEDDES CHRISTOPHER BERNARD, presentó acción de tutela en contra de la Gobernación del Departamento Archipiélago de San Andrés, puesto que considera vulnerado sus derechos fundamentales al trabajo, a la seguridad social, mínimo vital y a la estabilidad laboral reforzada, al haber sido desvinculado de su cargo, ostentando la calidad de prepensionado.

En ese sentido, se observa que en el ámbito de las actuaciones administrativas, el derecho al debido proceso hace referencia al comportamiento que deben observar las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones en cuanto éstas se encuentran obligadas a actuar conforme a los procedimientos previamente establecidos en la ley, con el fin de garantizar los derechos de quienes puedan resultar afectados por las decisiones de la administración que crean, modifican o extinguen un derecho o imponen una obligación o una sanción¹.

Igualmente, con el propósito de asegurar la defensa de los administrados, la jurisprudencia ha señalado, en este sentido, que el debido proceso administrativo comprende, entre otros, los derechos (i) a ser oído durante toda la actuación; (ii) a la notificación oportuna y de conformidad con la ley; (iii) a que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas; (iv) a que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación; (v) a que la actuación se adelante por la autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico; (vi) a gozar de la presunción de inocencia; (vii) al ejercicio del derecho de defensa y contradicción; (viii) a solicitar, aportar y controvertir pruebas, y (ix) a impugnar las decisiones y a promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso².

De conformidad con lo anterior, el debido proceso administrativo se entiende vulnerado cuando las autoridades públicas no siguen los actos y procedimientos establecidos en la ley y los reglamentos, y, por esa vía, desconocen las garantías reconocidas a los administrados.

Es así como, el artículo 86 de la Constitución consagra la acción de tutela como un mecanismo preferente y sumario, mediante el cual se busca evitar, de manera inmediata, la amenaza o vulneración de un derecho fundamental. Su procedencia está condicionada a que *“el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial”*. Sin embargo, la H. Corte Constitucional ha señalado que no puede declararse la improcedencia de la tutela por la sola existencia en abstracto de un medio ordinario de defensa judicial. En el marco del caso concreto, el juez constitucional debe analizar si la acción dispuesta por el ordenamiento jurídico es idónea y eficaz para proteger los derechos fundamentales comprometidos. En el evento en que no lo sea, la acción de tutela procederá para provocar un juicio sobre el fondo.

¹ Ver sentencia T-653 de 2006 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto), reiterada en la C-980 de 2010 (MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

² Ver sentencia C-980 de 2010 (MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

La Jurisprudencia constitucional ha reiterado que, conforme al carácter residual de la tutela, no es, en principio, el medio adecuado para controvertir las actuaciones administrativas, pues para ello están previstas las acciones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Sin embargo, cuando los derechos fundamentales del accionante resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición tardía de actos administrativos propios de la referida jurisdicción, la acción de tutela cabría como mecanismo transitorio de protección de las garantías constitucionales para evitar un daño irreparable.

De otro lado, la jurisprudencia constitucional ha usado de forma dominante la expresión “*estabilidad laboral reforzada*” para hacer alusión al derecho fundamental antes caracterizado. En nuestro medio jurídico, la locución ‘*laboral*’ se asocia legislativamente a las relaciones de trabajo dependiente, caracterizadas por la prestación de servicios personales bajo subordinación jerárquica. No obstante, esta Corte ha señalado que el derecho a la *estabilidad laboral reforzada* aplica no solo a quienes tienen un vínculo de trabajo dependiente estrictamente subordinado y sujeto al derecho laboral, sino también a quienes están insertos en relaciones ocupacionales divergentes, originadas por ejemplo en un contrato de prestación de servicios o en un contrato de aprendizaje. En efecto, desde la sentencia T-1210 de 2008 la Corte ha sostenido que “*aún en el seno del contrato de prestación de servicios, puede predicarse ciertas garantías de la que gozan las relaciones laborales, al cobrar importancia los principios de estabilidad laboral a ciertos sujetos*”. Luego esta posición se ha reiterado en distintas ocasiones, como por ejemplo en las sentencias T-490 de 2010, T-988 de 2012, T-144 de 2014 y T-310 de 2015.

En la sentencia T-040 de 2016, la Sala Tercera de Revisión de la Corte tuteló el derecho a la *estabilidad reforzada* de una persona a quien se le terminó sin causa justificable y sin autorización de la oficina del Trabajo su contrato de prestación de servicios, mientras estaba en condiciones de debilidad manifiesta. Sostuvo entonces que “*la estabilidad laboral reforzada para personas en situación de debilidad manifiesta por su estado de salud aplica a todas las alternativas productivas, incluyendo al contrato de prestación de servicios*”

En el caso bajo estudio, observa la suscrita que la GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO ARCHIPIELAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, contestó la presente acción dentro del término que le fue concedido, manifestando que no hubo vulneración a ningún derecho fundamental, ya que el concurso de mérito realizado en el año 2019, por el Consejo Nacional del Servicio Civil, se realizó con el fin de asegurar la permanencia del cargo del tutelante y de todos los funcionarios del territorio Nacional, pero el señor GEDDES CHRISTOPHER BERNARD, no participo del concurso antes mencionado.

Sostuvo además que lo mínimo que podía realizar el actor para asegurar su permanencia y vinculación en el empleo era postularse y participar en el respectivo concurso de la Convocatoria No. 1110 de 2019, lo cual es evidente que no ocurrió. En virtud de lo planteado, es improcedente conceder el amparo de los derechos fundamentales pretendido por el actor cuando por cuanto al haber alcanzado las semanas necesarias y solo faltar la edad, no es indispensable que se encuentre vinculado a alguna entidad para cumplir con ambos presupuestos.

Por otro lado, en relación al derecho a la Estabilidad reforzada, la H. Corte Constitucional³ ha dicho que, el artículo 53 de la Constitución Política establece que uno de los principios mínimos de las relaciones laborales es el derecho que tiene todo trabajador a permanecer estable en su empleo, a menos de que exista una justa causa para su desvinculación o despido. Por su parte, la jurisprudencia de ese Tribunal ha reconocido el “*derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada*”, que se deriva del principio de derecho a la igualdad de trabajo y que se materializa con medidas diferenciales en favor de aquellas personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad.

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

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

Las personas que gozan de estabilidad laboral reforzada son aquellas personas que se encuentran amparadas por el fuero sindical, en condición de invalidez o discapacidad y las mujeres en estado de embarazo. De igual manera, la Corte ha manifestado que aquellos trabajadores con limitaciones físicas, sensoriales o psicológicas se encuentran en situación de debilidad manifiesta y, por lo tanto, son beneficiarios de una estabilidad laboral reforzada. Esta limitación a la que hace alusión la Corte, hace referencia a una aplicación extensiva de la Ley 361 de 1997 “*Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas en situación de discapacidad y se dictan otras disposiciones*” a aquellas personas que se encuentran en un estado de debilidad manifiesta por causa de una enfermedad, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de discapacidad o invalidez.

En ese sentido, la Sentencia T-663 de 2011, reiterando lo sostenido en la Sentencia T-094 de 2010, señaló que:

“(…) esta concepción amplia del término ‘limitación’ ha sido acogida en reciente jurisprudencia de esta (sic) Alto Tribunal en el sentido de hacer extensiva la protección de la que habla la Ley 361 de 1997 a las personas de las que se predique un estado de debilidad manifiesta por causa de una enfermedad que no necesariamente acarree una pérdida de la capacidad para trabajar. Desde la pluricitada sentencia T-198 de 2006 se ha dicho que ‘en

³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T- 464 de 2019.

materia laboral, la protección especial de quienes por su condición física están en circunstancia de debilidad manifiesta se extiende también a las personas respecto de las cuales esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de discapacitados o de invalidez.'

De esta forma, la merma en las condiciones de salud de un trabajador puede hacer del mismo susceptible de una protección laboral reforzada que corresponde a la idea de estabilidad en el trabajo y que resulta de una aplicación directa de la Constitución Política que en artículos como el 13, el 48 y el 53 obliga al Estado a la custodia especial de aquellas personas que presenten una disminución en sus facultades físicas, mentales y sensoriales. Esto coincide con aquella interpretación del concepto de limitación que se ha venido pregonando”.

En este orden de ideas, los trabajadores que se encuentran en una situación de vulnerabilidad, bien sea por una discapacidad calificada como tal, o por una limitación en su salud que les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, cuentan con una protección constitucional a través de la figura de la estabilidad laboral reforzada.

Ahora bien, en el caso de los servidores públicos que ocupan en provisionalidad un cargo de carrera, la Corte ha manifestado que gozan de una estabilidad laboral relativa, lo que implica que únicamente pueden ser removidos por causales legales que deben expresarse de manera clara en el acto de desvinculación. De esta manera, la Corte ha reiterado que la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso “no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos”

Al respecto, en la sentencia SU-446 de 2011, la Corte precisó que:

“la situación de quienes ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa, encuentra protección constitucional, en la medida en que, en igualdad de condiciones pueden participar en los concursos y gozan de estabilidad laboral, condicionada al lapso de duración del proceso de selección y hasta tanto sean reemplazados por quien se haya hecho acreedor a ocupar el cargo en virtud de sus méritos evaluados previamente”.

No obstante, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que dentro de las personas que ocupan un cargo de carrera en provisionalidad, pueden encontrarse sujetos de especial protección constitucional, como las madres y padres cabeza de familia, quienes estén próximos a pensionarse, las personas que se encuentran en situación de discapacidad o en debilidad manifiesta por causa de una enfermedad. En estos casos, la Corte ha afirmado que antes de proceder al nombramiento de quienes superaron el concurso de méritos, los funcionarios que se encuentren en provisionalidad deberán ser los últimos en removerse y en todo caso, en la medida de las posibilidades, deben

vincularse nuevamente de manera provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que se venían ocupando. Subrayado fuera de texto.

Es así como en la sentencia T-373 de 2017, la Corte concluyó que:

“Una entidad vulnera los derechos fundamentales a la salud y vida digna de un sujeto de especial protección que ocupa un cargo de carrera en provisionalidad, cuando con fundamento en el principio del mérito nombra de la lista de elegibles a quien superó las etapas del concurso, sin antes adoptar medidas afirmativas dispuestas en la Constitución y que materialicen el principio de solidaridad social, relativas a su reubicación en un cargo similar o equivalente al que venía ocupando, siempre y cuando se encuentre vacante”.

Así las cosas, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la estabilidad laboral de la que gozan todos los funcionarios públicos que se encuentran en provisionalidad es una estabilidad laboral relativa o reforzada, en la medida en que no tienen derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, pues este debe proveerse a través del concurso de méritos. Por su parte, aquellos funcionarios públicos que se encuentran en provisionalidad y que son sujetos de especial protección constitucional gozan de una estabilidad laboral reforzada, pero pueden llegar a ser desvinculado con el propósito de proveer el cargo que ocupan con una persona que ha ganado el concurso de méritos, pues se entiende que el derecho de las personas que se encuentran en provisionalidad cede frente al mejor derecho que tienen aquellos que participan en un concurso público.

No obstante, lo anterior, ese Tribunal Constitucional ha reiterado que en el caso de sujetos de especial protección constitucional que ejerzan cargos en provisionalidad, las entidades deben otorgar un trato preferencial antes de efectuar el nombramiento de quienes ocupan los primeros puestos en las listas de elegibles del respectivo concurso de méritos, con el propósito de garantizar el goce efectivo de sus derechos fundamentales.

Por otro lado, la garantía de la estabilidad laboral reforzada⁴ implica para el trabajador, en ciertas circunstancias, el poder continuar desempeñando sus funciones siempre que la causa que motivó la suscripción del contrato con el empleador se mantenga vigente y no existan razones que deriven en la inviabilidad de su continuación. Esta figura, definida en la forma que antecede, ha sido aplicada en favor del empleado para proteger otros derechos fundamentales de los que es titular.

Así, acudiendo a tal garantía (i) se ha propugnado por la defensa del derecho de asociación y por tanto el legislador ha reconocido el fuero sindical del que gozan ciertos trabajadores sindicalizados, especialmente en contextos en los cuales con el despido se busca minar la posibilidad de que, tanto el sindicato como sus miembros, ejerzan sus derechos; (ii) se ha buscado salvaguardar el principio de la igualdad material, en el sentido de impedir, vía legal y jurisprudencial, que por la exclusiva razón de la discapacidad de una persona, esta sea discriminada y desvinculada de un empleo; (iii) se ha protegido, especialmente, a la mujer embarazada y a la madre cabeza de familia como resultado del mandato contenido en el artículo 43 Superior; y (iv) se ha establecido, *prima*

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-055 de 2020.

facie, la imposibilidad de finalizar el contrato de quien está *ad portas* de cumplir los requisitos exigidos por ley para pensionarse.

La protección para los grupos antedichos nace a partir de fundamentos constitucionales distintos y, al tiempo, su efectividad depende de que se acrediten requisitos disímiles. Por lo que interesa a este asunto, la Sala profundizará en lo que tiene que ver con el último grupo cuyo amparo tuvo su origen a partir de un desarrollo legal. En efecto, la Ley 790 de 2002 –artículo 12–, previó, con ocasión del Programa de Renovación de la Administración Pública a partir del cual algunas entidades de la Rama Ejecutiva serían restructuradas o liquidadas, un mecanismo de salvaguardia especial, denominado *retén social*.

Esa protección consistía, fundamentalmente, en que las personas que tenían la expectativa de cumplir con los requisitos establecidos en la ley –edad y semanas cotizadas– para pensionarse en el lapso de los tres años siguientes a la promulgación de la norma debían ser mantenidas, durante el mayor tiempo posible, en sus cargos.

El propósito era atender la necesidad que existía de hacer eficiente el ejercicio de la administración pública, a través de su reducción y fortalecimiento, sin que por ello se llegara al extremo de sacrificar los derechos al trabajo, a la seguridad social y al mínimo vital de quienes, encontrándose en condición de vulnerabilidad, estuviesen prestando sus funciones en las entidades cuya estructura sufriría modificaciones.

No obstante, a pesar de que la protección legal nació para los trabajadores que se encontraban en la situación descrita en el párrafo precedente, esa Corporación ha estimado que la garantía de la estabilidad laboral reforzada para los prepensionados puede aplicarse en otro tipo de contextos u escenarios, como serían aquellos en que se haya desvinculado a un servidor público por razones distintas a la prevista en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, o cuando lo propio haya sucedido con un trabajador vinculado a una entidad de orden privado⁵.

Por esta razón, conforme a la regla prevista en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, esa Corporación concluyó, en sus tempranos pronunciamientos, que para determinar si un trabajador tenía la calidad de prepensionado, había que verificar si en los tres años siguientes a la fecha de su desvinculación, lograría adquirir la edad y el mínimo requerido de semanas para acceder al derecho si estaba afiliado al RPM, u, obtendría el capital necesario para hacerse al beneficio pensional si se encontraba en el RAIS.

En caso de que ello se configurara y, por supuesto, luego de valorar las condiciones en que se produce esa desvinculación, el juez constitucional debía ordenar el respectivo reintegro que, en cualquier caso, no podía extenderse más allá de la fecha de inclusión en nómina de la pensión de vejez debidamente reconocida.

Sin embargo, el alcance de esta regla fue delimitado –para quienes se encuentran afiliados al RPM– por la Sala Plena de esa Corporación en la Sentencia SU-003 de 2018. En esa providencia, ese Tribunal se propuso resolver dos problemas jurídicos. En uno de

⁵ Cfr., Sentencia T-357 2016. En aquella oportunidad esta Corte manifestó que “(...) 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”.

ellos, buscaba definir 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 del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable”.

Al abordar de manera directa la cuestión planteada, la Sala Plena de la H. Corte Constitucional consideró que, en tales eventos, la persona no podrá ser beneficiaria del fuero mencionado dado que (i) el requisito de la edad podrá cumplirlo de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente y, en consecuencia, (ii) el empleador, con el despido, no está frustrando el acceso a la prestación de vejez. Esta interpretación se fundó en que *“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 (...)*”.

Habida cuenta de esta última consideración, estas serían las situaciones que podrían presentarse con quien asegure ser un prepensionado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida:

Contexto de la persona ⁶	Condición de prepensionado
a) Está a tres años o menos de cumplir edad y semanas cotizadas.	Sí
b) Está a tres años o menos de cumplir la edad, pero ya cuenta con las semanas mínimas requeridas.	No
c) Está a tres años o menos de completar las semanas, pero ya cuenta con la edad.	Sí
d) Está a tres años o menos de cumplir la edad, pero a más de tres años de cumplir las semanas.	No

Se observa que, de conformidad con la postura unificada de la Corte, solo en los supuestos *a* y *c* podrá asumirse que la persona cuenta con la condición de prepensionada, pues allí el empleador estaría frustrándole, abiertamente, su derecho a acceder a la pensión de vejez al impedir, con el despido, que continúe efectuando las cotizaciones mínimas requeridas para tal fin.

Así, si encontrándose en alguna de las circunstancias anteriores un empleado es despedido, *mutatis mutandis* podría afirmarse que el empleador frustró su expectativa pensional y por tanto procede el amparo, fundamentalmente, de su derecho a la seguridad social.

No obstante, a efectos de establecer el alcance de la protección constitucional antedicha, debe recordarse que la misma no se traduce, *per se*, en una permanencia indefinida en el empleo, así como tampoco puede desprenderse de ella una cláusula según la cual las relaciones de trabajo son perennes. De ello se sigue que la estabilidad laboral para las

⁶ Contando a partir del momento en que se produce la desvinculación.

Expediente: 88-001-4003-003-2022-00024-00

Accionante: GEDDES CHRISTOPHER BERNARD

Accionado: GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO ARCHIPIELAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA

Acción: TUTELA

SIGCMA

personas que cuenten con la condición de prepensionados, no puede entenderse de manera absoluta dado que, en todo caso, será importante analizar la naturaleza del vínculo y el contexto de la terminación contractual.

Ahora bien, en el presente asunto, se evidencia que el señor GEDDES CHRISTOPHER BERNARD, cuenta con sesenta (60) años de edad, y tiene 1295,15 semanas cotizadas en COLPENSIONES⁷, lo que significa que el actor está en el supuesto "a" de la clasificación para determinar si ostenta la calidad de prepensionado que hizo la H. Corte Constitucional en el grafico anterior; lo que significa que de no ordenar el reintegro del actor a un cargo igual o equivalente al que ocupaba, hasta tanto este último adquiera el estatus de pensionado, vulneraría su derecho al mínimo vital⁸ y a la estabilidad laboral reforzada, derecho que ha sido reconocido como fundamental por la H. Corte Constitucional.

De esta manera, este despacho puede concluir que la motivación de la desvinculación del señor GEDDES CHRISTOPHER BERNARD es razonable y como consecuencia de esto, no se evidencia, *prima facie*, la utilización abusiva de una facultad legal para encubrir un trato discriminatorio. De igual manera, observa la suscrita que la posesión de la señora DAILYS ESTHER ROA CANTILLO se realizó de conformidad con los presupuestos legales y constitucionales que regulan el concurso de méritos.

Sin embargo, no es menos cierto que existe una tensión entre la protección de los derechos del accionante, de una parte; y el respeto de la carrera administrativa y los resultados del concurso adelantado por la GOBERNACION DEL DEPARTAMENTO ARCHIPIELAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, de otra parte.

En el presente caso, el despacho no puede acceder a la pretensión del accionante de ordenar su reincorporación al mismo cargo que venía desempeñando, pues esta decisión vulneraría los derechos fundamentales de la señora DAILYS ESTHER ROA CANTILLO, quien accedió a esta vacante a través del concurso de méritos, e iría en contra de la jurisprudencia del Máximo Tribunal Constitucional que reconoce la carrera administrativa como el mecanismo preferente para el acceso y la gestión de empleos públicos.

En ese sentido, en aras de garantizar el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada del actor, este despacho ordenará a la GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO ARCHIPIELAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, nombrar en provisionalidad al señor GEDDES CHRISTOPHER BERNARD, a un cargo igual o equivalente al que ocupaba, hasta tanto este último adquiera el estatus de pensionado, reconocido legalmente a través de acto administrativo emitido por la Administradora Colombiana de Pensiones- COLPENSIONES.

Colofón de lo anterior, el despacho tutelara los derechos fundamentales al mínimo vital y a la estabilidad laboral reforzada del señor GEDDES CHRISTOPHER BERNARD, y en consecuencia se ordenará a la GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO ARCHIPIELAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, siguientes a la notificación de la presente providencia, se sirva a nombrar

⁷ Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

⁸ El derecho al mínimo vital ha sido definido por esta Corte como "la porción de los ingresos del trabajador o pensionado que están destinados a la financiación de sus necesidades básicas, como son la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la recreación, la atención en salud, prerrogativas cuya titularidad es indispensable para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana, valor fundante del ordenamiento jurídico constitucional". Sentencia T- 678/17.

Expediente: 88-001-4003-003-2022-00024-00

Accionante: GEDDES CHRISTOPHER BERNARD

Accionado: GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO ARCHIPIELAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA

Acción: TUTELA

SIGCMA

en provisionalidad señor GEDDES CHRISTOPHER BERNARD a un cargo igual o equivalente al que ocupaba, hasta tanto este último adquiera el estatus de pensionado, reconocido legalmente a través de acto administrativo emitido por Administradora Colombiana de Pensiones (COLPENSIONES).

En mérito de lo anterior, **EL JUZGADO TERCERO CIVIL MUNICIPAL DE SAN ANDRÉS ISLA**, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la Constitución y la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: TUTELAR el derecho fundamental al mínimo vital y a la estabilidad laboral reforzada del señor **GEDDES CHRISTOPHER BERNARD**.

SEGUNDO: ORDENAR a la **GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO ARCHIPIELAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA**, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, siguientes a la notificación de la presente providencia, se sirva a nombrar en provisionalidad al señor **GEDDES CHRISTOPHER BERNARD** a un cargo igual o equivalente al que ocupaba, hasta tanto este último adquiera el estatus de pensionado, reconocido legalmente a través de acto administrativo emitido por Administradora Colombiana de Pensiones (COLPENSIONES).

TERCERO: ORDENAR a la accionada, que oficie con destino a este Despacho el cumplimiento de lo ordenado en esta sentencia, aportando los soportes pertinentes, teniendo como objeto el presente amparo constitucional.

CUARTO: PREVENIR a la **GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO ARCHIPIELAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA**, para que, en lo sucesivo, evite la repetición de los actos omisivos, que dieron origen a la presente tutela, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO: NOTIFICAR la presente sentencia en la forma ordenada en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

SEXTO: Contra la presente procede el recurso de impugnación.

SÉPTIMO: Si éste fallo no fuere impugnado oportunamente, envíese a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



INGRID SOFÍA OLMOS MUNROE
JUEZA

JVILLA