



**Función Pública**

## Sentencia 00337 de 2012 Consejo de Estado

CTO ADMINISTRATIVO

-E16C-4A73-8726-F46AD3534F50>ACCION DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS - Potestad del juez de ordenar la suspensión del acto

-FE54-48DB-915B-775D05A92D95>Pese a lo anterior, el juez de tutela, por excepción, puede suspender la aplicación de estos actos administrativos en los siguientes eventos: i) como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, cuando éste se alegue y se pruebe dentro del proceso por la parte accionante [artículo 8º del Decreto 2591 de 1991], o ii) como mecanismo definitivo, cuando la acción principal no sea eficaz e idónea para la defensa judicial de quien demanda

-9119-40DB-A987-E23A073CBB9F>NOTA DE RELATORIA: Ver, Corte Constitucional, sentencia T-244 de 2010, M.P. Doctor Luis Ernesto Vargas Silva

-F40E-4E24-B247-4951CAFAD289>RETEN SOCIAL - Prepensionado / DERECHO A LA PENSION DE VEJEZ O JUBILACION - Protección constitucional

-B8B1-4DED-8EBF-66C9F8898161>Ha sido clara la jurisprudencia de la Corte Constitucional en el sentido de que la acción de tutela es procedente para materializar la aplicación adecuada del retén social, en razón a la especial condición que ostentan quienes, por decisión del legislador y al amparo de lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución Política, merecen un trato diferencial y favorable en procesos en los que su derecho al trabajo se ve afectado en procesos de reestructuración administrativa [eventos en los que la situación se justifica en razones de orden superior, como lo es la eficacia y el mejoramiento de la prestación del servicio público]. Dentro de dicho marco el prepensionado fue incluido como beneficiario de una medida de protección, la cual en todo caso no es absoluta y sólo se extiende hasta la supresión definitiva de la entidad, siendo razonable su comprensión en tanto ampara a personas que se encuentran próximas a pensionarse y, por tanto, interrumpir la relación podría implicar la negación futura de su posibilidad efectiva de acceder a un beneficio prestacional en tal sentido. Así entonces, es clara la relación que existe entre esta medida de estabilidad laboral y el acceso a la pensión.

-F08C-45A1-B48D-B7C42AA5B0BF>FUENTE FORMAL: LEY 790 DE 2002

-EFD4-4ECB-898B-169859F6D433>NOTA DE RELATORIA: Ver, corte Constitucional, Sentencias C-795 de 2009, T-498 de 2011 y T-623 de 2011.

-D8A7-49CE-B1EC-EB26B6C92802>PROTECCION ESPECIAL DE PREPENSIONADOS QUE DESEMPEÑAN CARGOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION - Procedencia excepcional de la acción aunque desvinculación fue ajena al proceso de reestructuración Reten social

-E842-4EF7-AD7B-AAB9B857EA56>Tampoco se puede desconocer que en un caso en el que se discutió el derecho a conceder una protección especial, en condición de pre pensionada, a una persona que fue desvinculada de un cargo de libre nombramiento y remoción fuera de un proceso de reestructuración, esta Corporación, Sección Segunda - Subsección A, accedió a las pretensiones de la demanda. En dicho proceso, no obstante, se evidenciaron hechos excepcionales que ameritaron la protección judicial,..... Bajo los referidos presupuestos, al amparo de un marco normativo constitucional que propende por la protección de los próximos a pensionarse, y sin desconocer la facultad del nominador de retirar a quienes ejerzan un cargo de libre nombramiento y remoción, debe concluirse que en el presente asunto, las condiciones especiales acreditadas dentro del expediente, tales como, se insiste, su edad y el retiro del servicio sin suma alguna a su favor en razón de los descuentos por las deudas contraídas por él mismo ..... sin que, por otra parte, se evidencie un capital .., permiten acceder al presente amparo, con el objeto de que, de no configurarse una causal de retiro objetiva de retiro, se le permita permanecer en el empleo que ha venido desempeñando en condiciones satisfactorias hasta que acceda materialmente a su pensión de jubilación o vejez

-2865-445C-9EF8-93708DFFF247>NOTA DE RELATORIA: Consejo de Estado - Sección Segunda - sentencias de 13 de junio de 2011, C.P. doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicado AC No. 2011-0067-01, y de 30 de abril de 2012, C.P. doctor Gerardo Arenas Monsalve, AC No. 2012-74-01.

-D6D2-46D2-A238-D87398A8A3A9>CONSEJO DE ESTADO

-A1C6-4697-A63D-20395DCC8A3B>SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

-F6B1-4192-AC9E-433F75FBABD6>SECCION SEGUNDA

-C7A3-4497-9FAA-A1BF8AD2C2C2>SUBSECCION B

-6051-4ECB-BDFC-D37232DE8C3A>Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

-3536-48FA-9D5B-C86A3944CC37>Bogotá, D.C., cinco (5) de julio de dos mil doce (2012)

-681F-4CBC-8D0A-CFC2CC71EC98>Rad. No.: 25000-23-27-000-2012-00337-01(AC)

-3F90-49BB-A12D-49E382B6C2DD>Actor: GUSTAVO VARGAS QUINTERO

-96F8-4B3D-AC6D-D2D9DEC77B46>Demandado: MINISTERIO DE VIVIENDA CIUDAD Y TERRITORIO

-4917-43E4-A4EA-AA868D3DAB80>

Decide la Sala las impugnaciones presentadas por el señor Gustavo Vargas Quintero y por la Nación -- Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio contra la Sentencia de 25 de abril de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Cuarta - Subsección A, por la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la tutela incoada por el señor Gustavo Vargas Quintero contra la Nación -- Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio.

-DC12-4829-B05B-F77A55BD91D7>EL ESCRITO DE TUTELA

-DCEC-44FB-BD86-2556AA3313E1>El señor GUSTAVO VARGAS QUINTERO interpuso acción de tutela contra la Nación - Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la seguridad social, al trabajo, al debido proceso y al mínimo vital. Como consecuencia de la protección incoada, solicitó:

-6A93-4DC9-8EE7-CA1CADE3F010>Como fundamento de la protección constitucional invocada expuso los siguientes supuestos [fácticos y argumentativos]:

-B8B0-4D38-9814-B1F3BF84931D>Se vinculó al servicio de la Nación - Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, en provisionalidad, el 1º de junio de 2004 en el cargo de Profesional Especializado 3010 -16 Oficina Asesora Jurídica - Grupo de Procesos Judiciales.

-334C-4F8A-854B-CDBCD5B92645>Por la Resolución No. 0408 de 9 de marzo de 2007 fue encargado de las funciones del cargo de Asesor 1020 -12, entre otras. Posteriormente, mediante la Resolución No. 0919 de 29 de mayo de 2007, fue nombrado en el cargo de libre nombramiento y remoción de Asesor 1020 -12 Despacho del Viceministro de Vivienda; en la misma fecha, a su turno, se le designaron funciones como Coordinador del Grupo de Procesos Judiciales de la Oficina Asesora Jurídica.

-B073-4812-A75C-3F9EA09BE499>De conformidad con lo establecido en los artículos 11, 14, 18 y 19 de la Ley 1444 de 2011, mediante el Decreto No. 3574 de 27 de septiembre de 2011 se suprimió la planta de personal del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. En el artículo 1º del referido cuerpo normativo se suprimieron 8 cargos de Asesor 1020 - 12 del Despacho del Viceministro de Vivienda y Desarrollo Territorial; en el artículo 2º, a su turno, se creó en el mismo Despacho del nuevo Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio 7 cargos de Asesor 1020 - 12.

-BBAA-4CBD-9E89-D83074D0291F>Por la Resolución No. 0039 de 31 de octubre de 2011 se efectuó su incorporación en el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio en el cargo de Asesor 1020 - 12 Despacho del Viceministro de Vivienda. Agregó:

-747C-4C12-AF9F-BA8128071DC3>Por la Resolución No. 0070 de 11 de noviembre de 2011, se asignan mis funciones como Coordinador del Grupo de procesos Judiciales de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Vivienda Ciudad y Territorio, consignadas en la Resolución 0035 de 31 de octubre de 2011.

-3601-4146-8532-0BC4E0F9D5BD>Antes del proceso de escisión ordenado por la Ley 1444 de 2011 se conoció su condición de prepensionado, ratificándose dicha situación mediante comunicación No. 7110-3-8784 de 27 de enero de 2012 dirigida al Secretario General del Ministerio, con copia al Grupo de Talento Humano.

-C48F-4D31-A8AF-1CF8D0EF5593>No obstante lo anterior, mediante la Resolución No. 0109 de 27 de febrero de 2012, dada a conocer mediante la comunicación 4300-3-22776 de la misma fecha, su nombramiento se declaró insubsistente. Posteriormente, por la Resolución No. 0168 de 23 de marzo de 2012 se le reconocieron sus prestaciones sociales, acto frente al cual incoó recurso, el cual no ha sido resuelto.

-5871-407F-A347-477D1E8E4A04>A pesar de que: (i) al 1º de abril de 1994 contaba con más de 40 años de edad; (ii) a la entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 1 de 2005 contaba con 865 semanas; (iii) en la actualidad cuenta con 1252,57 semanas; (iv) en 10 meses cumplirá la edad de pensión; y, (v) la Ley 1444 de 2011 garantizó la protección de los derechos de los empleados afectados por dichas medidas, al poco tiempo de efectuarse el proceso de escisión se dispuso su retiro del servicio, sin razón alguna y desconociendo su condición de prepensionado. Continuó:

-82AB-4801-812B-6CD7F473DD6F>Vulnera, transgrede y le hace esguince, de forma premeditada, el MINISTERIO DE VIVIENDA CIUDAD Y TERRITORIO, a la ley 790 de 2002, vigente para la escisión, y consagrada en la ley 1444 de 2011 art. 19 y en el artículo 7º del Decreto 3574 de 2011, que mantienen vigente el capítulo 2º, sobre los beneficios allí consagrados.

-E987-40CD-9A6D-F0EDE97D675B>Efectuada su desvinculación se trasladó el cargo de Asesor 1020 -- 12 de la Oficina Asesora Jurídica al Despacho del Viceministro, cargo este último que se suprimió en el proceso de escisión, situación que no es lógica si el proceso de supresión se fundó en estudios serios, lo que devela la intención final de su desvinculación. Continuó:

-3A29-46A0-B397-C2D71F45F025>Es así como, el cargo de Asesor Código 1020 Grado 12 que yo desempeñaba, no podía ser asumido por nadie en el Grupo de Procesos Judiciales de la Oficina Asesora Jurídica, mis funciones de Coordinación del Grupo fueron asumidas por el Jefe de la Oficina Jurídica ....., quien desde su llegada en el mes de diciembre de 2011, contrato (sic) un abogado para estas funciones, para que lo apoyara y fuera su intermediario, como lo hizo saber en varias reuniones con los abogados del Grupo de Procesos Judiciales, a mi cargo..

-70B2-4399-8700-2A079E90BE70>Desde la expedición de la Resolución No. 0054 de 4 de noviembre de 2011 se sustrajeron de su competencia varias funciones que le venían asignadas, incluso, desde el año 2007. Adicionalmente, el nuevo Jefe de la Oficina Asesora Jurídica le informó al grupo de sus colaboradores que él no podía suscribir memorandos ni oficios, lo que evidencia una conducta clara de acoso laboral, en los términos establecidos en la Resolución No. 0044 de 31 de octubre de 2011.

-125C-49BE-BE4B-3E7D2D7020D5>Aunado a lo anterior, mediante el acto que liquidó sus prestaciones finales no se le concedió suma efectiva alguna, efectuando unos descuentos (desconociendo lo establecido en el artículo 149 del C.S.T.) y dejándolo en una situación de desprotección (a él y a su grupo familiar).

-F2F6-4060-8212-784AB5CB3FD9>INFORME RENDIDO EN EL PROCESO

-10D3-4032-A11C-4F383C7F06BF>

Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio.-

-A3DC-4A3C-95A0-1D144ACCA040>En memorial obrante a folios 62 a 74 del expediente el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, doctor Miguel Ernesto Caicedo Navas, presentó informe sobre el asunto en litigio, oponiéndose a la prosperidad de la acción, argumentando:

-A716-4138-842E-159FFB0310F1>El retiro del servicio del señor Gustavo Vargas Quintero no obedeció al proceso de escisión del Ministerio, por lo que no puede invocarse lo establecido en la Ley 790 de 2002, sino al ejercicio de la facultad discrecional establecida en el literal a) del artículo 44 de la Ley 909 de 2004 para los cargos de libre nombramiento y remoción.

-1A2C-4343-94E1-9CE81007CE78>El accionante, además de que cuenta con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para ventilar su reclamación, no acredita la existencia de un perjuicio irremediable, por lo que la acción de tutela es improcedente, máxime cuando el Ministerio no le ha vulnerado derecho alguno al señor Vargas Quintero.

-1805-4926-A623-13137A124545>En relación con el ejercicio de la facultad discrecional para el retiro de empleados vinculados en cargos del libre nombramiento y remoción, [.....] existe abundante jurisprudencia tanto de los tribunales contenciosos como de la misma Corte Constitucional, que en diferentes fallos han dado viabilidad, frente a cargos de libre nombramiento y remoción, señalando que el nominador cuenta con la voluntad para decidir libremente sobre la vinculación, permanencia y retiro de los cargos de libre nombramiento y remoción, teniendo un alto grado de discrecionalidad..

-97C4-4ADF-8A4E-290F04E054FA>El accionante confunde las prerrogativas conferidas a empleados de carrera o nombrados en provisionalidad, sin esgrimir norma alguna que lo ubique en una misma situación y sin acreditar que en verdad ostenta la condición de prepensionado, solicitando, además, que su retiro es de solo hasta que se le reconozca la pensión, cuando la causal esgrimida para su desvinculación fue la discrecional, en atención, se reitera, a la naturaleza del cargo que desempeñaba.

-D1A5-471E-98E4-BFF4542F45F7>La normatividad regula los procedimientos, sanciones y demás aspectos relacionados con las conductas de acoso laboral, encontrándose que en el Ministerio no reposa queja alguna en tal sentido por parte del señor Vargas Quintero.

-C198-4D32-9B9F-947A2E2E55B1>Por la Resolución No. 0262 de 18 de abril de 2012 el Ministerio resolvió el recurso de reposición incoado por el aquí accionante contra la Resolución No. 0168 de 23 de marzo de los corrientes, por lo que no hay irregularidad alguna en dicho trámite. Finalizó:

-088A-477A-B8F3-430241A50415>[.....] de acuerdo con las normas citadas, la jurisprudencia y los planteamientos expresados sobre el tema de la declaratoria de insubsistencia en los empleos de libre nombramiento y remoción, respetuosamente considero que las pretensiones de la presente acción de tutela no están llamadas a prosperar, situación que evidencia el hecho de que el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio no desconoció los derechos fundamentales invocados como vulnerados por parte del accionante, conforme a los argumentos y pronunciamientos señalados en esta respuesta..

-91B6-450B-98F4-6709F33163BD>LA SENTENCIA DE TUTELA IMPUGNADA

-5502-4FD8-849A-757A07E6D757>Mediante Sentencia de 25 de abril de 2012 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Cuarta - Subsección A decidió (fls. 85 a 112):

-6D26-4BE5-B16B-49E2D6C86160>Fundó su decisión en las razones que, a continuación, se compendian:

-F548-4742-88D6-DCDCB28ED326>Luego de referirse al material probatorio obrante dentro del expediente, de resaltar que el 29 de diciembre del año en curso el señor Vargas Quintero cumplirá 60 años de edad y de citar la Sentencia T-194 de 2010, afirmó que dentro de los procesos de renovación de la administración pública se implementó la figura del retén social, contenida en la Ley 790 de 2002, con el objeto de proteger los derechos laborales de quienes se vieran afectados con dichos programas.

-E05F-484F-BF43-7CEF2221AC3A>De acuerdo con lo sostenido por la Corte Constitucional en la Sentencia T-724 de 2009 y por el Consejo de Estado en la Sentencia de 30 de junio de 2011, aunque la Ley 790 de 2002 se aplica a los procesos de reestructuración de las entidades de la rama ejecutiva del orden nacional, para las entidades de otro orden deben crearse mecanismos de protección a quienes se ubican en grupos de especial protección.

-2536-465E-8A9E-9859E80C5A3C>A su turno, la Corte Constitucional en la Sentencia C-991 de 2004 declaró inexecutable el límite temporal que traía la Ley 812 de 2003 sobre el retén social, sujetándolo, ahora, a la duración del proceso de liquidación de cada entidad.

-4074-4C0F-8856-6E71ED834F4E>Según la Sentencia del Consejo de Estado referida y lo sostenido en la providencia T-194 de 2010 [.....] la estabilidad laboral reforzada, que establece el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, no solo es aplicable a aquellas situaciones que se enmarquen dentro del referido programa de renovación de la Administración Pública, pues los funcionarios que ostentan calidades iguales a las indicadas en dicha ley, también merecen ser protegidos por parte de la Administración Pública, en tanto se trata de sujetos de especial protección, respecto de los cuales, la desvinculación laboral puede conllevar a la vulneración de sus derechos fundamentales..

-4A97-4DFB-B38E-5FDE9D082169>El 28 de julio de 2010 el accionante radicó ante el ISS solicitud de inclusión en el régimen de transición; con la expedición de la Ley 1444 de 2011 se escindió el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial; por el Decreto No. 3574 de 27 de septiembre de 2011 se suprimió la planta de personal del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y se ordenó la incorporación de algunos funcionarios en las nuevas carteras; por la Resolución No. 0039 de 31 de octubre de 2011 el accionante fue incorporado en el mismo cargo que desempeñaba al servicio del Despacho del Viceministro de Vivienda, Ciudad y Territorio.

-0D65-457A-A0EA-9969FC847BE8>La supresión inicial del cargo del accionante y su posterior incorporación devino del proceso de modificación de la estructura de la administración pública, por lo que es beneficiario de las medidas establecidas en la Ley 790 de 2002, máxime si él informó su condición de prepensionado. Continuó:

-E8C8-41AC-8A8B-DC3CED448CC4>En este punto, es preciso aclarar que de no aplicarse los beneficios consagrados en la Ley 790 de 2002 al actor, se desconocería cabalmente el objeto del retén social, pues con la declaratoria de insubsistencia del cargo que desempeñaba en el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, se impide al actor terminar de cumplir los requisitos que le hacen falta para que le sea reconocida la pensión de vejez, esto es, cumplir 60 años el 29 de diciembre de 2012, tan solo 10 meses después de expedido el acto que lo declaró insubsistente..

-67AC-4625-A5F6-05D5699A22A2>Es claro, entonces, que la declaratoria de insubsistencia de un funcionario próximo a pensionarse amenaza derechos fundamentales, no obstante el pronunciamiento de legalidad sobre el acto de retiro es competencia del juez contencioso, por lo que la tutela se concederá de manera transitoria. Finalizó:

-3CD0-440D-A1B0-6C3B0CF7E027>Las demás pretensiones serán rechazadas por improcedentes, toda vez que se trata de aspectos meramente legales, incluida la manifestación de acoso laboral, que se definirán en los respectivos juicios.

#### **-5CEF-4211-910C-98C6C1CF3BCD>DE LOS ESCRITOS DE IMPUGNACIÓN**

-126F-4938-AF34-3D4F2282002F>- El señor Gustavo Vargas Quintero impugnó el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Cuarta - Subsección A argumentando, en síntesis, lo siguiente (fls. 114 a 115):

-783C-4AC1-B3A4-5409AAB79E3C>En el fallo recurrido no se indica que el reintegro al servicio debe adelantarse sin solución de continuidad, esto es, reconociéndole los salarios y emolumentos dejados de devengar desde el 1º de marzo de 2012, momento en que fue retirado del servicio, teniendo en cuenta que ha transcurrido un tiempo sin recibir el salario que devengaba, se ha dejado de cotizar a la seguridad social, he resistido sin trabajo, sin servicio médico, haciéndose más gravosa y precaria mi situación económica, viéndose aún más afectado mi mínimo vital, y reiterándose el perjuicio irremediable de que da cuenta ésta acción constitucional..

-BC59-450F-A1D5-2CF774F1074D>Tanto la Corte Constitucional (T-993/2007, T-1238/08, T-1239/08 y T-254/08) como el Consejo de Estado en decisiones judiciales en las que ha ordenado el reintegro al servicio ha reconocido el retroactivo de salarios y demás prestaciones dejadas de devengar, situación que no se concedió en el presente asunto.

-327F-4D12-B53A-F7D0ED707A6F>- El Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio impugnó el fallo proferido por el Tribunal el 25 de abril de 2012 con base en los siguientes argumentos (fls. 116 a 136):

-B4CA-454C-A0D9-7B73CC72DCAD>De conformidad con lo probado dentro de la presente acción, admitido por el accionante y el Tribunal a quo, la declaración de insubsistencia del cargo de libre nombramiento y remoción que desempeñaba el peticionario se verificó con posterioridad al proceso de reestructuración administrativa que originó la creación del Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio (a 3 meses y 27 días de que se hubiera incorporado a la nueva planta de personal de la cartera referida); situación que permite inferir que su desvinculación obedeció a la facultad establecida en el literal a) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004. Al respecto, precisó:

-E771-47D8-AFAE-A3A1AB1E7186>El Tribunal Administrativo se equivoca al enervar la facultad discrecional de remoción al confundirla con el retén social que sólo es aplicable a las reestructuraciones de entidades, razón por la cual resulta evidente que no existe fundamento jurídico para acceder a la pretensión tutelar elevada por el accionante. [.....].

-2CC0-4AE6-BD18-765E437F157A>El Tribunal acudió para sustentar su decisión a lo sostenido por la Corte Constitucional en la Sentencia T-194

de 2010, antecedente que hace referencia a la aplicación del retén social en el ámbito del programa de renovación de la administración pública y no del ejercicio de la facultad discrecional de remoción. Adicionalmente, el a quo, en un claro exceso de sus funciones, extendió la regla del retén social a otras situaciones, con lo cual desfigura el ejercicio, se reitera, de la facultad discrecional de remoción. Puntualizó:

-D1EC-4AF4-8C27-2A5CD77057B2>La alusión al retén social, absolutamente impertinente para el caso de marras, es un disfraz de la auténtica decisión cuyo efecto es nefasto para la Administración, Jamás la intención del legislador, ni la interpretación jurisprudencial, ha llegado a la osadía del presedente (sic) consignado en la sentencia que se impugna, de considerar que la Administración no puede hacer uso de su prerrogativa discrecional de insubsistencia de un cargo de libre nombramiento y remoción en el periodo de prepensionado, es decir tres (3) años antes de la consolidación de la situación jurídica de pensionado.-

-8D78-4F3A-88AF-338B2E4B1393>El Tribunal incurrió en verdaderas vías de hecho al considerar que: (i) el retén social puede aplicarse a situaciones no previstas por la norma (procesos de reestructuración de la administración pública); (ii) el retiro del servicio del accionante se produjo en el marco del proceso de reestructuración administrativa.

-56AB-4D6B-8CCA-75290340F3C1>En la medida en que el retiro del servicio del señor Vargas Quintero no puede configurarse dentro de la protección que brinda el retén social, (única vía en que se ha considerado a la acción de tutela como mecanismo principal de protección), las censuras frente a su retiro deben ventilarse por la vía judicial ordinaria. Tampoco puede concederse el amparo sin la documentación adecuada que acredite que el petente se encuentra en condición de prepensionado.

-CDE9-495F-92B1-200C81B1B6BB>La acción de tutela que ahora se impetra es improcedente, pues hay otra acción de defensa judicial; dentro del presente trámite no se acreditó la existencia de un perjuicio irremediable; y, el accionante, de conformidad con su declaración juramentada de bienes y rentas, cuenta con bienes patrimoniales y una sociedad conyugal vigente. Agregó:

-CC0A-442F-BFC2-CEBAB3A8CC41>[.....] de acuerdo con la información que reposa en el archivo de nómina del Grupo de Personal de este Ministerio, los pasivos consignados por el accionante en su Declaración Juramentada de Bienes y Rentas al parecer son superiores a los efectivamente reportados por aquél al momento de efectuar el trámite de libranzas. En efecto, de acuerdo a estos reportes los créditos con el BANCO DAVIVIENDA y CREDISERVICIOS tienen los siguientes saldos pendientes: \$33.405.110 y \$49.986.423, respectivamente; montos que tienen una reducción adicional teniendo en cuenta que con la liquidación fueron pagados \$6.374.890 a favor de DAVIVIENDA y \$6.374.889 a favor de CREDISERVICIOS..

-C427-46E9-BA16-0F6DCBE38E43>Finalmente, se insiste, el Tribunal desconoció la facultad discrecional del que está investida la autoridad nominadora para separar del servicio a personas vinculadas en cargos de libre nombramiento y remoción, en aras del mejoramiento del servicio público.

#### -E938-4363-8DDA-545D5337ADFD>TRÁMITE EN SEDE DE IMPUGNACIÓN

-D948-4D6E-B800-5515E7E54B36>Con el objeto de contar con el material probatorio suficiente para proferir una decisión de fondo en el presente asunto, mediante Auto de 13 de junio de 2012 el Despacho ponente del presente asunto solicitó al Ministerio de Vivienda -- Ciudad y Territorio informar, de manera clara y precisa, las condiciones en que fue incorporado el accionante mediante la Resolución No. 0039 de 31 de octubre de 2011 al cargo de Asesor - 1020 - 12 de la nueva planta de personal, especificando claramente si fue reconocido como beneficiario del retén social.

-CC69-4DD4-B014-A9432A2C7F73>En atención a dicho requerimiento la cartera accionada allegó informe el 26 de junio de 2012, en el que manifestó:

-A20C-49E3-8290-114BCCD6D55B>Para el momento en que se efectuó la reforma a la estructura administrativa del Ministerio, de conformidad con lo establecido en la Ley 1444 de 2011, el accionante tenía la condición de servidor público de libre nombramiento y remoción.

-433E-4A8D-B3D2-2944389AC0A8>Por el Decreto 3574 de 2011 se suprimieron 7 cargos de Asesor, uno de los cuales era desempeñado por el señor Vargas Quintero, no obstante en la misma norma se crearon 7 cargos con la misma denominación en el Ministerio de Vivienda -- Ciudad y Territorio, uno de los cuales fue ocupado por el aquí accionante. Así las cosas, la situación laboral del peticionario no fue afectada de manera alguna por el proceso adelantado.

-AD08-4D95-98B1-849008A961BA>A su turno, para el momento de la desvinculación del señor Vargas Quintero, en ejercicio de la facultad discrecional, el Ministerio no adelantaba ningún proceso de reestructuración, por lo que, en consecuencia, no es aplicable el retén social.

-1B9B-4BD9-9DC8-63DFF87274BE>Por otra parte, en el curso del proceso promovido en virtud de la Ley 1444 de 2011, el desaparecido Ministerio de Ambiente -- Vivienda y Desarrollo Territorial profirió la Circular No. 66718 de 31 de mayo de 2011, con el objeto de que quienes se consideraran beneficiarios del retén social diligenciaran un formato para informar su situación. No obstante:

-9233-4373-94D5-8DAC6A3CA5AD>..... después de verificar la información allegada producto del diligenciamiento del formato que identifica a las personas que se encontraban en condición especial, se tiene que el señor GUSTAVO VARGAS QUINTERO, no diligenció ni presentó tal formulario para dar a conocer la supuesta condición de pre pensionado que alega tener.

-E56D-419B-8981-440AF4ABCC4E>[.....]

-8528-4068-826D-34925A42E2A8>Mediante certificación expedida el 26 de junio de 2012, por la coordinadora del grupo de Talento Humano del Ministerio de vivienda, Ciudad y Territorio, se estableció que revisada la base de datos del proceso de escisión de los servidores públicos que se relacionan a continuación diligenciaron formato dispuesto por la Secretaría General, por considerar que se encuentran dentro de la órbita de especial protección constitucional, entendida ésta como aquellos servidores madres o padres cabeza de familia, personas con limitación física, mental, visual o auditiva debidamente acreditada por la EPS, mujeres en estado de embarazo y funcionarios pre pensionados . En dicho reporte no aparece el señor GUSTAVO VARGAS QUINTERO, por lo cual se nota que esta persona no diligenció ni informó sobre la supuesta condición especial. .

-FB9C-454D-B273-1A7BF8FAEF6D>CONSIDERACIONES

-9425-4C79-8BF3-1CBAE74F0A48>Del escrito de tutela y de las pruebas obrantes dentro del expediente es dable precisar que el problema jurídico por resolver se contrae a determinar si la Nación - Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio ha vulnerado los derechos fundamentales a la seguridad social, al trabajo, al debido proceso y al mínimo vital del señor Gustavo Vargas Quintero.

-9A2E-4D50-A452-1A32FDCD545D>El amparo constitucional alegado por el interesado se fundamentó en que el retiro del servicio que venía prestando en la referida cartera en un cargo de libre nombramiento y remoción desconoce la garantía del retén social, en la medida en que ostenta la condición de pre pensionado.

-3F94-467F-8490-75024B1F3D39>Dentro de dicho marco, entonces, el análisis de la Sala abordará los siguientes aspectos: (i) supuestos fácticos acreditados; (ii) de la procedencia de la presente acción -- caso concreto.

-95A9-498F-A111-0B030DD21669>(I) Supuestos fácticos acreditados.--5830-4C84-9CB4-DC6C636BD27C>

Mediante documento de 27 de enero de 2012, el señor Gustavo Vargas Quintero le informó al Secretario General del Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, con copia a la Coordinadora del Grupo de Talento Humano, que había dado inicio al trámite de su pensión, en la medida en que cumple con los requisitos establecidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y cumple en esta vigencia la totalidad de requisitos necesario para el efecto (fl. 32).

-0DC6-43AB-B36E-D7AADFE6D625>A folios 36 a 42 obra copia del reporte de semanas cotizadas expedido por el ISS, el cual da cuenta que nació el 29 de diciembre de 1952 y que cuenta con 895 semanas.

-DD8F-423B-BF3F-CB1683988A59>El 28 de julio de 2010 el peticionario le solicitó a la Vicepresidencia de Pensiones del ISS incluirlo dentro del régimen de transición (fls. 43 y 44).

-3487-4B8F-8EF6-5D8D81513C9B>Certificación de tiempo de servicio laborado en la Secretaría de Hacienda Distrital, por el periodo comprendido entre el 10 de mayo de 1984 y el 12 de febrero de 1987; certificación de tiempo de servicio prestado en la Alcaldía Mayor de Bogotá, por el periodo comprendido entre el 6 de junio de 1990 y el 5 de agosto de 1992.

-6F3B-4ABF-B074-7D955C4BCDD4>Copia de la Resolución No. 0168 de 23 de marzo de 2012, por la cual se le reconoce y ordena el pago de prestaciones sociales, en donde se evidencia que a su favor se reconoció \$13'356.779, pero que idéntica suma se descontó con destino a retención en la fuente, davivienda -- libre inversión y crediservicios.

-7A96-4D1D-A81A-9E3A0E60D504>(II) De la procedencia de la presente acción - caso concreto.

-18EC-47D8-A6B4-A43DD4F7A783>(II.1) Generalidades de la acción de tutela.-

-188E-48A0-B63D-AEFBCF59579A>El artículo 86 de la Carta Política consagró la acción de tutela para reclamar ante los Jueces, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resultaren vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública [o incluso de particulares bajo determinados supuestos]. A su turno, según lo dispuesto en el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, este mecanismo procede: (1) cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial eficaz e idóneo; o, (2) cuando teniéndolo, se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, en cuyo caso surgiría esta acción como mecanismo alterno de protección [artículo 8º del Decreto 2591 de 1991].

-75FC-40CF-8910-06718F0E07FC>La Corte Constitucional en Sentencia T-187 de 2010, M.P. Doctor Jorge Iván Palacio Palacio, manifestó que la acción de tutela es subsidiaria y, por tanto, no sustituye los mecanismos procesales ofrecidos por el ordenamiento jurídico para defender los intereses de los particulares. Al respecto, precisó que:

-1FDA-4369-A5D9-B90D74D1E879>La acción de amparo es un mecanismo preferente y sumario que busca dar protección privilegiada a los derechos fundamentales de las personas cuando los mismos se vean amenazados por una autoridad pública con su acción u omisión y excepcionalmente cuando se vean conculcados por un particular.

-5E9A-4CD1-91B5-A47F7E949F62>De igual manera la acción de tutela, por su naturaleza, opera de manera subsidiaria y residual, lo que implica que para su procedencia el accionante debe i) carecer de un mecanismo de defensa judicial o carezca de eficacia o ii) estar ante la ocurrencia de un perjuicio irremediable y el amparo se promueva como mecanismo transitorio. (Subrayas fuera del texto).

-7B50-4F21-B139-8F2E12C46356>Dentro de este marco normativo es incuestionable que la acción de tutela contra actos administrativos

generales (artículo 6º numeral 5º del Decreto 2591 de 1991) y contra actos administrativos particulares, es, en principio, improcedente, en la medida en que: (i) el ordenamiento constitucional y legal ha establecido mecanismos ordinarios de defensa, dotados de todas las garantías que ofrece el derecho al debido proceso con el objeto de discutir la legalidad de los mismos; y, (ii) porque en muchos eventos la pretensión de restarle validez a los mismos sólo se consigue previo un análisis legal especializado que no es competencia del juez constitucional. Frente al tópico aquí referido la Corte Constitucional en la Sentencia T-548 de 2010, M.P. Doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, manifestó:

-607D-4351-BE41-530E0DFD99EE>Debido a lo anterior, en reiterada jurisprudencia se ha establecido la improcedencia de la tutela contra actos administrativos de contenido particular y concreto, pues para controvertir estos actos se tiene la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, que se ejerce ante la jurisdicción contencioso administrativa gracias a la cual el interesado puede solicitar la suspensión provisional del acto que infringe la vulneración a los derechos cuya protección se invoca.

-3178-48FC-8110-384D73A34ACC>Pese a lo anterior, el juez de tutela, por excepción, puede suspender la aplicación de estos actos administrativos en los siguientes eventos: i) como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, cuando éste se alegue y se pruebe dentro del proceso por la parte accionante [artículo 8º del Decreto 2591 de 1991], o ii) como mecanismo definitivo, cuando la acción principal no sea eficaz e idónea para la defensa judicial de quien demanda. Al respecto, en la providencia T-244 de 2010, M.P. Doctor Luis Ernesto Vargas Silva, se afirmó:

-5B10-4B68-9F02-BF5E1446271D>En este orden de ideas, la Corte ha decantado dos supuestos excepcionales en los cuales el carácter de subsidiario de la acción de tutela no impide su utilización, a pesar de existir mecanismos alternos de defensa judicial al alcance del interesado. La primera de esas excepciones se encuentra prevista en el artículo 86 Superior, la cual se presenta cuando la tutela se ha interpuesto como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; la segunda, se configura cuando el otro medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca, excepción que no emana directamente de la Constitución, pero ha sido introducida por la jurisprudencia de esta Corporación.

-2AED-497F-B88F-7F4EAD09243A>Lo anterior se debe, se reitera, a que la acción de tutela como mecanismo de protección y defensa de los derechos fundamentales, cuando estos han sido violados o se encuentran en amenaza, es, en virtud del artículo 86 de la Carta Política de Colombia, de orden subsidiario y residua, lo cual ha sido en repetidas ocasiones confirmado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

-AA6F-46CB-A604-5E4E99EA1764>El perjuicio irremediable, a su turno, ha sido entendido como aquel que presente las características de inminente, esto es que amenaza o está por suceder; urgente, en relación con las medidas a adoptar para evitar la consumación del mismo aplicando para el efecto un criterio de proporcionalidad; grave, relacionado con el bien jurídico protegido por el ordenamiento y que es objetivamente [determinado o determinable] relevante para el afectado; e, impostergabilidad, lo que determina que la tutela sea adecuada para el restablecimiento del orden social justo en su integridad. Además, el aludido perjuicio debe ser valorado en concreto por el juez atendiendo a las circunstancias en que se encuentre el accionante, a quien, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de esta Sala, le compete la carga de probarlo.

-66FF-401A-BE49-CA69C3E64B5F>Del mismo modo, la existencia real de un mecanismo de defensa debe ser analizado de cara a las circunstancias del caso que se plantee, pues su sola procedencia legal no lo hace eficaz e idóneo en todos los asuntos. Este aspecto, pues, también le corresponde ser valorado por el juez constitucional de tutela y determina, se reitera, los efectos del fallo de tutela.

-C106-47D7-B8F6-A97538E6FD61>Adicionalmente debe resaltarse que, de conformidad con jurisprudencia de la Corte Constitucional, en eventos en los cuales el amparo de los derechos recae sobre personas de especial protección por parte del ordenamiento jurídico (como es el caso de quienes se encuentran en la tercera edad o poseen una disminución en sus capacidades físicas e intelectuales, entre otros) o sobre los que se encuentren en condición de debilidad manifiesta, el análisis de procedencia de la acción se flexibiliza. Al respecto, en la Sentencia T-112 de 2011, se afirmó:

-DBEE-4BA7-AF70-F902B7681F89>10.- Del mismo modo, el operador judicial debe examinar la situación fáctica que rodea el asunto sometido a su conocimiento, y las particularidades de quien reclama el amparo constitucional, pues, si se trata de sujetos de especial protección constitucional (personas de la tercera edad o en condición de discapacidad, etc.) o de personas que se encuentren en condiciones de debilidad manifiesta, el análisis de procedibilidad se flexibiliza haciéndose menos exigente.

-9886-4524-80C8-494B0521EC4A>Al respecto, el Tribunal Constitucional en sentencia T-651 de 2009 expresó:

-9FB4-4586-BECE-2BAC1092B913>En relación con este requisito, de manera reiterada, la Corte ha considerado que la condición de sujeto de especial protección constitucional -especialmente en el caso de las personas de la tercera edad (Art. 46 C.P.), los discapacitados (Art. 47 C.P.) y las mujeres cabeza de familia (Art. 43 C.P.)-, así como la circunstancia de debilidad manifiesta en la que se encuentre el accionante, permiten presumir que los medios ordinarios de defensa judicial no son idóneos. En este sentido, en reciente jurisprudencia, esta Corporación precisó que en concordancia con el carácter fundamental del derecho a la seguridad social, se debe indicar que la condición de sujeto de especial protección constitucional refuerza la necesidad de conceder la protección invocada de manera definitiva y de ordenar las medidas requeridas para la efectividad del derecho (.....).

-26EE-4DB4-8F1D-05A0A5DFEDC1>Por último, debe advertirse, que en reiterada jurisprudencia se ha indicado que la acción de amparo constitucional no es el mecanismo adecuado para obtener un reintegro al servicio, pues ello constituye una situación para cuya discusión el legislador ha previsto otros mecanismos de defensa judicial en los cuales de manera efectiva e idónea se decide el litigio relacionado con este tópico.

-0CD4-4C43-AEEA-146570A72125>(II.2) Del derecho a la pensión de vejez o jubilación.-

-7264-410D-9436-EAC67473DBCF>- La concepción de una prerrogativa estatal o de un mero contrato de seguro que, en el primer caso, retribuía el servicio prestado como una dádiva o, en el segundo, cubría los riesgos de invalidez -- vejez o muerte a manera de contrato de seguro regulado por el derecho privado evolucionó dentro de un estado social de derecho de manera trascendental, pues la seguridad social se concibe no sólo como un servicio público a cargo del Estado sino, además, como un derecho subjetivo, presupuesto para el ejercicio de muchos otros bienes jurídicos protegidos por la Constitución y la Ley.

-E55A-4FF3-83C6-2D310EF33AE5>Dicha garantía -el derecho a acceder a los beneficios prestacionales consagrados para cubrir las contingencias previamente reseñadas- se sustenta en varias de las disposiciones de nuestra Carta Fundamental -v.gr. en los artículos 13, 46 y 48- pero, adicionalmente, proviene de disposiciones que -por vía del artículo 93 de la C.P.- ingresaron a nuestro ordenamiento jurídico bien sea como mandato de obligatorio cumplimiento o como criterio para interpretar los derechos y/o deberes consagrados en la normatividad interna. En tal sentido, cabe resaltar que el artículo 9º del Pacto Internacional de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece:

-831A-4649-80E6-427AE774ABB3>Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.

-08EB-42EB-8EC5-F7F5EE64ABD3>A su turno, el artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sostiene:

-BE09-440B-B71C-5147CD6891FA>ARTÍCULO 9. *Derecho a la Seguridad Social.* 1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes.

-F726-4ABA-B567-A7487F9704D0>Concretamente, en Colombia, el régimen integral de seguridad social en pensiones, salud y riesgos profesionales se encuentra regulado en la Ley 100 de 1993 (modificada en algunos apartes por la Ley 797 de 2003); la cual afirma que el sistema se sustenta, entre otros, en los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.-95B3-46C1-972D-6917E3BBD1C8>

A su turno, y con el objeto de proteger expectativas ciertas, el referido régimen de seguridad social integral estableció un régimen de transición, dirigido a aquellas personas que por su cercanía por el criterio de edad o de tiempo de servicio y/o cotizado a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se encontraba próxima a pensionarse, caso en el cual se les permitió continuar rigiendo su situación por lo establecido en los regímenes anteriores; régimen de transición que posteriormente fue elevado a rango constitucional a través del Acto legislativo No. 01 de 2005.

-8DF6-4653-87C9-B2F7B850FBC0>Dentro de este marco, entonces, y superando una clásica división de justiciabilidad de los derechos con alta carga prestacional, el derecho a la pensión puede ser objeto de protección por vía de tutela.

-BC9F-42E7-B8CE-DD0FD74F1C57>- Por su parte, ha sido clara la jurisprudencia de la Corte Constitucional [al respecto ver, entre otras, las Sentencias SU 389 de 2005, T-001 de 2010] en el sentido de que la acción de tutela es procedente para materializar la aplicación adecuada del retén social, en razón a la especial condición que ostentan quienes, por decisión del legislador y al amparo de lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución Política, merecen un trato diferencial y favorable en procesos en los que su derecho al trabajo se ve afectado en procesos de reestructuración administrativa [eventos en los que la situación se justifica en razones de orden superior, como lo es la eficacia y el mejoramiento de la prestación del servicio público].

-FB42-4F12-AA41-B0B6DC53DBEA>Dentro de dicho marco el prepensionado fue incluido como beneficiario de una medida de protección, la cual en todo caso no es absoluta y sólo se extiende hasta la supresión definitiva de la entidad, siendo razonable su comprensión en tanto ampara a personas que se encuentran próximas a pensionarse y, por tanto, interrumpir la relación podría implicar la negación futura de su posibilidad efectiva de acceder a un beneficio prestacional en tal sentido. Así entonces, es clara la relación que existe entre esta medida de estabilidad laboral y el acceso a la pensión.

-6C9A-4237-BB03-C47E1DCB5E12>En este marco, con el objeto de amparar los derechos de los grupos de personas que por su situación familiar, física o mental y pensional encontrarían de manera especialmente intensa vulnerados sus derechos fundamentales en el curso de un proceso, por completo constitucional, de modernización o reestructuración estatal, el legislador expidió la Ley 790 de 2002, como concreción de los mandatos contenidos en los incisos 3º y 4º del artículo 13 Superior, relativos a la adopción de medidas de protección a favor de grupos vulnerables y personas en condición de debilidad manifiesta, y en las cláusulas constitucionales que consagran una protección reforzada para ciertos grupos sociales, tales como las mujeres (art. 43 CP), los niños (art. 44 C.P.), las personas de la tercera edad (art. 46 C.P.) y las personas con discapacidad (art. 47 C.P.). Las medidas contenidas en la ley 790 de 2002 se conocen como retén social. Al respecto, dispuso el artículo 12 ibídem:

-2FDF-448F-B31D-27E405B62F69>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..

-C5E6-4C21-86AA-58C09D77C618>Sobre el alcance de esta protección, la Corte Constitucional manifestó en la Sentencia T-729 de 2010, que:

-7818-4A27-820C-5B7737D51CD0>En relación con el límite temporal, como se expuso, la ley 790 de 2002 lo refirió hasta la vigencia de las facultades extraordinarias entregadas al presidente para la renovación de la administración pública; posteriormente, dos actos normativos establecieron límites temporales concretos: en primer término en el decreto 190 de 2003 se determinó que la protección se extendía únicamente hasta el 31 de enero de 2004; posteriormente, en el plan de desarrollo fijado por la ley 812 de 2003, se estableció la misma limitación, exceptuando, empero, al grupo de los prepensionados, cuyo amparo se extendería hasta el reconocimiento de la pensión de vejez o jubilación.

-3CA7-4A09-AE09-53EDF4C408AA>Sin embargo, en la sentencia C-991 de 2004, la Corte Constitucional consideró que esos límites no se ajustan a la Constitución Política, pues los mandatos superiores que dan origen al denominado retén social no se agotan en una fecha específica, y deben ser aplicados mientras se extienda el programa de renovación administrativa del Estado. En atención a tales consideraciones, en la sentencia C-795 de 2009 enfatizó la Corte:

-CCA3-4472-9D41-BC41E75C428E>'[T]eniendo en cuenta que (.....) el límite temporal previsto en el literal D del artículo 8 de la Ley 812 de 2003 y en el artículo 16 del Decreto 190 de 2003, fue declarado inexecutable por vulnerar mandatos constitucionales de superior jerarquía (C-991/04) (.....) el límite temporal establecido para la protección constitucional derivada del retén social [es] la terminación definitiva de la existencia jurídica de la empresa, o el momento en que quede en firme el acta final de la liquidación'. (Destaca la Sala).-B124-42E9-AC86-7047A53D6B8D>

Por su parte, en la Sentencia C-795 de 2009, se sostuvo:

-0D5B-40A1-8FBB-DA86B092BF72>Aunque la protección laboral reforzada que el legislador otorgó a aquellas personas que se encontraban en las condiciones descritas por el artículo 12 de la ley 790 de 2002, se circunscribió en su momento, a aquellos trabajadores que eventualmente pudieran verse afectados en desarrollo del programa de renovación de la administración pública, la Corte Constitucional ha sentenciado que dicha protección, es de origen supralegal, la cual se desprende no solamente de lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución que establece la obligación estatal de velar por la igualdad real y efectiva de los grupos tradicionalmente discriminados y de proteger a las personas en circunstancias de debilidad manifiesta, sino de los artículos 42, 43, 44 y 48 superiores; se trata en consecuencia de una aplicación concreta de las aludidas garantías constitucionales que están llamadas a producir sus efectos cuando quiera que el ejercicio de los derechos fundamentales de estos sujetos de especial protección pueda llegar a verse conculcado || En suma, la implementación de este tipo de medidas responde a imperativos constitucionales que se desprenden de los artículos 13, 42, 43 y 44 superiores, entre otros, y que constituyen en sí mismos fines esenciales en el Estado Social de Derecho.

-6E71-4715-A948-A589E987E523>-D159-486B-8574-C7DCF581EF90>(II.3) Análisis del caso en concreto.-

-08E6-4B2E-9A9A-719C0138463E>Atendiendo al material probatorio allegado al expediente y a lo anteriormente expuesto, encuentra la Sala procedente precisar que:

-6B6B-40F9-A7D8-38ECD8A4796F>(1) La decisión de la administración de desvincular del servicio a un funcionario público es susceptible de la acción contencioso respectiva, en este caso de nulidad y restablecimiento del derecho, trámite dentro del cual, además, puede solicitarse la suspensión del acto administrativo.

-DB4D-460E-8D41-270787122CD3>(2) No obstante lo anterior, tal como quedó definido en el marco normativo y jurisprudencial aplicable, a través de la acción de tutela pueden suspenderse los efectos de un acto administrativo cuando quiera que con ello se evite la consumación de un perjuicio irremediable. Con miras a determinar si este es el supuesto que en el presente asunto se presenta, se efectúan las siguientes consideraciones:

-7B2D-462B-B4DE-39E55EA81911>- Alegó el accionante la protección de su derecho a la estabilidad laboral, en razón a que, según él, se encuentra en condición de prepensionado y, por tanto, es beneficiario de lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002.

-2F4D-477F-854E-476012F0FD38>Al respecto, y tal como se anotó previamente, cuando lo que se alega es la protección del retén social, la acción de tutela es el mecanismo idóneo y eficaz para la defensa de los derechos fundamentales vulnerados; razón por la cual, con el objeto de establecer si en el presente asunto estamos en presencia de una situación que amerita la intervención del juez constitucional de tutela, se solicitó la información pertinente al Ministerio de Vivienda Ciudad y Territorio.

-B513-432C-9852-DA01C6C0FF19>De cara a lo probado dentro del expediente, entonces, se tiene que la cartera en la que venía vinculado, en un cargo de libre nombramiento y remoción, entró en un proceso de escisión en virtud de lo dispuesto en la Ley 1444 de 2011. No obstante, a pesar de ello, su vinculación no sufrió perjuicio alguno en la medida en que, de conformidad con lo ordenado en la Resolución No. 0039 de 31 de octubre de 2011, fue reincorporado a la nueva cartera, la de Vivienda, Ciudad y Territorio.-3A04-49F9-B086-CF77CFD57BEB>

Ahora bien, dentro de dicho trámite de modificación de la estructura de la administración del orden nacional, el interesado no hizo valer derecho alguno en relación con su presunta condición de prepensionado, pues claro es el informe allegado a esta instancia del Ministerio en el que sostiene que la incorporación del accionante en virtud de la Resolución No. 0039 de 2011 no se dio como consecuencia de dicha condición, sino en la medida en que su cargo no fue suprimido. Posteriormente a dicha incorporación, el 27 de febrero de 2012, se declaró la insubsistencia del cargo que desempeñaba en el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio.

-5AE1-4593-90FC-B13D058BBD98>Por lo anterior, entonces, cabe efectuar dos conclusiones: (i) su retiro del servicio no se dio en el marco de

un proceso de reestructuración y/o modificación de la estructura de la Administración; y, (ii) dentro del proceso de escisión del Ministerio no hizo valer su presunto derecho como pre pensionado, con el objeto de permanecer en la nueva planta de personal del Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, o, dicho de otro modo, lo que generó su permanencia en el servicio --luego de la escisión del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial- no fue su protección reforzada por ser beneficiario del retén social.

-1CE4-4183-9749-89B0FC810B65>Con fundamento en lo anterior, entonces, no es dable a esta Sala sostener que el retiro del accionante se haya dado por una vulneración o burla al beneficio del retén social concedido en el marco del proceso de escisión de la cartera ya referida, pues, se reitera, el accionante no hizo valer dentro del proceso de escisión su presunto derecho; y, en consecuencia, debe desligarse su retiro del servicio del proceso de escisión.

-38DB-4BF0-BCAE-B49C0DBD3663>- La anterior afirmación, sin embargo, no desconoce que en vigencia de procesos de reestructuración administrativa la Corte Constitucional ha establecido que el retén social se extiende a los empleados que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción, en la medida en que la norma que regula este beneficio no hace distinción alguna, y, en todo caso, la protección de los derechos que con la referida figura se pretenden guardar, son predicables de todos los que se encuentran vinculados a una entidad estatal por los medios legales. Al respecto, en la Sentencia T-862 de 2009, se sostuvo:

-DCC1-49BA-A407-1D5C96841210>En consecuencia, si bien es cierto, las personas que se encuentran en cargos de libre nombramiento y remoción tienen una estabilidad laboral precaria, dentro de estos procesos administrativos deben ser tratados de manera igualitaria cuando hacen parte de este grupo de protección especial. Pues resulta claro que la intención de legislador es proteger a un grupo de personas en estado de vulnerabilidad, por ello se estableció que el retén social opera para los procesos de liquidación y de reestructuración independientemente si es del orden nacional o departamental, es así, que por la naturaleza de la vinculación como en cargos de libre nombramiento y remoción, no se pierde la condición de ser un sujeto de especial protección constitucional. Esta situación que debe ser evaluada dentro del desarrollo del estudio técnico utilizando los medios para establecer quienes hacen parte del grupo, mediante el análisis de las hojas de vida y de información que resulta de fácil acceso para el empleador, como es el caso de los prepensionados.

-0D2E-4A58-812E-F88E227D348F>3.8. Así las cosas, en los procesos de reestructuración, aún en los cargos de libre nombramiento y remoción, deberán respetarse los mandatos constitucionales y los derechos fundamentales de los sujetos de especial protección; no obstante, su estabilidad sea precaria. En estos eventos, la administración pública está obligada a adoptar medidas de diferenciación positiva a favor del servidor público que pueda llegar a ser considerado como sujeto de especial protección y que resulte afectado con la supresión del cargo del que es titular, independientemente de la naturaleza de su nombramiento.

-5E1E-4271-9C78-21D16DC8B87E>No obstante lo anterior, en el caso bajo estudio, en forma alguna se logró determinar que el retiro del accionante se haya dado en un proceso de reestructuración o vulnerando el derecho al retén social conferido en un proceso de la misma naturaleza, por lo que, en consecuencia, bajo este hilo argumentativo no es viable acceder a las pretensiones de la demanda.

-B625-42D4-8D9A-9D312F70E967>(3) A pesar de la improcedencia de la acción de tutela bajo el supuesto previamente expuesto, a continuación debe analizarse si, en todo caso, el accionante es beneficiario de una protección laboral reforzada por una presunta condición de pre pensionado (fuera del trámite de una reestructuración administrativa).

-0152-492B-B0E7-88CE274E2010>Con tal objeto, lo primero que ha de advertirse, es que esta instancia judicial no es la competente para determinar el derecho del accionante a un régimen pensional específico, pues ello deberá ser analizado por la entidad de previsión competente de cara no solamente a los requisitos de tiempo y edad, sino a la existencia de un traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad.

-AF19-4F32-A142-E34898938E46>Con independencia de ello, de admitirse que a la fecha de su retiro del servicio el accionante se encontraba a 3 o menos de 3 años de adquirir su derecho pensional, aplicando para el efecto la presunción de veracidad de sus afirmaciones y teniendo en cuenta que, en todo caso, a la fecha del retiro del servicio el señor Vargas Quintero tenía 59 años de edad, cabe efectuar el siguiente análisis:-1B09-4A47-9896-9E9104EC6A82>

- El cargo que desempeñaba el accionante en el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio es de libre nombramiento y remoción; por lo que, en consecuencia, tanto su provisión como su desvinculación se da en ejercicio de la facultad discrecional del nominador;

-063E-478D-9CAE-591109C6CA30>- Para la fecha en que se dio el retiro del accionante la entidad no se encontraba en un proceso de reestructuración y/o reforma; por lo que, en principio, no le es aplicable el retén social.

-8802-4CC7-B08F-A9EC5D4D7BB5>- Por lo anterior, bajo estas precisas condiciones, en principio, no sería dable acceder a lo pretendido en esta instancia, tal como en casos similares lo ha sostenido tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado. Veamos:

-2049-473C-8FAA-6B5C1C7FB4D7>En la Sentencia T-494 de 2010, la Corte Constitucional sostuvo:

-8A48-49D3-B48F-A4E3F70BB2FD>En aplicación de la jurisprudencia relacionada con el aspecto dilucidado, encuentra la Sala que en el presente caso, el actor no cumple con los requisitos establecidos para ser beneficiario del retén social, habida cuenta que, tal como se expuso, el retén social se aplica a los empleados de aquellas entidades de la administración pública que afrontan procesos de renovación.

-0F4D-471A-AF97-96600566F04C>Contrario sensu, en el caso objeto de revisión, la declaratoria de insubsistencia del accionante no se produjo en el marco de un proceso de reestructuración de la entidad demandada, sino que fue producto de la potestad discrecional de su nominador en razón a la naturaleza de su cargo, al ser un empleado de libre nombramiento y remoción.

-8047-4799-B6B3-958D066A8B32>Bastan estas breves apreciaciones, para concluir que el señor Oscar Antonio Aristizabal Castaño no puede acudir a la tutela para satisfacer sus pretensiones laborales, reclamando la aplicación de los beneficios derivados del retén social.

-0402-4954-B54F-8326E36A2F13>Mediante providencia del Consejo de Estado -- Sección Segunda -- Subsección B, de 30 de abril de 2012, C.P. doctor Gerardo Arenas Monsalve, AC No. 2012-74-01, se afirmó:

-F38F-4E93-B62C-6AD04EFC4EB5>Asimismo tampoco se pasa por alto que la peticionaria cita algunas sentencias como la T-862 de 2009 de la Corte Constitucional, para argumentar que los empleados nombrados en cargos de libre nombramiento y remoción pueden ser sujetos de especial protección, verbigracia cuando están próximos a pensionarse. Sobre dichos pronunciamientos es indispensable precisar que los mismos se emitieron bajo el contexto de procesos de reestructuración administrativa de entidades del Estado, en virtud de los cuales varios de los cargos debían ser suprimidos o algunos nombramientos terminados, y que bajo tal situación jurídica y fáctica la ley contempló como mecanismos de protección instituciones específicas como el retén social.

-B29C-410B-9FDF-D1B579E2D056>En efecto, en sentencias como la antes señalada la Corte estableció que en los procesos de reestructuración debían brindarse medidas de protección en favor de los prepensionados, independientemente si los mismos desempeñaban cargos de libre nombramiento y remoción, sin embargo, en el caso de auto la decisión controvertida no se profirió bajo el contexto de un proceso de reestructuración, lo que impide que las consideraciones expuestas en dichas providencias sean aplicadas al caso de autos.: (.....).-100B-41DC-AEDC-5A531FA00758>

- Sin embargo, tampoco se puede desconocer que en un caso en el que se discutió el derecho a conceder una protección especial, en condición de pre pensionada, a una persona que fue desvinculada de un cargo de libre nombramiento y remoción fuera de un proceso de reestructuración, esta Corporación, Sección Segunda -- Subsección, accedió a las pretensiones de la demanda. En dicho proceso, no obstante, se evidenciaron hechos excepcionales que ameritaron la protección judicial. Al respecto, se resalta el siguiente aparte:

-572A-41E2-AC61-9DF685FC5484>Del balance económico anteriormente establecido, puede advertirse que la tutelante en la actualidad tiene saldos por concepto de obligaciones crediticias por el valor aproximado de \$274.574.728, lo que permite concluir que el hecho de ser retirada intempestivamente de su empleo y quedar desprovista de una fuente segura de ingresos económicos, pone en riesgo su mínimo vital y el de su familia.

-BB68-4AA1-82CD-CFDB6C5DE28A>Pues se establece también, de acuerdo con los Registros Civiles de Nacimiento aportados, que tiene dos hijas de 23 y 28 años, y una nieta de 5 años de edad, de quienes afirma, sufraga todos los gastos relacionados con su manutención, educación, de salud, entre otros. Para tal efecto, aporta un certificado del jardín infantil de su nieta, donde se acredita que es ella quien cubre los gastos de matrícula y pensión. (.....) Respecto del estado civil de la petente, no existe prueba idónea que permita concluir que en la actualidad es soltera; sin embargo, además de las declaraciones rendidas y de las afirmaciones descritas en la demanda, se observa que en el documento de declaración de bienes y rentas por ella diligenciado, manifiesta ser divorciada, afirmaciones que no fueron desvirtuadas durante el trámite procesal.

-9451-4D0B-9AC8-BA6E32853813>Finalmente se advierte, prima facie, que la tutelante a la fecha ya cumplió con los requisitos establecidos para acceder a la pensión de jubilación, teniendo en cuenta que según la fotocopia del documento de identidad cuenta con 57 años de edad, y fue vinculada a la Rama Judicial en el año 1990 hasta el 11 de febrero de 2011, por lo que ha prestado sus servicios por más de 20 años, según certificación laboral allegada. (.....) Sin embargo, considera la Sala que dadas las excepcionales condiciones que logra acreditar la actora en el plenario, como lo es su proximidad a recibir el reconocimiento de su pensión, y su condición de madre cabeza de familia con la consecuente afectación de su mínimo vital y el de su núcleo familiar, dicha facultad debe ceder, en aras de garantizarle el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales. Máxime, por cuanto estamos frente a una persona que ya ha consolidado su derecho pensional.

-E8DE-4C3F-9C33-77C681C4F745>En el presente asunto, de manera similar a como se estableció en este último caso, se advierten circunstancias excepcionales que también ameritan protección en sede de tutela en la medida en que:

-2BBF-4450-A900-553ECE5128E5>El accionante cuenta con 59 años de edad, por lo que, con independencia del régimen que se aplique (incluso el general establecido en la Ley 100 de 1993), se encuentra cerca de adquirir su derecho a la pensión;

-9C06-4DA1-B2EA-14B9F022F005>Al retiro del accionante no se reconoció valor alguno en su favor como resultado de la liquidación de prestaciones sociales, pues dichas sumas fueron giradas con destino a créditos con cargo al accionante. Incluso, una vez presentado el recurso de reposición contra la disposición adoptada por la entidad en tal sentido, la accionada confirmó su decisión de no reconocer suma alguna, lo que lo ubica, en dichas condiciones, en una situación de desprotección que desborda el riesgo propio de una pérdida de un empleo; y,

-FBBB-4900-993E-192D453008A6>Adicionalmente, el material probatorio allegado por el Ministerio no evidencia que el accionante, en efecto, tenga una solución para cubrir el mínimo vital suyo y de su familia, pues el hecho de que tenga una sociedad conyugal vigente no acredita la posibilidad de su digna subsistencia en unas condiciones, se reitera, de edad y pérdida de prestaciones finales como las aquí acreditadas.

-DC61-46DA-A095-87B063B3E257>Bajo los referidos presupuestos, al amparo de un marco normativo constitucional que propende por la protección de los próximos a pensionarse, y sin desconocer la facultad del nominador de retirar a quienes ejerzan un cargo de libre nombramiento y remoción, debe concluirse que en el presente asunto, las condiciones especiales acreditadas dentro del expediente, tales como, se insiste, su edad y el retiro del servicio sin suma alguna a su favor en razón de los descuentos por las deudas contraídas por él mismo -a favor de vivienda y crediservicios-, cuya deuda, de conformidad con lo sostenido por la misma accionada en el documento visible a folios 131,

asciende a la suma de \$106.000.000,00- sin que, por otra parte, se evidencie un capital --diferente a su producción laboral- que permitan su sostenimiento y el de su núcleo familiar --pues incluso en su declaración de bienes y rentas y actividad económica privada no reportó bien inmueble alguno-, permiten acceder al presente amparo, con el objeto de que, de no configurarse una causal de retiro objetiva de retiro, se le permita permanecer en el empleo que ha venido desempeñando en condiciones satisfactorias hasta que acceda materialmente a su pensión de jubilación o vejez.

-8841-41C1-9919-711A09101BF1>Así, las condiciones que rodean su retiro evidencian una situación de amenaza y riesgo a sus derechos constitucionales fundamentales, como el derecho al mínimo vital; por lo que, de manera excepcional, se considera oportuno conceder el presente amparo de tutela; tal como, por vía de excepción, se concedió por esta Corporación en una situación similar y como lo ordenó el Tribunal pero por las precisas razones aquí establecidas.-20F9-4BDD-B47A-B3340E3CC31E>

Así mismo, y dado el alcance del presente amparo, no se considera oportuno ordenar el pago de los derechos salariales y prestacionales dejados de percibir, en la medida en que para ello debe acudir a la acción ordinaria.

-C76B-4269-8F9A-E583E3D101B3>DECISIÓN

-006E-4355-B7F0-E918129AE6AC>En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

-DBAE-48A1-BAD6-64DFAC54156B>FALLA

-1B1A-47C1-A2AA-8FD910E90DED>-55AB-4B4F-A134-62FE55562793>CONFÍRMASE la Sentencia de 25 de abril de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Cuarta - Subsección A, por la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la tutela incoada por el señor Gustavo Vargas Quintero contra la Nación -- Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, en el sentido de ordenar el reintegro al cargo que desempeñaba al servicio del Ministerio accionado y negar el pago retroactivo de los salarios y prestaciones dejados de percibir, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

-69C8-4FE4-88AA-6F096D82E3E1>Cópiese, notifíquese, cúmplase, remítase copia al Tribunal de origen y envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

-BEB9-4C30-9FB4-60B529E6BA89>La presente providencia fue discutida en la Sala de la fecha.

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

GERARDO ARENAS MONSALVE

-EEB4-4581-8C88-DA54FB6DBEEB>-8A5C-4D11-B32F-7D3D64FA1DEB>VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 05:32:56