

República de Colombia



Rama Judicial

Juzgado Octavo Penal del Circuito de Conocimiento

Bogotá D. C., seis (6) de noviembre de dos mil veinte (2020)

Acción de tutela Número: 110013104008202000168

Accionante: Nelson Rincón Ruiz

Accionada: Instituto de Casas Fiscales del Ejército Nacional (Ministerio de Defensa Nacional)

Objeto

Procede el Despacho en primera instancia a resolver lo pertinente en relación con la acción de tutela instaurada por Nelson Rincón Ruiz, en contra del Instituto de Casas Fiscales del Ejército Nacional (Ministerio de Defensa Nacional), por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al trabajo, mínimo vital, seguridad social e igualdad por su condición de pre pensionado.

Solicitud de tutela

De los hechos de la demanda y los elementos probatorios que la acompañan, se desprende que el accionante fue nombrado mediante Resolución Número 002 de 16 de enero de 2018 en el cargo de asesor jurídico, código 2.2, grado 18, de libre nombramiento y remoción e incorporado a la planta de personal del Instituto de Casas Fiscales del Ejército Nacional y luego, mediante Resolución Número 0205 de 11 de septiembre del año en curso, fue declarado insubsistente, a partir de la fecha en que se notificara de la misma, es decir, desde el 14 de septiembre siguiente.

Expuso el actor que actualmente tiene 59 años de edad y se encuentra haciendo aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS en el fondo privado de pensiones Old Mutual Skandia, en el que cuenta con 991 semanas de cotización, con lo cual, a la fecha de ser desvinculado de su cargo, se encontraba en condición de pre pensionado, ya que se encuentra a tres años de acreditar los requisitos necesarios para obtener la pensión mínima de vejez.

Adujo que se encuentra en estado de debilidad manifiesta, pues la accionada no valoró que la desvinculación intempestiva le obstaculiza la posibilidad de acceder a la pensión mínima de jubilación.



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá
Carrera 28 A Número 18 A-67. Tel. 4285803. Correo electrónico: j08pcbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Indicó que a la fecha no ha iniciado acción judicial ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, comoquiera que dicho mecanismo no resulta eficaz para el amparo oportuno de sus derechos fundamentales, pues habiéndose materializado la declaratoria de insubsistencia se generó un perjuicio irremediable, en virtud a su condición de pre pensionado y que es padre cabeza de familia, quien provee y tiene a cargo el cubrimiento de las necesidades de su hija y su esposa, el pago de los servicios públicos, manutención, impuestos y diferentes créditos bancarios.

Añadió que debe cubrir los pagos del crédito educativo adquirido con el ICETEX, ya que es deudor solidario de su hija Daniela Rincón Velásquez, quien actualmente es recién egresada del pregrado y no cuenta con vinculación laboral. Además de ello, su esposa María Claudia Velásquez Ramos no cuenta con ingresos económicos.

Del mismo modo, dijo que debe cubrir la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud de su hija y esposa.

Por lo anterior, solicitó que se tutelen los derechos fundamentales incoados y en consecuencia se ordene a la accionada (i) reconocer su calidad de pre pensionado; (ii) dejar sin efectos la resolución Número 0205 del 11 de septiembre de 2020 y en su lugar ordenar el reintegro al cargo que venía desempeñando, sin solución de continuidad hasta cuando cumpla los requisitos para acceder a la pensión y (iii) efectuar el pago de los salarios dejados de percibir.

Competencia

La misma deviene de conformidad con las previsiones de los artículos 86 de la Carta Política, 37 del Decreto 2591 de 1991 y 1º del Decreto 1382 de 2000 que fue modificado por el Decreto 1983 de 2017, por ello este Despacho dará respuesta a las pretensiones de la accionante.

Acorde con lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto 1983 de 2017, norma vigente al momento del reparto y que modifica lo dispuesto en el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, la solicitud fue correctamente asignada, toda vez que ésta se instauró en contra de una autoridad cuyo conocimiento recae en un juzgado constitucional del circuito.

Actuación Procesal

El 23 de octubre del año que avanza, este Despacho avocó conocimiento de la acción de tutela y en consecuencia, corrió traslado de la demanda a la entidad accionada, para que, en ejercicio de los derechos de defensa y contradicción, se pronunciara sobre los hechos y pretensiones.



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá
Carrera 28 A Número 18 A-67. Tel. 4285803. Correo electrónico: j08pcbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Respuesta de la accionada

- Instituto de Casas Fiscales del ejército ICFE

El coronel Rodrigo Andrés Gamba Rojas, Representante Legal, indicó que el actor no probó los requisitos exigidos para considerarse pre pensionado, pues no acreditó el tiempo para el cumplimiento de saldos o garantía mínima de pensión.

Añadió que la Resolución 205 de 11 de septiembre de 2020 se ajustó a los fines de la norma que la autoriza y es proporcional a los hechos que le sirven de causa, argumentando que los empleados de libre nombramiento y remoción pueden ser removidos en el ejercicio del poder discrecional que tiene la administración de escoger sus colaboradores. Que para la elaboración de acto administrativo que declaró la insubsistencia del accionante, se ponderaron sus derechos fundamentales y se apegaron al artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Expuso que la subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, ha indicado que el simple hecho de estar próximo a consolidarse el estatus pensional, con el cumplimiento de los requisitos legales, no produce un fuero de estabilidad relativa en el empleo de libre nombramiento y remoción.

Aseguró que el accionante laboró 1 año y 8 meses como asesor jurídico de su representada, bajo la modalidad de libre nombramiento y remoción y que el 14 de febrero del año en curso presentó un escrito de renuncia, en el entendido del cambio de dirección de la entidad, al entender que se trata de un cargo de confianza que ostenta quien goza de la confianza del funcionario público que lo designa.

Consideraciones del Despacho

De conformidad con el artículo 86 de la Carta Política, la acción de tutela es un mecanismo que permite la intervención inmediata del Juez Constitucional en aras de proteger los derechos fundamentales cuando estos sean vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares como lo prevé el artículo 3º del Decreto 2591 de 1991.

Por ser un mecanismo especial, excepcional, subsidiario, no pensado como medio para usurpar y sustituir las competencias judiciales ordinarias y naturales legalmente establecidas para la discusión y solución de conflictos a diario suscitados en medio de las relaciones entre el Estado y los coasociados, por mandato de la misma disposición superior, esta acción pública solo puede proceder ante la ausencia de otros medios judiciales de defensa al alcance del interesado, para hacer efectiva la garantía de sus derechos, salvo que la misma sea utilizada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá
Carrera 28 A Número 18 A-67. Tel. 4285803. Correo electrónico: j08pccbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

La presente queja constitucional, de acuerdo con el libelo de la demanda, señala a la accionada de vulnerar los derechos fundamentales al trabajo, mínimo vital, seguridad social e igualdad por la condición de pre pensionado que aduce tener Nelson Rincón Ruiz, cuando le finalizó su vinculación laboral.

En el presente caso, el actor pretende, principalmente dejar sin efectos la Resolución Número 0205 del 11 de septiembre de 2020 y en su lugar ordenar el reintegro al cargo que venía desempeñando, sin solución de continuidad hasta cuando cumpla los requisitos para acceder a la pensión, por lo cual se estudiarán los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela, la estabilidad laboral reforzada para los servidores públicos que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción; y la estabilidad laboral reforzada de los pre pensionados.

- Requisitos de procedencia de la acción de tutela

La Corte Constitucional en Sentencia T-71 de 2018, con ponencia de la magistrada Diana Fajardo Rivera, compiló los requisitos de procedencia que deben observar las demandas presentadas al amparo del artículo 86 constitucional de la siguiente forma:

*«La acción de tutela resulta procedente cuando cumple 4 requisitos: (i) Legitimación por activa. Puede ser usada por todas las personas cuyos derechos fundamentales se encuentren vulnerados o amenazados, por sí misma o por quien actúe a su nombre. (ii) Legitimación por pasiva. El amparo procede contra las acciones u omisiones de las autoridades públicas y de particulares cuando, entre otras, exista una relación de subordinación como sucede entre el trabajador y su empleador. (iii) Inmediatez. No puede transcurrir un tiempo excesivo, irrazonable o injustificado entre la actuación u omisión y el uso del amparo. (iv) Subsidiariedad. **La acción de tutela resulta procedente cuando no existen otros mecanismos de defensa judicial disponibles, cuando los mecanismos disponibles no resultan eficaces para el caso concreto o cuando aun siéndolo, se requiere evitar la consumación de un perjuicio irremediable y se usa como mecanismo transitorio**».* (negrillas fuera del texto)

- Requisito de subsidiariedad

El requisito de subsidiariedad desarrollado por la Corte Constitucional en la Sentencia T-375 de 2008 con ponencia de la Magistrada Gloria Stella Ortiz, de la siguiente forma:

*«En otras palabras, las personas deben hacer uso de todos los recursos ordinarios y extraordinarios que el sistema judicial ha dispuesto para conjurar la situación que amenaza o lesiona sus derechos, de tal manera que se impida el uso indebido de este mecanismo constitucional como vía preferente o instancia judicial adicional de protección. No obstante, como ha sido reiterado por la jurisprudencia constitucional, el presupuesto de subsidiariedad que rige la acción de tutela, debe analizarse en cada caso concreto. **Por ende, en aquellos eventos en que existan otros medios de defensa judicial,***



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá

Carrera 28 A Número 18 A-67. Tel. 4285803. Correo electrónico: j08pccbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

esta Corporación ha determinado que existen dos excepciones que justifican su procedibilidad:

(i) cuando el medio de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no es idóneo y eficaz conforme a las especiales circunstancias del caso estudiado, procede el amparo como mecanismo definitivo; y,

(ii) cuando, pese a existir un medio de defensa judicial idóneo, éste no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual la acción de tutela procede como mecanismo transitorio.

En cuanto a la primera hipótesis, que se refiere a la idoneidad del medio de defensa judicial al alcance del afectado, se tiene que ésta no puede determinarse en abstracto sino que, por el contrario, la aptitud para la efectiva protección del derecho debe evaluarse en el contexto concreto. El análisis particular resulta necesario, pues en éste podría advertirse que la acción ordinaria no permite resolver la cuestión en una dimensión constitucional o no permite tomar las medidas necesarias para la protección o restablecimiento de los derechos fundamentales afectados.

Ahora bien, en cuanto a la segunda hipótesis, cabe anotar que su propósito no es otro que el de conjurar o evitar una afectación inminente y grave a un derecho fundamental. De este modo, la protección que puede ordenarse en este evento es temporal, tal y como lo dispone el artículo 10º del Decreto 2591 de 1991, el cual indica: “[e]n el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado”.

Así mismo, dicha excepción al requisito de subsidiariedad exige que se verifique: (i) una afectación inminente del derecho -elemento temporal respecto del daño-; (ii) la urgencia de las medidas para remediar o prevenir el perjuicio irremediable; (iii) la gravedad del perjuicio -grado o impacto de la afectación del derecho-; y (iv) el carácter impostergable de las medidas para la efectiva protección de las garantías fundamentales en riesgo.

Las anteriores reglas implican que, de verificarse la existencia de otros medios judiciales, siempre se debe realizar una evaluación de la idoneidad de los mismos en el caso concreto, para determinar si aquellos tienen la capacidad de restablecer de forma efectiva e integral los derechos invocados. Este análisis debe ser sustancial y no simplemente formal, y reconocer que el juez de tutela no puede suplantar al juez ordinario. Por tanto, en caso de evidenciar la falta de idoneidad del otro mecanismo, la acción puede proceder de forma definitiva (...)» (negrilla fuera del texto)

Ante este panorama, se advierte que la presente acción de tutela es improcedente, comoquiera que existe otro mecanismo judicial al cual debe acudir, esto es, el medio de control de la nulidad y restablecimiento del derecho estipulado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, así:

«Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá

Carrera 28 A Número 18 A-67. Tel. 4285803. Correo electrónico: j08pcbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.

Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel.»

En ese mismo marco procesal, el demandante tiene a su disposición la *medida cautelar* que hace perder al acto administrativo su fuerza ejecutoria mientras se emite la decisión de mérito sobre la legalidad, estipulada en el artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

«Artículo 231. Requisitos para Decretar las Medidas Cautelares. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.

En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos:

- 1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.*
- 2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.*
- 3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.*
- 4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:*
 - a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o*
 - b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.*

Téngase en cuenta que la medida cautelar podrá ser solicitada desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso, la cual se decidirá en un auto aparte, que toma hasta menor tiempo que el fijado para la acción de tutela, en virtud al artículo 233 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que reza:

«Artículo 233. Procedimiento para la Adopción de las Medidas Cautelares.



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá

Carrera 28 A Número 18 A-67. Tel. 4285803. Correo electrónico: j08pcbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

El Juez o Magistrado Ponente al admitir la demanda, en auto separado, ordenará correr traslado de la solicitud de medida cautelar para que el demandado se pronuncie sobre ella en escrito separado dentro del término de cinco (5) días, plazo que correrá en forma independiente al de la contestación de la demanda.

Esta decisión, que se notificará simultáneamente con el auto admisorio de la demanda, no será objeto de recursos. De la solicitud presentada en el curso del proceso, se dará traslado a la otra parte al día siguiente de su recepción en la forma establecida en el artículo 108 del Código de Procedimiento Civil.

El auto que decida las medidas cautelares deberá proferirse dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento del término de que dispone el demandado para pronunciarse sobre ella. En este mismo auto el Juez o Magistrado Ponente deberá fijar la caución. La medida cautelar solo podrá hacerse efectiva a partir de la ejecutoria del auto que acepte la caución prestada.

Con todo, si la medida cautelar se solicita en audiencia se correrá traslado durante la misma a la otra parte para que se pronuncie sobre ella y una vez evaluada por el Juez o Magistrado Ponente podrá ser decretada en la misma audiencia.

Cuando la medida haya sido negada, podrá solicitarse nuevamente si se han presentado hechos sobrevinientes y en virtud de ellos se cumplen las condiciones requeridas para su decreto. Contra el auto que resuelva esta solicitud no procederá ningún recurso.»

No obstante lo anterior, podría proceder el estudio a través de esta acción constitucional, siempre y cuando el accionante hubiere argumentado y justificado que la que se debe ejercer ante esa Jurisdicción no es idónea ni eficaz; o que siéndolo, no impida la ocurrencia de un perjuicio irremediable, pero ello no fue sustentado ni probado, si quiera sumariamente por el accionante. Lo anterior bajo el entendido que revisado lo ya expuesto, no es cierto que los mecanismos establecidos por la Ley (medidas cautelares, medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho) no sean idóneos para ser solicitados por el actor y así pueda obtener una solución de fondo o provisional frente a las pretensiones solicitadas en la presente acción de amparo.

- Estabilidad laboral reforzada para los servidores públicos que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción

En Sentencia T-003 de 2018, con ponencia del Magistrado Carlos Bernal Pulido, la Corte Constitucional recordó que por regla general, **los empleados públicos de libre nombramiento y remoción no gozan de estabilidad laboral reforzada**, comoquiera que de conformidad con lo dispuesto por los artículos 123 y 125 de la Constitución, los empleados públicos, una de las especies del género “servidor público”, pueden ser (i) de carrera, (ii) de elección popular o (iii) de libre nombramiento y remoción. Dentro de esta última especie, sin perjuicio de lo especialmente dispuesto para los regímenes especiales de carrera, el numeral 2



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá

Carrera 28 A Número 18 A-67. Tel. 4285803. Correo electrónico: j08pcbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

del artículo 5 de la Ley 909 de 2004 reguló 6 criterios para clasificar estos empleos, así:

Primer criterio, son de libre nombramiento y remoción los empleos “de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices” (literal a) o, como los denomina el literal siguiente, “los altos funcionarios del Estado”. Esta categoría de servidores públicos, en los términos del artículo 5.2.a de la Ley 909 de 2004, integra a los empleos públicos de más alto nivel jerárquico al interior de la Rama Ejecutiva del Poder Público y de los Órganos de Control, en la administración central y descentralizada del nivel nacional, en la administración central y órganos de control del nivel territorial, y en la administración descentralizada del nivel territorial^[50]. 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.

Segundo criterio, son de libre nombramiento y remoción, “Los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza, que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato de los altos funcionarios del Estado, siempre y cuando, tales empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos” (literal b). Esta categoría incluye aquellos empleos de “especial confianza” que se encuentran “adscritos” a los despachos de algunos de los órganos que integran la primera categoría (“los altos funcionarios del Estado”) en la administración central y descentralizada del nivel nacional, en la administración central y órganos de control del nivel territorial, y en la administración descentralizada del nivel territorial. Esta categoría, además, incluye, en la Administración Central del Nivel Nacional, algunos empleos adscritos a los despachos de algunos servidores públicos de los órganos de seguridad (Policía Nacional y Fuerzas Militares), “en razón de la necesaria confianza intuitu personae requerida en quienes los ejerzan, dado el manejo que debe dársele a los asuntos sometidos al exclusivo ámbito de la reserva, del orden público y de la seguridad nacional”; los empleos del servicio administrativo en el exterior con nacionalidad diferente de la colombiana y al personal de apoyo en el exterior adscritos al Ministerio de Relaciones Exteriores; y, finalmente, en el Congreso de la República, los previstos en la Ley 5ª de 1992.

Tercer criterio, son de libre nombramiento y remoción, “Los empleos cuyo ejercicio implica la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado” (literal c).

Cuarto criterio, son de libre nombramiento y remoción, “Los empleos que no pertenezcan a organismos de seguridad del Estado, cuyas funciones como las de escolta, consistan en la protección y seguridad personales de los servidores públicos” (literal d).

Quinto criterio, “los empleos que cumplan funciones de asesoría en las Mesas Directivas de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales” (literal e).

Sexto criterio, son de libre nombramiento y remoción, “Los empleos cuyo ejercicio impliquen especial confianza que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, que estén adscritos a las oficinas de los secretarios de despacho, de los Directores de Departamento Administrativo, de los gerentes, tanto en los departamentos, distritos especiales, Distrito Capital y distritos y municipios de categoría especial y primera” (literal f).



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá

Carrera 28 A Número 18 A-67. Tel. 4285803. Correo electrónico: j08pcbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Esta Corte, en múltiples oportunidades, se ha pronunciado acerca del distinto origen constitucional de los empleos de carrera administrativa y de libre nombramiento y remoción. Entre otras, en las sentencias C-023 de 1994, C-195 de 1994, C-514 de 1994 y C-306 de 1995 señaló que correspondía al legislador determinar cuáles cargos debían exceptuarse del régimen general de carrera administrativa y considerarse de libre nombramiento y remoción. Con relación a los fundamentos constitucionales de este tratamiento excepcional para el segundo tipo de empleados públicos, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-514 de 1994, precisó que estos debían obedecer a dos tipos de criterios: (i) bien, a la naturaleza de las funciones, (ii) ora, al grado de confianza para el ejercicio de las funciones. Con relación al primero, “un cargo de libre nombramiento y remoción debe referirse a funciones directivas, de manejo, de conducción u orientación institucional”. Con relación al segundo, indicó que, “los cargos de libre nombramiento y remoción deben implicar un alto grado de confianza, es decir, de aquella que por la naturaleza misma de las funciones a realizar demanda un mayor grado de reserva por parte de la persona que las cumple”. Se trata, entonces, de criterios alternativos, de orden constitucional, que permiten al Legislador atribuir a un determinado empleo público el carácter de libre nombramiento y remoción.»

Luego, concluyó este tópico, indicando que:

«Este tipo de empleos exigen el máximo grado de confianza por parte de sus nominadores y, por tanto, de discrecionalidad en cuanto a su nombramiento y remoción. Por tanto, extender la protección individual de la garantía de estabilidad laboral reforzada a estos servidores supondría desconocer, de modo absoluto, la finalidad o naturaleza de estos empleos, la cual se ha considerado ajustada a la Constitución, entre otras, en las sentencias C-195 de 1994 y C-514 de 1994. En la primera, se señala como razón suficiente para su existencia el que en su ejercicio se exija una confianza plena y total, y que se atribuye su poder de nominación y remoción a servidores que ejercen una función eminentemente política. En la segunda se indica que dicha confianza se refiere a la “inherente al manejo de asuntos pertenecientes al exclusivo ámbito de la reserva y el cuidado que requieren cierto tipo de funciones, en especial, aquellas en cuya virtud se toman las decisiones de mayor trascendencia para el ente de que se trata”. Son, pues, estos dos criterios, de manera fundamental, los que ha considerado relevantes la jurisprudencia constitucional para justificar la validez constitucional de este tipo de empleos: uno de índole material, en razón a las funciones que desarrollan, y, otro, de índole subjetivo, que da cuenta del alto grado de confianza que exige su ejercicio.» (negrilla fuera del texto)

En este orden de ideas, el actor no goza de la estabilidad laboral deprecada y, por tanto, la acción de tutela no está llamada a prosperar.

- Estabilidad laboral reforzada de los pre pensionados

Presunción a la cual acudió el accionante para sustentar que la accionada no podía dar por terminada la relación laboral, ya que ello lo deja en un estado de debilidad manifiesta. Por lo cual debemos iniciar con la Sentencia T-638 de 2016, con ponencia del Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio, el máximo Tribunal Constitucional indicó que: «la tesis de la estabilidad laboral se ha desarrollado para quienes se encuentran ad portas de adquirir el status de pensionado (...) por lo tanto, debe aplicarse en aquellos eventos donde exista tensión entre los mecanismos que permiten el despido del empleo con los derechos a la igualdad y al mínimo vital de las personas» y precisó, que:



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá

Carrera 28 A Número 18 A-67. Tel. 4285803. Correo electrónico: j08pcbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

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

De acuerdo con lo anterior, se ha sostenido que el fundamento de la estabilidad laboral de los prepensionados no es legal sino que es de contenido constitucional. En ese sentido lo definió este Tribunal en sentencia T-186 de 2013: “Con todo, debe hacerse una distinción conceptual de especial importancia para la solución de los problemas jurídicos materia de esta decisión. El fundamento del reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada de los prepensionados no es un asunto que dependa de un mandato legislativo particular y concreto, sino que tiene raigambre constitucional. Esto debido a que dicha estabilidad opera como instrumento para la satisfacción de los derechos fundamentales de estos grupos poblacionales, que se verían gravemente interferidos por el retiro del empleo público. Por ende, 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 restructuración de la Administración Pública”.

Esta Corporación también ha sostenido que no basta la mera calidad de prepensionado para proteger a las personas que se encuentren en esta situación, ya que se requiere, además, que su desvinculación ponga en riesgo sus derechos fundamentales, como el mínimo vital, dada la edad en que se encuentra quien es retirado del mercado laboral, por las dificultades en que queda para obtener su sustento y el de su familia. Es decir, en los eventos de retiro de personas a quienes les falten tres (3) o menos años para adquirir el status de pensionados debe analizarse cada caso concreto para establecer si se ponen en riesgo sus derechos fundamentales. Así lo consideró esta Corporación en sentencia T-357 de 2016: “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”.

En el caso que nos ocupa, tenemos que el actor fue nombrado mediante Resolución Número 002 de 16 de enero de 2018 en el cargo de asesor jurídico, código 2.2, grado 18, de libre nombramiento y remoción e incorporado a la planta de personal del Instituto de Casas Fiscales del Ejército Nacional y luego, mediante Resolución Número 0205 de 11 de septiembre del año en curso, fue declarado



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá
Carrera 28 A Número 18 A-67. Tel. 4285803. Correo electrónico: j08pccbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

insubsistente, a partir de la fecha en que se notificara de la misma, es decir, desde el 14 de septiembre siguiente.

Adicionalmente, el actor para la fecha de la desvinculación tenía 59 años de edad y 989 semanas cotizadas o un saldo de \$211.213.002, según lo señalado por la administradora Skandia Fondo de Pensiones Obligatorias.

En Sentencia de Unificación 003 de 2018, la Corte Constitucional estudió un caso similar, donde el accionante se encontraba vinculado mediante acto de libre nombramiento y remoción, pero cotizaba su pensión ante el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y 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.»

Visto lo anterior, se observa que el demandante equívocamente aduce ser beneficiario de la calidad de pre pensionado, cuando indicó: «si bien, en la sentencia SU 003 DE 2018, se indica que los empleados públicos de libre nombramiento y remoción no gozan de estabilidad cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión es el de la edad, en mi caso particular no es así, y si reúno la calidad de pre pensionable, considerando que acredito no solo el requisito de la edad (59 años), sino también el del número de semanas cotizadas, en tanto me encuentro dentro de los 3 años anteriores para poder acceder a la garantía de pensión mínima de vejez, consagrada en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993»

Lo anterior, comoquiera que el actor se encuentra cotizando ante el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS y no ante el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues para que este pueda gozar de dicha calidad, la Corte Constitucional en Sentencia T-055 de 2020, con ponencia del Magistrado Luis Guillermo Guerreño Pérez, fue enfática en indicar que «la posibilidad de que quien cotice al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad pueda ser considerado un pre pensionado. Pero dado que los requisitos para acceder a la prestación de vejez en ese sistema son



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá
Carrera 28 A Número 18 A-67. Tel. 4285803. Correo electrónico: j08pcbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

sustancialmente distintos (...) para gozar de la calidad de pre pensionado debe encontrarse a tres años o menos de alcanzar el monto mínimo previsto para acreditar el derecho», lo cual no fue probado si quiera sumariamente, pues no se allegó certificación alguna por parte de la administradora Skandia Fondo de Pensiones Obligatorias que constate que en los último tres años vaya a alcanzar el monto minino para acceder a su pensión de vejez, en virtud al artículo 64 de la Ley 100 de 1993, que señala:

«Los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tendrán derecho a una pensión de vejez, a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de esta Ley, reajustado anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE. Para el cálculo de dicho monto se tendrá en cuenta el valor del bono pensional, cuando a éste <sic> hubiere lugar.

«Cuando a pesar de cumplir los requisitos para acceder a la pensión en los términos del inciso anterior, el trabajador opte por continuar cotizando, el empleador estará obligado a efectuar las cotizaciones a su cargo, mientras dure la relación laboral, legal o reglamentaria, y hasta la fecha en la cual el trabajador cumpla sesenta (60) años si es mujer y sesenta y dos (62) años de edad si es hombre.»

De otro lado, el actor adujo que su esposa e hija carecen de empleo, por lo que debía responder por todos los gastos de su hogar y diferentes créditos bancarios, dentro de los cuales también se encuentra el adquirido por Daniela Rincón Velásquez con el ICETEX, donde ostenta la calidad de deudor solidario, se tiene, que revisada la página web del Adres (<https://www.adres.gov.co/BDUA/Consulta-Afiliados-BDUA>), la ciudadana Daniela Rincón Velásquez figura como cotizante en estado activo ante la EPS Sanitas, es decir se encuentra realizando aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, lo que desdice de su afirmación.

Cabe indicar que si el demandante y su núcleo familiar requieren servicios de salud, estando cesante laboralmente, debe vincularse al régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud, donde se brindará la asistencia que demande.

En conclusión, la tutela no puede ser utilizada como un medio judicial alternativo, adicional o complementario de los establecido por la Ley para la defensa de los derechos, ya que con esta no se busca reemplazar los procesos ordinario o especiales y, menos aún desconocer los mecanismos dispuestos para controvertir las decisiones que se adopten durante su trámite. Pues en principio los conflictos jurídicos deben ser debatidos por las vías ordinarias, jurisdiccionales y administrativas, y sólo ante la ausencia de dichas vías o cuando las mismas no resultan idóneas para para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible la acción de amparo constitucional.

Es menester anotar, que la gran eficacia que ha mostrado la acción de tutela, ha llevado a su utilización indiscriminada para todo tipo de controversias, sin embargo, le corresponde a la judicatura impedir la pérdida de su esencia y razón



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá
Carrera 28 A Número 18 A-67. Tel. 4285803. Correo electrónico: j08pcbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

de ser, no podemos olvidar que la tutela no fue prevista en nuestra carta política como una nueva instancia, o como un mecanismo alternativo o supletorio de los procedimientos ordinarios o especiales, que como desarrollo legal de ella misma, regulan la actividad de Estado y de sus miembros.

Asimismo, debe reprocharse la concepción que ha hecho carrera en torno al Juez de tutela, que lo concibe con poderes omnímodos en todos los ámbitos de la vida social, nada más alejado de nuestra realidad jurídica.

Por las anteriores consideraciones de orden constitucional, legal, jurisprudencial y fáctico, mismas que han sido armonizadas a la luz del derecho constitucional aplicado por la Corte Constitucional en sus reiterados fallos, es que se no accederá a lo peticionado por el accionante y en consecuencia, se declarará la improcedencia de la presente acción constitucional, por exaltarse el carácter de subsidiariedad y residualidad de esta acción.

Con fundamento en las anotadas argumentaciones, el Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

Resuelve

Primero. Declarar Improcedente la acción de tutela instaurada por Nelson Rincón Ruiz.

Segundo. Notificar el presente fallo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Tercero. De no ser impugnado, remitir el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y Cúmplase

Carlos Eduardo Velásquez Rodríguez
Juez

C.I.O.A

Por razones de salubridad, acogiendo lo indicado en el artículo 11 del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020 y el artículo 22 del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio de 2020, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, este documento se publica con firma escaneada, y estará en el sitio web de la Rama Judicial, su original estará a disposición de las partes una vez cesen las condiciones especiales que afectan el territorio nacional.