

131

CARLOS ANDRES PEREZ LALINDE
Abogado Especialista en Derecho Constitucional
y en curso Contratacion Estatal
Universidad Libre De Colombia
CEL 3002589987

Señores:

HONORABLES MAGISTRADOS TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA SALA PENAL
BARRANQUILLA
E.S.D

Referencia: **ACCION DE TUTELA.**

Apoderado: **CARLOS ANDRES PEREZ LALINDE.**

Peticionario: **JOSE VICENTE PATERNINA PEINADO.**

Accionados: **PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION**

CARLOS ANDRES PEREZ LALINDE, mayor de edad, identificado como aparece al pie de mí correspondiente firma, abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional N° 133194, del Consejo Superior de la Judicatura, domiciliado y residenciado en esta ciudad, actuando como apoderado judicial del señor **JOSE VICENTE PATERNINA PEINADO** identificado con la Cedula de Ciudadanía N° **8.697.999** expedida en **Barranquilla**, con el debido respeto presento ante este cuerpo colegiado esta acción constitucional de tutela en contra **PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION** con el objeto que al momento hacer el estudio pertinente de la estabilidad laboral reforzada contenida en la Ley 361 de 1997 art. 26

Entidades que han quebrantado los derechos fundamentales de mi mandante como lo son: Mínimo vital, igualdad ante la ley, seguridad social, debido proceso y los que considere esta corporación.

En este caso corresponde a la **PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION** y al **Señor Procurador General de la Nación**, respetar las disposiciones constitucionales establecidas en la Ley 361 de 1997.

HECHOS

PRIMERO: Mi mandante el señor **JOSE VICENTE PATERNINA PEINADO**, se vinculó a la Rama la Judicial

Entidad	Desde	Hasta	Novedad	Días
31 Rama Judicial	11/07/1988	30/01/1990	Tiempo de servicio	560
2 Fiscalía Secc Sincelejo	01/10/1990	15/09/1990	Tiempo de servicio	345
Electrificadora de Sucre	11/11/1992	15/12/1992	Tiempo de servicio	35
Electrificadora de Sucre	16/12/1992	28/12/1992	Tiempo de servicio	13
2 Dir. Admón. Judicial Atlántic.	29/12/1992	09/01/1993	Tiempo de servicio	11
Electrificadora de Sucre	10/01/1993	09/07/1993	Tiempo de servicio	181
2 Dir. Admón. Judicial Atlántic.	03/01/1994	24/01/1994	Tiempo de servicio	22
2 Dir. Admón. Judicial Atlántic.	01/02/1994	30/04/1995	Tiempo de servicio	450
57 Rama Judicial	01/05/1995	16/02/1998	Tiempo de servicio	1.006



CARLOS ANDRES PEREZ LALINDE
Abogado Especialista en Derecho Constitucional
y en curso Contratacion Estatal
Universidad Libre De Colombia
CEL 3002589987

57 Rama Judicial	01/11/1999	30/11/1999	Tiempo de servicio	30
57 Rama Judicial	01/12/1999	13/12/1999	Tiempo de servicio	13
2 Dir.Admón. Judicial Magdalen	14/12/1999	25/12/1999	Tiempo de servicio	12
57 Rama Judicial	26/12/1999	31/12/1999	Tiempo de servicio	5
2 Dir.Admón. Judicial Magdalen	01/01/2000	28/02/2002	Tiempo de servicio	780
2 Dir.Admón. Judicial Magdalen	01/03/2002	16/03/2002	Tiempo de servicio	16
57 Rama Judicial	71/03/2002	31/03/2002	Tiempo de servicio	14
2 Dir.Admón. Judicial Magdalen	01/04/2002	31/07/2002	Tiempo de servicio	120
Hernando Miguel Reyes Yepes	01/12/2002	27/01/2002	Tiempo de servicio	57
Hernando Miguel Reyes Yepes	01/02/2005	30/04/2006	Tiempo de servicio	450
2 Dir.Admón. Judicial Atlantic	01/06/2006	30/06/2007	Tiempo de servicio	390
23 Procuraduría Gral. De la Nac.	01/08/2007	21/08/2007	Tiempo de servicio	21
23 Procuraduría Gral. De la Nac.	01/09/2007	01/01/2009	Tiempo de servicio	481
23 Procuraduría Gral. De la Nac.	01/02/2009	28/02/2009	Tiempo de servicio	30
23 Procuraduría Gral. De la Nac.	01/03/2009	28/03/2009	Tiempo de servicio	28
23 Procuraduría Gral. De la Nac.	01/04/2007	29/01/2011	Tiempo de servicio	659
23 Procuraduría Gral. De la Nac.	01/02/2011	30/11/2015	Tiempo de servicio	174

En la Resolución administrativa GNR 469 del 04 de enero de 2016 La Administradora Colombiana de pensiones, manifiesta mediante actuación administrativa que mi poderdante solamente acredita un total de 7.469 correspondiente a 1067 semanas, ya que nació el 1 de abril de 1956 que la actualidad cuenta con 60 años, convirtiéndose esa manifestación en una vía de hecho.

SEGUNDO: Honorables Magistrados por estar inconforme a esta decisión administrativa, el día 11 de Febrero del año 2015, mi poderdante radicó en la entidad Administradora Colombiana de Pensiones, derecho de petición solicitando la corrección de inconsistencias de mis semanas cotizadas correspondientes a los años 1998, 1999, 2004 al 2009, 2013 y 2014. Puesto que a pesar de que durante toda mi vida laboral he tenido he sido empleado público y cotizando con los empleadores **ELECTROSUCRE, RAMA JUDICIAL y PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, en la historia de mis semanas cotizadas no aparecen los periodos antes mencionados.

El día 5 de Abril del 2016 volvió a reiterar ante la accionada la corrección de inconsistencias de semanas cotizadas. Petición que vuelvo y reitero el día 29 de Junio de 2016, la que nuevamente vuelvo a reiterar el día 8 de julio de 2016.

Para mayor ilustración me permito hacer un análisis de la inconsistencias con los empleadores **ELECTROSUCRE, RAMA JUDICIAL y PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN** que he cotizados; veamos **ELECTROELECTRIFICADORA DE SUCRE** solo aparecen 34.43 semanas cotizadas, siendo que en la certificación de tiempo de servicios



CARLOS ANDRES PEREZ LALINDE
Abogado Especialista en Derecho Constitucional
y en curso Contratacion Estatal
Universidad Libre De Colombia
CEL 3002589987

comprendido desde el 15 de septiembre de 1992 al 15 de septiembre de 1993 corresponde a 365 días que equivalen a 52,14 semanas, por lo que faltan 17 semanas que no aparecen en el resumen de datos.

En Rama Judicial aparecen 11 días cotizados, los mismos que ingresaron manualmente en la resolución 19199 de abril de 2016, siendo que el tiempo servicio certificado por la rama judicial corresponde desde 16 de septiembre de 1992 a septiembre 1 de 1993 que equivalen a 365 días lo que es igual a 52,14 semanas, lo que indica que faltan 51 semanas, que no aparecen en el resumen de datos.

En Rama Judicial aparecen 22 días cotizados que es igual 3 semanas, los mismos que ingresaron manualmente en la resolución 19199 de abril de 2016, siendo que el tiempo servicio certificado por la rama judicial corresponde a dos periodos uno que va desde 3 enero de 1994 al 24 de enero de 1994 que son los 22 días que aparecen, y el otro periodo que va desde febrero 1 de 1994 al 30 de abril de 1994 que corresponden a 89 días que equivalen a 12,71 semanas, faltan 12,71 las cuales no aparecen en reporte de semanas cotizadas ni en la resolución indicada por la cual se me niega el derecho.

En Rama judicial aparecen 450 días cotizados que es igual 64,28 semanas, los mismos que ingresaron manualmente en la resolución 19199 de abril de 2016, siendo que el tiempo servicio certificado por la rama judicial corresponde desde el 1 de mayo de 1994 a diciembre 5 de 1999, lo que corresponde a 1678 días que equivalen 239,71 semanas, es decir faltan 175,43 semanas, lo que tampoco concuerda con el reporte de semanas cotizadas ni en la resolución 19199 de abril de 2016 que niega mi derecho.

En Rama Judicial certifica un tiempo de servicio desde 1 de junio de 2006 al 21 de junio de 2007, tiempo de servicio que no aparece ingresado en la resolución de 19199 de abril de 2016, tiempo que no se tuvo en cuenta en la indicada resolución.

De igual manera la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de Santa Marta certifica que realizó lo siguientes aportes así:

Desde el junio 6 de 1999 a julio 7 de 2002 a PORVENIR con el Nit. 800224808-8 Desde julio 7 de 2002 a 24 de noviembre de 2010 al SEGURO SOCIAL Nit. 860013816-1



134

CARLOS ANDRES PEREZ LALINDE
Abogado Especialista en Derecho Constitucional
y en curso Contratacion Estatal
Universidad Libre De Colombia
CEL 3002589987

Desde el 1 de Agosto de 2007 hasta la actualidad los aportes los ha cotizado la Procuraduría General de la Nación.

Lo anterior se advierte en el mismo reporte de semanas cotizadas en el cual se constata que hacen falta 256.14 semanas por las cuales se peticiona la corrección de inconsistencias, inclusive en el aparte de detalles efectuados desde 1995 de mismo reporte se advierte los periodos que hacen falta y no han sido corregidos, situación que afecta en número de semanas que requiero para acceder a mi derecho. Es decir, que las 1082 semanas acreditada en la resolución 19199 de 2016 más las 256.14 semanas que me hacen falta suman 1338.14, las me dan el pleno derecho para acceder a mi pensión.

De otro lado tomando todos los tiempos cotizados desde mi inicio de mi relación laboral hasta la fecha los mismos suman 25 años de servicios de manera continua e ininterrumpida, los cuales equivalen a 1.303,57, por lo cual no entiendo que al accionado solo mis tiempos de servicios debidamente acreditado solo suman 1082 semanas, lo que indican que faltan las 256.14 semanas por las que pido la corrección de inconsistencias. Lo que afecta mi derecho pensional, el debido proceso y por ende el habeas data, toda vez que el accionado no ha realizado la verdadera corrección de mis semanas cotizadas afectando mi situación pensional.

En conclusión se advierte claramente que la entidad emitió respuesta a través de la misivas 13 de octubre de 2015, 5 de abril de 2016, 29 de junio de 2016 y a través de las resoluciones 52491 de Febrero 18 de 2016 y 19199 de Abril 27 de 2016, no ha emitido una respuesta clara acerca de la corrección de inconsistencias. Toda vez que se observa que las semanas han sido corregidas y persisten en el error de las semanas cotizadas, vulnerándoles sus derechos fundamentales del debido proceso, el de petición y el de habeas data.

Hasta la fecha han transcurrido más de quince (15) días hábiles contados desde la fecha de entrega de la primera petición y sus reiteraciones en las oficinas del accionado, sin que el mismo haya sido contestado de forma clara y expresa solo obtuvo como respuesta a través de las misivas que indican que el asunto ha sido trasladado al área competente para resolverlo.

De lo brevemente expuesto, se colige sin lugar a equívocos que al no darme respuesta de fondo de manera clara y expresa a la petición formal que presenté ante el accionado, al igual el accionado a la fecha no ha rectificado las informaciones de inconsistencias, vulnerándose



136

CARLOS ANDRES PEREZ LALINDE
Abogado Especialista en Derecho Constitucional
y en curso Contratacion Estatal
Universidad Libre De Colombia
CEL 3002589987

flagrantemente el derecho fundamental de petición e información y debido proceso y habeas data en asocio a mi derecho pensional, debiéndose en consecuencia tutelar los derechos fundamentales enunciados, abiertamente conculcados por el accionado.

5

TERCERO: Honorables Magistrados por desempeño de sus funciones mi poderdante ha sufrido problemas de salud debido al estrés que presenta su trabajo, al cual ha sido intervenido quirúrgicamente con problemas de ansiedad y azúcar, como lo puede verificar los respectivos médicos y su historia clínica con dictamen de Calificación de Pérdida de Capacidad Laboral por la Administradora Colombiana de Pensiones superando el 5%.

En este caso concreto que corresponde a este cuerpo colegiado establecer y determinar si la Procuraduría General de la Nación a pesar de que mi mandante no pasó dicho concurso debe hacer la respectiva ponderación constitucional para respetarle su estabilidad reforzada, debido proceso, remuneración mínima, mínimo vital y móvil, igualdad, trabajo, seguridad social sin el permiso de la autoridad el trabajo y levantando el fuero de su estabilidad de trabajo, toda vez que el actor se encuentra ya calificado, como tal problema jurídico.

De la Incapacidad Permanente Parcial

La Ley 776 de 2002 en su artículo 5o define la Incapacidad permanente parcial en los siguientes términos:

"Se considera como incapacitado permanente parcial, al afiliado que, como consecuencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, presenta una disminución definitiva, igual o superior al cinco por ciento 5%, pero inferior al cincuenta por ciento 50% de su capacidad laboral, para lo cual ha sido contratado o capacitado.

La incapacidad permanente parcial se presenta cuando el afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales, como consecuencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, sufre una disminución parcial, pero definitiva en alguna o algunas de sus facultades para realizar su trabajo habitual en los porcentajes establecidos en el inciso anterior"

En el mismo sentido la Ley 1507 de 2014 en su artículo 3º reza:



"INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL: Es la disminución definitiva, igual o superior al cinco por ciento (5%) e inferior al cincuenta por ciento (50%) de la capacidad laboral u ocupacional de una persona, como consecuencia de un accidente o de una enfermedad de cualquier origen. "

6

Por otro lado el artículo 8º de la Ley 776 de 2002 establece la obligación de los empleadores frente a los casos de incapacidad permanente parcial en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 8o. REUBICACIÓN DEL TRABAJADOR. Los empleadores están obligados a ubicar al trabajador incapacitado parcialmente en el cargo que desempeñaba o a proporcionarle un trabajo compatible con sus capacidades y aptitudes, para lo cual deberán efectuar los movimientos de personal que sean necesarios"

Estabilidad Laboral Reforzada, procedencia de la acción de tutela

La jurisprudencia constitucional ha desarrollado un principio superior a la estabilidad laboral que se ha denominado estabilidad laboral reforzada, con el cual se busca garantizar la estabilidad del trabajador en casos muy particulares y que puedan afectar gravemente algunos principios constitucionales de éste.

La Ley 361 de 1997 fue expedida con fundamento en los artículos 13, 47, 54 y 68 de la Constitución, para proteger los derechos fundamentales, económicos, sociales y culturales de las "personas con limitación", para procurar su completa realización personal y total integración a la sociedad.

El artículo 26 de la norma consagra lo siguiente:

"En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con





138

CARLOS ANDRES PEREZ LALINDE
Abogado Especialista en Derecho Constitucional
y en curso Contratacion Estatal
Universidad Libre De Colombia
CEL 3002589987

el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren. "

El último inciso citado fue objeto de estudio por parte de la Corte en las sentencias C-531 de 2000 y T-198 de 2006. En ellas se consideró que en virtud de los principios de igualdad, respeto a la dignidad humana, solidaridad y protección especial de las personas con discapacidad o en estado de debilidad manifiesta, el despido o terminación del contrato de trabajo sin la plena autorización del Ministerio de Trabajo, carece de cualquier efecto jurídico. Además, se sostuvo en la primera sentencia que el pago de indemnización por parte del empleador no lo exonera de solicitar autorización al ente competente para efectuar la terminación del contrato.

En el mismo sentido la sentencia C-824 de 2011 advirtió que no solo las personas con discapacidad severa son destinatarias de la protección de la estabilidad laboral reforzada y de las demás prestaciones establecidas en la Ley 361 de 1997. De esta manera, se incluyen como beneficiarias de dicha protección las personas con una limitación leve y moderada. En punto a este tema, es de aclarar que la clasificación del grado de severidad de una limitación no implica la negación y vulneración de un derecho, sino la aplicación de medidas especiales establecidas por la misma ley para personas con discapacidad en cierto grado de severidad. Más que de discapacidad leve y moderada, la jurisprudencia ha señalado que en estas situaciones debe hablarse de personas que por su estado de salud física o mental se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, que les dificulta trabajar en ciertas actividades o hacerlo con algunas limitaciones y que por tanto, requieren de una asistencia y protección especial para permitirle su integración social y su realización personal, además de que gozan de una estabilidad laboral reforzada.

Así mismo, la Corte Constitucional ha indicado que la protección reforzada que ofrece la legislación a quienes sufren algún tipo de altercado que haga mella en su estado de salud y, por consiguiente, en su capacidad laboral, no se encuentra restringida al caso específico de quienes tienen la calidad de inválidos o discapacitados. Sobre el particular, en sentencia T-198 de 2006, dicha Corporación señaló lo siguiente:

"Aquellos trabajadores que sufren una disminución en su estado de salud durante el transcurso del contrato laboral, deben ser considerados como personas que se encuentran en situación de debilidad manifiesta, razón por la cual frente a ellas también



CARLOS ANDRES PEREZ LALINDE
Abogado Especialista en Derecho Constitucional
y en curso Contratacion Estatal
Universidad Libre De Colombia
CEL 3002589987

procede la llamada estabilidad laboral reforzada, por la aplicación inmediata de la Constitución. "

Constitucionalmente la estabilidad laboral reforzada hace parte del derecho al trabajo y de las garantías que de éste se desprenden, y ésta garantía debe armonizarse con otros principios constitucionales como el derecho a la propiedad y la libertad de empresa.

A pesar de que la acción de tutela es un instrumento jurídico de carácter subsidiario que no puede tratarse como una instancia adicional, alternativa o complementaria de las acciones ordinarias y especiales previstas por la Constitución y la ley para la defensa de los derechos, incluidos los fundamentales, la Corte también ha reconocido a través de la jurisprudencia, que en algunos casos la tutela es el medio judicial más eficaz para proteger los derechos fundamentales, y que el juez constitucional debe comprobar que "el otro medio de defensa judicial existente debe, en términos cualitativos, ofrecer la misma protección que el juez constitucional podría otorgar a través del mecanismo excepcional de la tutela."

La sentencia T-198 de 2006 recuerda como la protección especial a las personas con discapacidad ha sido reconocida en diversos tratados internacionales ratificados por Colombia como por ejemplo:

"La Declaración de los derechos de las personas con limitación, aprobada por la Resolución 3447 en 1975 de la ONU, la Resolución 48/96 del 20 de diciembre de 1993 de la Asamblea General de Naciones Unidas, sobre "Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad", la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad", la Recomendación 168 de la OIT, el Convenio 159 de la OIT, la Declaración de Sund Berg de Torre molinos de la UNESCO en 1981, la Declaración de las Naciones Unidas para las personas con limitación de 1983, entre otras. "

Dichas disposiciones son incorporadas a nuestra legislación mediante el artículo 53 de la Carta Política el cual establece una protección general de la estabilidad laboral de los trabajadores. De acuerdo con el máximo Tribunal Constitucional, la estabilidad laboral se refuerza cuando el trabajador es una persona que por sus condiciones particulares puede llegar a sufrir un grave detrimento a raíz de una desvinculación abusiva.



140

CARLOS ANDRES PEREZ LALINDE
Abogado Especialista en Derecho Constitucional
y en curso Contratacion Estatal
Universidad Libre De Colombia
CEL 3002589987

Con el amparo constitucional, la protección de la estabilidad laboral reforzada implica

"(i) el derecho a conservar el empleo; (ii) a no ser despedido en razón de la situación de vulnerabilidad; (iii) a permanecer en el empleo hasta que se requiera y siempre y cuando que no se configura una causal objetiva que conlleve a la desvinculación del mismo y; (iv) a que la autoridad laboral competente autorice el despido, con la previa verificación de la estructuración de la causal objetiva, no relacionada con la situación de vulnerabilidad del trabajador."

Según lo expuesto, un trabajador que se encuentre en situación de debilidad manifiesta o discapacidad, por causa de una disminución de capacidad física o mental, tiene el derecho a permanecer en el empleo. Cualquier despido en el cual el juez de tutela constate que la terminación del vínculo laboral obedeció a las causales antes descritas se torna entonces ineficaz, siendo procedente ordenar el respectivo reintegro del trabajador, y adicionalmente se ha establecido una presunción en contra del empleador cuando en el despido no media la autorización de la autoridad laboral competente.

Ha señalado esta jurisprudencia constitucional que de comprobarse que el empleador irrespetó las reglas que rigen la desvinculación de trabajadores que gozan de estabilidad laboral reforzada, es decir, que el despido se surtió sin la debida autorización del Ministerio del Trabajo, habrá lugar a tres consecuencias, a saber,

- (i) el despido es ineficaz, por lo que el empleador deberá proceder al reintegro del trabajador;
- (ii) deberá pagarse a favor del trabajador desvinculado los aportes al Sistema de Seguridad Social que se causaron entre el momento en que se produjo el despido y su reintegro efectivo, y
- (iii) deberá pagársele al trabajador desvinculado la indemnización prevista por la ley.

Estabilidad laboral reforzada en contratos por duración de la obra o labor determinada

En estos términos, la jurisprudencia constitucional ha indicado que la consagración del derecho a la estabilidad laboral reforzada supone para las personas que sufren alguna forma de discapacidad una legítima expectativa de conservación de sus empleos hasta tanto no se configure una causal objetiva, debidamente autorizada por parte de la autoridad administrativa competente, que autorice la terminación de dichos vínculos



[41]

CARLOS ANDRES PEREZ LALINDE
Abogado Especialista en Derecho Constitucional
y en curso Contratacion Estatal
Universidad Libre De Colombia
CEL 3002589987

laborales. En este sentido, en sentencia T-263 de 2009 la Corte manifestó lo siguiente:

10

"La jurisprudencia constitucional ha señalado que, cuando la relación laboral depende de un contrato de trabajo a término fijo o de obra o labor contratada, el vencimiento del término de dicho contrato o la culminación de la obra, no significan necesariamente una justa causa para su terminación. De este modo, en todos aquellos casos en que (i) subsistan las causas que dieron origen a la relación laboral y (ii) se tenga que el trabajador ha cumplido de manera adecuada sus funciones, el trabajador tiene el derecho de conservar su trabajo aunque el término del contrato haya expirado o la labor haya finiquitado".

En igual sentido la sentencia T-1083 de 2007 reza:

"Al respecto, es importante tener en cuenta que este tipo de relaciones laborales se constituyen con el objeto de adelantar una específica tarea que debe ser cuidadosamente determinada al momento del surgimiento del vínculo y que una vez concluida tendrá como consecuencia la finalización del mismo. Por tal razón, la aspiración de continuidad es en principio extraña a este tipo de contratos, lo cual no obsta para que, en los casos en los cuales la realidad de la relación permita advertir que el objeto del contrato no es el desempeño de una obra o labor determinada sino una prestación continuada, y que por ende la denominación del mismo constituye más bien una forma de evadir la estabilidad del mismo, el empleador estará obligado a requerir de la Oficina del Trabajo la correspondiente autorización para dar por terminado el contrato de un sujeto de especial protección, como podría serlo una persona que sufre discapacidad".

Entonces es pertinente recordar que la protección especial de la estabilidad laboral reforzada le aplica a todos los tipos de contratos, incluidos aquellos catalogados como de obra o labor determinada, los cuales, como ya se señaló, tienen en principio una vigencia condicionada al cumplimiento del tiempo pactado o a la finalización de una labor.

CUARTO: Honorables Magistrados para concluir Como es conocido, la ACCION DE TUTELA, es un instrumento jurídico consagrado en la propia Constitución Nacional a fin de proteger en forma directa e inmediata a los particulares, garantizándole la efectividad de sus derechos y deberes consagrados en la Carta Magna.



142

CARLOS ANDRES PEREZ LALINDE
*Abogado Especialista en Derecho Constitucional
y en curso Contratacion Estatal
Universidad Libre De Colombia
CEL 3002589987*

La acción preferente y sumaria de Tutela, fue consagrada por el Constituyente de 1991 en el artículo 86 de la Carta Política, a fin de que todas las personas pudiesen reclamar ante los jueces, por sí o por quien actué a nombre de otra persona, la protección de sus derechos Constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquiera autoridad pública o privada.

11

Como se observa la acción de tutela gira en torno a la posible vulneración de derechos fundamentales por parte del organismo DE LA PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION quien va a prescindir con el acto administrativo que va proyectar debido a las circunstancias fácticas y jurídicas que mi mandante no paso el concurso lo desvincula de su puesto de trabajo a mi mandante el señor **JOSE VICENTE PATERNINA PEINADO**.

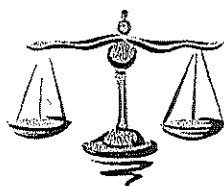
Como se observa dentro de las pruebas en el expediente tiene una calificación médica como se demuestra por la pérdida de su capacidad laboral emitida por la Administradora Colombiana de Pensiones. Situación que lo hace acreedor para estabilidad laboral reforzada contenido en la ley 361 de 1997 en su art. 26; así mismo tiene una protección constitucional por tener 60 años de edad y tener más de 1.250 semanas, lo que lo ubica y le permite estar dentro de un grupo con derechos adquiridos como lo ha de cantado la Jurisprudencia.

En cuanto al tema, sobre si es posible la desvinculación por retiro discrecional de un funcionario que ocupa cargos de libre nombramiento y remoción, tenemos sobre el particular:

EL ALCANCE DE LA DISCRECIONALIDAD EN MATERIA DE FUNCIONARIOS DE LIBRE

El artículo 209 de la Constitución de 1991 estipula que, "la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad". Igualmente, como se dijo previamente, la Carta Política estableció como regla general para el acceso a los cargos públicos el servicio de carrera administrativa, exceptuando de dicho sistema los cargos de elección popular los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Así entonces, el Principio que cobija las relaciones laborales del sistema de carrera es el de aforal y por lo tanto actos administrativos, por medio de los cuales se desvincula a una persona, requieren de motivación, exigencia



CARLOS ANDRES PEREZ LALINDE
Abogado Especialista en Derecho Constitucional
y en curso Contratacion Estatal
Universidad Libre De Colombia
CEL 3002589987

que se convierte en una expresión y garantía de los principios de legalidad, publicidad y debido proceso, en la medida que se evita la arbitrariedad y los abusos por parte de las autoridades administrativas.

En consonancia con lo manifestado, la Corte Constitucional en Sentencia SU-205 de 1998 se pronunció respecto de la motivación de los actos administrativos, y en tal sentido señaló:

12

La motivación responde al principio de publicidad, entendiendo por tal la instrumentación de la voluntad como lo enseña Agustín Gordillo quien resalta su importancia así:

La motivación del acto, contenida dentro de lo que usualmente se denomina "los considerandos" del acto, es una declaratoria de cuáles son las circunstancias de hecho y de derecho que han llevado a la emanación o sea los motivos o presupuestos del acto; constituye por lo tanto la fundamentación actica y jurídica con que la administración entiende sostener la legitimidad y oportunidad de la decisión tomada y es el punto de partida para el juzgamiento de esa legitimidad. De la motivación so o puede prescindirse en los actos tácitos, pues allí no hay siquiera una manifestación de voluntad salvo en ese caso, ella es tan necesaria en los actos escritos como en los actos verbales.

Por tratarse de una enunciación de los hechos que la administración ha tenido en cuenta, constituye frente a ella un "medio de prueba en verdad en primer orden" sirviendo además para la interpretación del acto.

La explicación de las razones por las cuales se hace algo es un elemento mínimo a exigirse de una conducta racional en un Estado de derecho; no creemos en consecuencia que la motivación sea exigible solo de los actos que afectan derechos e intereses de los administrados, resuelvan recursos etc., como sostiene alguna doctrina restrictiva; todos los actos administrativos a nuestro modo de ver, necesitan ser motivados. De cualquier manera, en lo que respecta a los "actos administrativos que son atributivos o denegatorios de derechos", es indiscutida e indiscutible la necesidad de una motivación razonablemente adecuada", como tiene dicho la Procuración del Tesoro de la Nación.

"En la actuación y, por tanto, en el procedimiento administrativo existe una tensión específica entre el secreto y la reserva, a los que tiende por propia lógica la Administración, y la publicidad que busca a transparencia como una técnica más al servicio tanto de la objetividad y del sometimiento



184

CARLOS ANDRES PEREZ LALINDE
Abogado Especialista en Derecho Constitucional
y en curso Contratacion Estatal
Universidad Libre De Colombia
CEL 3002589987

pleno a la Ley y al Decreto de ésta en su acción, como de la prosecución efectiva del interés general.

Esa necesidad de motivar los actos (salvo excepciones expresamente consagradas), se integra a la publicidad, entendida como lo contrario al secreto o reserva. Por eso el retiro debe motivarse porque si ello no ocurre materialmente no hay publicidad y se viola por tanto el debido proceso."

13

Así, en principio, todos los actos administrativos por medio de los cuales se desvincula a una persona de su cargo deben motivarse. Sin embargo, la jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido que la exigencia de motivar los actos administrativos, en cuanto al retiro del servicio admite excepciones, una de las cuales es, justamente, la relativa a los cargos de libre nombramiento y remoción, en tanto que, la declaratoria de insubsistencia (Decreto 1950 de 1973 artículo 107) responde a "la facultad discrecional que tiene el Gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados.

A su vez, el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, que es precisamente el que permite la declaratoria de insubsistencia, establece:

"El nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo del servicio civil que no pertenezca a una carrera, puede ser declarado insubsistente libremente por la autoridad nominadora sin motivar la providencia. Sin embargo, deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida."

Por lo anterior, la corte ha indicado que la posibilidad de desvincular libremente en cualquier momento a esta clase de servidores no contraría la Constitución, pues la naturaleza de las labores que desempeñan obedece a una relación subjetiva con el nominador, quien requiere siempre plena confianza de sus labores.

En este sentido, la Sentencia C-443 de 1997, señaló:

"(...)la estabilidad "entendida como la certidumbre que debe asistir al empleado en el sentido de que, mientras de su parte haya observancia de las condiciones fijadas por la ley en relación con su desempeño, no será removido del empleo", es plena para los empleos de carrera pero restringida o precaria para los de libre nombramiento y remoción, "pues para éstos la vinculación, permanencia y retiro de sus cargos depende de la voluntad del empleador, quien goza de cierta discrecionalidad para



245

CARLOS ANDRES PEREZ LALINDE
Abogado Especialista en Derecho Constitucional
y en curso Contratacion Estatal
Universidad Libre De Colombia
CEL 3002589987

decidir libremente sobre estos asuntos, siempre que no incurra en arbitrariedad por desviación de poder.

(...) frente a la estabilidad existen variadas caracterizaciones: desde la estabilidad impropia (pago de indemnización) y la estabilidad "precaria" (caso de los empleados de libre nombramiento y remoción que pueden ser retirados en ejercicio de un alto grado de discrecionalidad), hasta la estabilidad absoluta (reintegro derivado de considerar nulo el despido), luego no siempre el derecho al trabajo se confunde con la estabilidad absoluta."

14

En igual sentido, en la Sentencia T-132 de 2007[47], se reiteró, una vez más, que en los cargos de libre nombramiento y remoción, teniendo en cuenta que la confianza es un aspecto central, se contempló una excepción a la regla general sobre el deber de motivación de los actos administrativos:

"En efecto, la Legislación prevé que en ciertos casos no se requiere la motivación. Esto sucede, por ejemplo, cuando quien se desvincula del servicio es un empleado de libre nombramiento y remoción. Ha manifestado la Corte Constitucional que al "tratarse de personas que ejercen funciones de confianza, dirección o manejo, la permanencia en sus cargos depende, en principio de la discrecionalidad del nominador." [48] Este tipo de empleos suponen la existencia de estrechos lazos de confianza de modo que "el cabal desempeño de la labor asignada debe responder a las exigencias discrecionales del nominador y estar sometida a su permanente vigilancia y evaluación."

Bajo estas circunstancias, el nominador goza de un margen amplio de discrecionalidad que no puede, desde luego, derivar en actuación arbitraria o desproporcionada pero tampoco exige para que proceda el retiro que el acto de desvinculación deba ser motivado. Ha sostenido la Corporación en numerosas ocasiones que, "la falta de motivación del acto que desvincula a una persona que ocupe un cargo de libre nombramiento y remoción no es contrario a la Constitución." Ha recalcado, además, que la no motivación de esos actos constituye "una excepción al principio general de publicidad, sin que ello vulnere derecho fundamental alguno."

Con todo, ha dicho la Corte que la toma de una decisión de esta naturaleza por la autoridad administrativa, "no significa arbitrariedad en el ejercicio de la función pública: lo arbitrario es aquello que se funda en el capricho individual de quien ejerce el poder, con desmedro de la ley. Las facultades discrecionales, por el contrario, están sometidas a reglas de derecho preexistentes en cabeza del órgano o funcionario competente", a



147

CARLOS ANDRES PEREZ LALINDE
Abogado Especialista en Derecho Constitucional
y en curso Contratacion Estatal
Universidad Libre De Colombia
CEL 3002589987

Estado debe garantizar la "efectividad de los derechos", en este caso del empleado, público o privado, retirado del servicio asegurándole la "remuneración vital" que garantice su subsistencia, su dignidad humana y los derechos de los trabajadores impone el deber de dictar una sentencia aditiva, esto es que agregue un supuesto de hecho o requisito a los señalados por el legislador con el fin de hacer compatible la norma con la Constitución Política. En este caso es necesario adicionar a la notificación de la pensión la notificación de su inclusión en las nóminas de pensionados correspondiente.

16

La desmejora en los ingresos del trabajador al cambiar su status de trabajador activo al de pensionado, dado que en el mejor de los casos recibirá lo equivalente al 75% de su salario, no puede traducirse tampoco en que no reciba la mesada pensional durante ese intervalo de tiempo, puesto que dicha situación cercenaría, también, la primacía que la Carta reconoce a los derechos inalienables de la persona, en este evento del trabajador.

Esta circunstancia permite a la Corte concluir que no puede existir solución de continuidad entre la terminación de la relación laboral y la iniciación del pago efectivo de la mesada pensional, precisamente para asegurar al trabajador y a su familia los ingresos mínimos vitales así como la efectividad y primacía de sus derechos (C.P., arts. 2o y 5o). Por tanto, la única posibilidad de que el precepto acusado devenga constitucional es mediante una sentencia aditiva para que el trabajador particular o servidor público sea retirado sólo cuando se le garantice el pago de su mesada pensional con la inclusión en la correspondiente nómina, una vez se haya reconocido su pensión.

En este sentido es claro para el despacho que estando en actor cobijado jurídicamente para acceder a su pensión de vejez, es propicio por parte del juez de tutela amparar los derechos irrenunciables que le asisten, pues dada la protección especial de que goza y atendiendo la avanzada edad, no puede diezmarse la única fuente de subsistencia digna que posee a capricho de su empleador, más aun afectar toda una serie de derechos fundamentales como dignidad, mínimo vital y la vida misma por conexidad, no olvidemos que la real expectativa esta direccionada a alcanzar el derecho pensional, el cual sin lugar a dudas está amparado por el lleno de los requisitos, lo que genera una confianza legítima en alcanzarlo.

En sentencia T 754 de 2012 la Corte Constitucional expuso: PROTECCIÓN LABORAL DE LAS PERSONAS PRÓXIMAS A PENSIONARSE. EXPECTATIVA

148



CARLOS ANDRES PEREZ LALINDE
Abogado Especialista en Derecho Constitucional
y en curso Contratacion Estatal
Universidad Libre De Colombia
CEL 3002589987

LEGÍTIMA DE PENSIONARSE DENTRO DEL RÉGIMEN LEGAL AL CUAL PERTENECEN. REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL. La jurisprudencia constitucional y la doctrina han determinado que los derechos adquiridos son aquellos que han ingresado definitivamente al patrimonio de su titular. Expresado en otros términos los derechos adquiridos surgen cuando se han verificado todas las circunstancias idóneas para obtener el derecho, conforme a la ley que lo confiere.

17

Ahora bien, cuando las hipótesis normativas no se han cumplido en cabeza de quien aspira a adquirir un derecho, no puede hablarse de derecho adquirido, sino de una mera expectativa. Así las cosas la jurisprudencia y la doctrina aceptan que los derechos adquiridos gozan de la garantía de inmutabilidad, mientras que las meras expectativas pueden ser libremente modificadas por el legislador.

Se debe resaltar entonces, que la valoración y la diferenciación entre meras expectativas y derechos adquiridos ha ido evolucionando. En un primer momento, la Corte al estudiar la constitucionalidad de los artículos 11 y 36 de la Ley 100 de 1993, en Sentencia C-168 de 1995[8], estableció que:

"El derecho adquirido se incorpora de modo definitivo al patrimonio de su titular y queda a cubierto de cualquier acto oficial que pretenda desconocerlo, pues la propia Constitución lo garantiza y protege; no ocurre lo mismo con la expectativa que, en general, carece de relevancia jurídica y en consecuencia, puede ser modificada o extinguida (...).

Se puede concluir que quien ha satisfecho los requisitos de edad y tiempo de servicio o número de semanas cotizadas, exigidas por la ley para acceder a una pensión de jubilación o de vejez, tiene un derecho adquirido a gozar de la misma. Pero quien aún no ha completado el tiempo de servicio o llegado a la edad prevista en la norma legal, no tiene un derecho sino que se halla apenas ante una simple expectativa de alcanzarlo en el momento de reunir la condición faltante".

En un segundo momento (Sentencia C-789 de 2002)[9], la Corte al hacer el control de constitucionalidad de una norma que excluía del régimen de transición pensional a las personas de no determinada edad que decidieran voluntariamente cambiarse de sistema, estableció la figura de las expectativas legítimas, y determinó que:

"no se puede transformar de manera arbitraria las expectativas legítimas que tienen los trabajadores respecto de las condiciones en las cuales



aspiran a recibir su pensión, como resultado de su trabajo, pues se estaría desconociendo la protección que recibe el trabajo, como valor fundamental del Estado (CN preámbulo art. 1º), y como derecho deber (C.N. art. 25)".

18

Así las cosas encontramos entonces que la diferencia de estos dos conceptos ha sido explicada en muchas ocasiones por la jurisprudencia del Alto Tribunal Constitucional; muestra de ello es la Sentencia T-009 de 2008, en la que se estudió el caso de un pre-pensionado, quien solicitó a Adpostal su inclusión en la nómina del retén social, tras considerar que a ello tenía derecho. En palabras de la Corte:

"Con todo pese a que los derechos adquiridos deben respetarse sin lugar a discusión y las meras expectativas pueden truncarse como consecuencia de cambios de legislación o decisiones administrativas, en materia de reconocimiento de derechos pensionales la Corte Constitucional ha elaborado una sólida jurisprudencia de protección de aquellas expectativas próximas a realizarse. La jurisprudencia constitucional ha establecido una diferencia inequívoca entre las meras expectativas y aquellas expectativas legítimas y previsibles de adquisición de un derecho, para concluir que mientras las primeras no son objeto de protección constitucional, las segundas gozan de un privilegio especial proveniente de la carta.

Los mecanismos de protección de las expectativas legítimas de adquisición de derechos sociales se fundan en el reconocimiento de la calidad de los aspirantes. En efecto, estos mecanismos protegen las esperanzas de personas que ingresaron a trabajar con anticipación considerable, que han cotizado al sistema por lo menos la mitad de su vida laboral y han cifrado parte de su futuro en un retiro próximo, con el anhelo de disfrutar del mismo hasta una edad probable promedio. No son, pues, las expectativas lejanas de quienes apenas se vinculan al mercado laboral, empiezan a cotizar al régimen de pensiones o guardan energías para diseñar su retiro en un futuro incierto".

En reiteración de la posición antes descrita, la Corte en la Sentencia C-228 de 2011, al revisar la demanda de inconstitucionalidad presentada en contra del artículo 6 del Decreto Ley 1282 de 1994 y de los artículos 9 y 10 de la Ley 797 de 2003, sostuvo que:

El fundamento del amparo de las expectativas legítimas, es la de "salvaguardar las aspiraciones de quienes están cerca de acceder a un derecho específico de conformidad con el régimen anterior (...).





CARLOS ANDRES PEREZ LALINDE
Abogado Especialista en Derecho Constitucional
y en curso Contratacion Estatal
Universidad Libre De Colombia
CEL 3002589987

Del mismo modo, se dijo en dicha sentencia que se debe ir "más allá de la protección de los derechos adquiridos de las personas, para salvaguardar incluso las expectativas de quienes están próximos por edad, tiempo de servicios o número de semanas cotizadas a adquirir el derecho a la pensión de vejez, lo que corresponde a una plausible política social que en lugar de violar la Constitución, se adecúa al artículo 25 de la Carta que ordena dar especial protección al trabajo". (Negrilla fuera del texto).

19

En suma, encuentra la Sala que en materia pensional la Corte ha diferenciado entre derechos adquiridos, expectativas legítimas y meras expectativas, aduciendo que las expectativas legítimas suponen una probabilidad cierta de consolidación futura del correspondiente derecho, si se mantienen las condiciones establecidas en una ley determinada, por lo que acogió la regla de que toda modificación en las circunstancias para obtener un derecho, es de carácter regresivo y debe considerarse contrario al orden constitucional. En efecto, respetar las expectativas de las personas que están próximas por edad, tiempo de cotización o servicio a adquirir su derecho pensional, es una medida social acorde con los mandatos de la Constitución.

Luego del análisis realizado al caso en particular se puede probar en este despacho que mi poderdante ostenta la calidad de pensionable de conformidad al Decreto 546 de 1971 por estar trabajando más de 20 años como lo preside el decreto ya que la Administradora Colombiana de Pensiones no ha dado cumplimiento del mismo llevando flagrantemente a la violación de sus derechos fundamentales:

Artículo 6° Los funcionarios y empleados a que se refiere este Decreto, tendrán derecho, al llegar a los 55 años A edad, si son hombres y de 50, si son mujeres, y cumplir 20 años de servicio continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Decreto (16 de junio de 1971), de los cuales por lo menos 10 lo hayan sido exclusivamente a la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público, o a ambas actividades a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio en las actividades citadas.

Para respaldar dicha afirmación, aporta sendas certificaciones visibles a esta acción constitucional de tutela.

Para este profesional del derecho a mi juicio este cuerpo colegiado el debe garantizarle la estabilidad laboral reforzada tanto en materia pensional como su discapacidad como lo ha precisado nuestra honorable



CARLOS ANDRES PEREZ LALINDE
Abogado Especialista en Derecho Constitucional
y en curso Contratacion Estatal
Universidad Libre De Colombia
CEL 3002589987

Seguridad Social, vida en condiciones dignas y los que consideren quebrantados este despacho.

2. Solicito a este cuerpo colegiado darle aplicabilidad a la carta política al tenor de los artículos 13, 47, 57 y 68 y a su vez lo contenido en la ley 361 de 1997 denominada Ley Cloutoski a la disposición del artículo 26.
3. Solicito que como medida provisional suspender cualquier acto administrativo que cercene los derechos fundamentales que le asisten a mi mandante hasta tanto este cuerpo colegiado se pronuncie de fondo de esta acción constitucional de tutela.
4. Solicito que se dé aplicabilidad al precedente constitucional contenido en la sentencia la C-621 de nuestra corte constitucional del 2015 y así mismo aplicabilidad a lo contenido en la ley 1564 de 2012 al tenor de su artículo 7.
5. Solicito que se le dé aplicabilidad a los artículos 7 y 9 del Decreto 2591 de 1991 al tenor del artículo 9 que a letra dice :
"Artículo 9o. Agotamiento opcional de la vía gubernativa. No será necesario interponer previamente la reposición y otro recurso administrativo para presentar la solicitud de tutela. El interesado podrá interponer los recursos administrativos, sin perjuicio de que ejerza directamente en cualquier momento la acción de tutela.

El ejercicio de la acción de tutela no exime de la obligación de agotar la vía gubernativa para acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo".

6. Solicito que se le dé aplicabilidad a este cuerpo colegiado comprendido en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 que a letra dice

Artículo 12. Reglamentado por el art. 12, Decreto Nacional 190 de 2003 Protección especial. De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley. Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-044 de 2004, en el entendido de que la protección debe extenderse a los padres que se encuentren en la



154

CARLOS ANDRES PEREZ LALINDE
Abogado Especialista en Derecho Constitucional
y en curso Contratacion Estatal
Universidad Libre De Colombia
CEL 3002589987

misma situación, en aras de proteger la prevalencia de los derechos de los niños y el grupo familiar al que pertenecen.

Ver Sentencia Unificadora de la Corte Constitucional SU-897 de 2012

22

COMPETENCIAS

Son ustedes Honorables Magistrados competentes, para conocer del asunto, por la naturaleza de los hechos.

JURAMENTO

Manifiesto al Honorable Tribunal: bajo la gravedad del juramento, que no he interpuesto otra acción de Tutela por los mismos hechos y derechos aquí relacionados; ni contra la misma autoridad.

PRUEBAS

1. Poder
2. Dictamen médico por la Junta De Calificación de Invalidez en la que se demuestra la discapacidad que hoy ostenta mi mandante superior al 5%.
3. Resoluciones administrativas preferida por la Administradora Colombiana de Pensiones en la cual se demuestra su incongruencia y el reporte de semanas de mi mandante, convirtiéndose en una vía de hecho a pesar de tener de 1.250 semanas para obtener su derecho pensional superando lo establecido en el decreto 546 de 1971.
4. Precedente constitucional que le sirve como vía interpretativa y arquetipo al momento de resolver el caso en mención.

ANEXOS

Copia para archivo con respectivo traslado



185

CARLOS ANDRES PEREZ LALINDE
*Abogado Especialista en Derecho Constitucional
y en curso Contratacion Estatal
Universidad Libre De Colombia
CEL 3002589987*

NOTIFICACIONES

La parte accionada Procuraduría General de la Nación recibirá notificaciones en la carrera 5 No 15-80 piso 27 en la ciudad de Bogotá

23

Al suscrito y a mi poderdante en la carrera 56 No 68-203 de Barranquilla.

Del honorable Magistrado,

CARLOS ANDRES PEREZ LALINDE
C.C. 72.002.262 de Barranquilla
T.P. 133194, del C S de la J