

Sentencia T-460/17

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO QUE DECLARA INSUBSISTENTE A PERSONA PROXIMA A PENSIONARSE-Procedencia excepcional

RETEN SOCIAL-Definición

La Corte Constitucional en sentencia C-795 de 2009 definió retén social en los siguientes términos: "mecanismo por medio de la cual se buscó que en los procesos de reforma institucional, se otorgara una protección más intensa que a los demás servidores públicos, en materia permanencia y estabilidad en el empleo a las madres cabeza de familia sin alternativa económica, a las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y a los servidores que al momento de la liquidación estuviesen próximos a obtener su pensión de jubilación o de vejez. De no contarse con tal protección, en virtud de la fusión, reestructuración o liquidación de las entidades públicas objeto del programa de renovación referido, esas personas quedarían desprotegidas y cesantes laboralmente, al igual que sus hijos menores o aquellas personas que dependieran económica o afectivamente de ellas."

RETEN SOCIAL-Fuente legal/RETEN SOCIAL-Fuente constitucional/RETEN SOCIAL- Destinatarios

RETEN SOCIAL-Obligación de garantizar la estabilidad laboral de los destinatarios, evitando suprimir los cargos que estos ocupen en la administración, hasta el momento en que culminen los procesos de reestructuración

RETEN SOCIAL A PREPENSIONADOS-Reiteración de jurisprudencia sobre su aplicación y alcance

PREPENSIONADO-Sujeto de especial protección/PREPENSIONADO-Alcance de la protección

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE PERSONAS PROXIMAS A PENSIONARSE- Garantía

La estabilidad laboral de los prepensionados es una garantía constitucional de los trabajadores del sector público o privado, de no ser desvinculados de sus cargos cuando se encuentren ad portas de cumplir con los requisitos para acceder a la pensión de vejez. De otro lado, no basta la mera condición de prepensionado, sino que se precisa verificar si hubo afectación de los derechos fundamentales.

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE PREPENSIONADO-Beneficio no aplica para cargos de libre nombramiento y remoción

INEXISTENCIA E ILEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS-Diferencias

ACTO ADMINISTRATIVO-Existencia

La Corte Constitucional ha expuesto que la existencia del acto administrativo se reputa desde el momento en que la voluntad de la Administración se manifiesta a través de una decisión "desde

el momento en que es producido por la Administración, y en sí mismo lleva envuelta la prerrogativa de producir efectos jurídicos, es decir, de ser eficaz. De igual manera, la existencia del acto administrativo está ligada a su vigencia, la cual se da por regla general desde el momento mismo de su expedición, condicionada, claro está, a la publicación o notificación del acto, según sea de carácter general o individual.”.

ACTO ADMINISTRATIVO-Inexistencia

Se entiende por acto inexistente el que carece de los elementos sustanciales de fondo, como si el ministro de Defensa dicta una providencia sobre asuntos mineros, o cuando el acto no lo suscribe la autoridad que deba hacerlo, y le da dos consecuencias: los actos inexistentes no obligan, no se puede pedir su anulación porque sólo se anula lo que ha adquirido existencia, aunque la acción judicial puede enderezarse a que el juez declare que por razón de la inexistencia no hay lugar a la anulación. En ese sentido, la inexistencia del acto administrativo puede predicarse cuando el funcionario que emite una voluntad a nombre de la administración no tiene poder legal para obligar a la entidad.

ACTO ADMINISTRATIVO-Ilegalidad

Esta se genera cuando el acto es contrario a la ley, por lo cual su nacimiento se encuentra viciado, pero tiene plena existencia jurídica, la cual sólo desaparece mediante declaratoria de nulidad por parte de la jurisdicción contenciosa administrativa.

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE PREPENSIONADO-Caso en que se declaró insubsistente a accionante, quien ostentaba la calidad de empleado de libre nombramiento y remoción

Referencia: Expediente T-6.065.140

Acción de tutela formulada por Efraín Sáenz, contra el Departamento del Quindío.

Magistrado Ponente:

ALBERTO ROJAS RÍOS

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de julio de dos mil diecisiete (2017).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del trámite de la sentencia de tutela proferida en primera instancia por Juzgado Segundo Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Armenia –Quindío?, el 6 de octubre de 2016; y que concluyó en segunda instancia mediante la decisión adoptada por el Tribunal Superior de Distrito Judicial, Sala de Asuntos Penales para Adolescentes de Armenia –Quindío?, el 1º de noviembre de 2016, dentro del proceso de amparo formulado por Efraín Sáenz, contra el Departamento del Quindío.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

1.1 Manifiesta el accionante que, desde el 6 de enero de 2012, se había desempeñado en el cargo de Director de Calidad Educativa del Departamento del Quindío, empleo de naturaleza pública de libre nombramiento y remoción, de la Administración Central del Departamento del Quindío.

1.2 Señala que el 20 de diciembre de 2015, mediante Resolución 541 de esa anualidad, proferida por el Director de talento humano del Departamento del Quindío, le fue notificado de la protección especial –retén social?, a la que tenía derecho por su condición de prepensionado, por encontrarse a menos de 3 años para que le fuera reconocida su pensión de vejez. En efecto, el artículo 1º del citado acto administrativo señala:

"ARTICULO PRIMERO: Declarar la protección especial denominada retén social del Artículo 12 de la Ley 790 de 2002, reglamentado por el artículo 12 del Decreto Nacional 190 de 2003 por su condición de Prepensionado, al señor EFREN SAENZ (sic) identificado con la Cédula de Ciudadanía Número 7.515.004 expedida en Armenia."[1].

1.3 El accionante afirma que en la actualidad se encuentra tramitando ante la AFP PORVENIR solicitud de pensión por vejez, puesto que tiene 1.210 semanas cotizadas a la AFP COLPENSIONES y 64 años de edad. "[L]as semanas cotizadas en mención equivalen a 23 años de servicio como servidor público. En otras palabras, en virtud de la norma precitada soy beneficiario de la misma al faltarme menos de tres (3) años para acceder a la Pensión de vejez, es decir, por las condiciones especiales en las cuales me encuentro obtengo por disposición de la ley una protección laboral reforzada o retén social."[2].

1.4 El demandante arguye que mediante oficio R-1059 de 19 de enero de 2016, informó de su condición de prepensionado a la Oficina de Talento Humano de la Gobernación del Quindío. Sin embargo, mediante Decreto 841 de 6 de septiembre de 2016, notificada el día 19 de septiembre de 2016, fue declarado insubsistente del cargo "Director de Calidad Educativa del Departamento del Quindío, pese a encontrarme ad portad (sic) de pensionarme y no tener ningún otro medio de subsistencia, desconociendo por contera sin revocación previa un acto administrativo de amparo legal como es la Resolución 541 del 20 de diciembre de 2015."[3].

1.5 Afirma que de su trabajo dependen económicamente dos personas, entre ellas su nieto de 18 años, quien realiza estudios de secundaria. También aduce que sus derechos a la salud y a la seguridad social en materia pensional se han visto restringidos "habida cuenta que no encuentro fuente de empleo diferente a mi edad, por lo que no puedo seguir cotizando generándose con ello un grave perjuicio para mi condición de prepensionable. A más de lo anterior padecí un infarto cerebral el 7 de enero de 2015, el cual me genera la necesidad de estar activo en el sistema de seguridad social en salud y en controles médicos para evitar afectaciones futuras a esa delicada condición"[4].

1.6 Las pretensiones del accionante se sintetizan así:

1.6.1 Que se declaren vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo, al mínimo vital, a la estabilidad laboral reforzada, a la seguridad social integral.

1.6.2 Que se deje sin efectos el acto administrativo contenido en el Decreto 841 del 6 de septiembre de 2016 y en su lugar se ordene el reintegro inmediato como Director de Calidad Educativa del Departamento del Quindío, con todos los salarios y emolumentos dejados de percibir.

1.7 El accionante expone los siguientes fundamentos de derecho: (i) el encontrarse en la categoría de retén social, (ii) el desconocimiento de una situación jurídica consolidada, (iii) la protección del mínimo vital, y (iv) la posible configuración de un daño a su salud, de llegar a ser desafiliado del régimen contributivo.

2. Trámite impartido a la acción de tutela

Mediante proveído del 27 de septiembre de 2016, se expidió el oficio número 2456 con destino a la Gobernación del Departamento del Quindío, para que ejerciera su derecho de defensa e hiciera valer las pruebas que considerara pertinentes en defensa de los intereses de su representada[5].

Respuesta de la entidad accionada

Por intermedio del Secretario de Representación Judicial y Defensa del Departamento del Quindío, la Gobernación del Quindío, se opuso a todas las pretensiones de la parte accionante, con base en los siguientes fundamentos:

(i) La acción de tutela es improcedente porque no se vislumbra la posible configuración de un perjuicio irremediable.

(ii) La administración cuenta con potestad discrecional para declarar insubsistente al accionante, máxime porque el cargo que ocupaba es de absoluta confianza.

(iii) No existe acto administrativo en el cual se reconozca que el señor Efraín Sáenz se encuentra en la situación de retén social, toda vez que la Resolución 541 del 15 de diciembre de 2015, no fue expedida por persona competente, toda vez que el único que podía reconocer la voluntad de la administración, a efectos de determinar tal calidad, es el Gobernador del Departamento del Quindío. En palabras de la accionada: "(...) es preciso hacer claridad inicialmente en cuanto a que el Director de Talento Humano del Departamento del Quindío, no funge como autoridad nominadora dentro de la organización del Departamento del Quindío, por lo tanto, no es un funcionario que cuente con competencias funcionales que lo faculten para expedir actos administrativos, razón por la cual podemos decir que actuó sin competencia, lo que a priori, no (sic) lleva concluir que su actuación está viciada de nulidad"[6].

3. Decisiones adoptadas por las autoridades judiciales

Primera instancia

3.1 En sentencia del 6 de octubre de 2016, el Juzgado Segundo Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Armenia –Quindío?, declaró improcedente la acción de tutela interpuesta por el ciudadano Efraín Sáenz.

3.2 En concepto de ese Despacho, el accionante no demostró razones excepcionales que le impidieran interponer los recursos legales en contra de la declaratoria de insubsistencia, ante la jurisdicción contenciosa administrativa. Así las cosas, consideró que no había cumplido con el requisito de subsidiariedad. En stricto sensu señaló:

"la parte accionante no acreditó que se encuentre en condiciones calamitosas que le impidan acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa a demandar en su momento el acto administrativo o los procedimientos aquí controvertidos y que considera constituyen una vía de hecho, dado que cuenta con la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, para que si es

el del caso pida la suspensión provisional del acto administrativo que considera le causa un perjuicio, al declararlo insubsistente del cargo de libre nombramiento y remoción que venía ocupando en la entidad accionada"[7].

3.3 A su vez, expuso que el caso debía debatirse ante el juez natural –administrativo?, toda vez que existe un debate sobre la legalidad de la resolución que declaró al accionante en situación de retén social, por cuanto ese documento no había sido suscrito por el representante de la entidad territorial, sino por una persona que no tiene la potestad de reconocer ese derecho. Sobre el particular determinó:

"(...) [en] la Resolución n° 541, la misma administración alega ser nula (sic), debido a que no fue expedida por funcionario legalmente competente y facultado para ello, situación que por demás debe debatirse en la jurisdicción contenciosa; aunado a que, no hay manera de establecer que se configure una afectación considerable que ponga en riesgo un derecho fundamental suyo o de su grupo familiar, como por ejemplo, la vida, la integridad personal, el mínimo vital, la dignidad humana, entre otros, pues el tutelante era conocedor que su cargo era de libre nombramiento y remoción."[8].

Impugnación

3.4 Inconforme por la decisión adoptada por el juez de tutela, en primera instancia, el accionante impugnó el fallo. Los argumentos que expuso para tal propósito se sustrajeron a:

3.4.1 A pesar que la acción de tutela es un mecanismo residual, en el presente caso puede configurarse un perjuicio irremediable, lo cual tiene como consecuencia que no sea estrictamente necesario agotar los medios ordinarios de defensa, toda vez que:

"se encuentra demostrado dentro del plenario que soy una persona de la tercera edad, es decir, un funcionario que tiene 64 años de edad que ostenta la calidad de pre-pensionable, conforme a la Resolución 541 de diciembre de 2015, por tanto, beneficiario de estabilidad laboral reforzada. Mi edad me impide acceder en las mismas condiciones que otras personas a un empleo digno para el sostenimiento de mi hogar, por cuanto es muy difícil encontrar una oferta para una persona en mi condición de vida cronológica. Ello no sólo fue relatado sino demostrado con el acopio documental allegado al proceso. || De la labor del suscrito dependen económicamente dos personas más, es decir, MARTHA INÉS CÁRDENAS VALENCIA, mi esposa y mi nieto JONATHAN SÁENZ LÓPEZ para lo cual se aportaron sendas declaraciones extrajuicio que no fueron tachadas como falsas. De igual manera, se acreditó que no tengo ninguna otra fuente de subsistencia o de ingresos, por lo que la insubsistencia declarada me priva del acceso al mínimo vital en mi caso personal como a mi familia."[9].

3.4.2 Finalmente expone que la acción de tutela es el mecanismo idóneo para solucionar la controversia con la demanda porque, aunado a la afectación al mínimo vital, la ausencia de trabajo genera que no pueda seguir cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, para poder acceder a esa prestación.

Sentencia en segunda instancia

3.5 En sentencia del 1° de noviembre de 2016, el Tribunal Superior del Distrito Judicial, Sala de Asuntos Penales para Adolescentes, de Armenia –Quindío?, confirmó la sentencia del 6 de octubre de 2016 (proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Armenia –Quindío?), la cual declaró improcedente la acción de

tutela interpuesta por el ciudadano Efraín Sáenz.

Los argumentos empleados para adoptar esa decisión se sustraen a:

(i) El accionante pretende que el juez constitucional defina la legalidad del acto administrativo y en ese sentido, deje sin efectos el Decreto 841 del 6 de septiembre de 2016, cuando para ello tiene el medio de control: nulidad y restablecimiento del derecho, procedimiento en el cual se puede solicitar, como medida cautelar, la suspensión provisional del acto administrativo.

(ii) En el presente caso, no existe prueba sobre la inminencia de un perjuicio irremediable, que haga ineludible la tutela como mecanismo transitorio de protección de derechos.

Remisión del expediente a la Corte Constitucional

3.6 En Auto de fecha 2 de noviembre de 2016, el Tribunal del Distrito Judicial de Armenia, Sala de Asuntos Penales para Adolescentes de Armenia –Quindío?, dispuso la notificación de ese fallo al accionante y a la accionada, conforme a los artículos 30 del Decreto 2591 de 1991 y 5° del Decreto 306 de 1992 y el envío del expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

4. Material probatorio relevante que obra en el expediente

4.1 Copia del Registro Civil de nacimiento del señor Efraín Sáenz.

4.2 Copia de la cédula de ciudadanía del señor Efraín Sáenz.

4.3 Copia de la certificación expedida por la Dirección de Talento Humano de la Gobernación del Quindío, en la que consta la vinculación del accionante como Director de Calidad Educativa. Acta 029 del 12 de enero de 2012.

4.4 Copia del Decreto 841 del 6 de septiembre de 2016, proferido por el Gobernador del Quindío.

4.5 Declaraciones extrajuicio rendidas por Efraín Sáenz y Martha Inés Cárdenas Valencia, ambas por separado.

4.6 Copia de la declaración de renta del SIGEP y del formulario de declaración juramentada de bienes y rentas.

4.7 Copia del historia laboral de la cuenta individual de ahorro pensional de la AFP Protección.

4.8 Copia de los certificados de aportes a pensión a la AFP Horizonte.

4.9 Anexos de las historias clínicas de la EPS Saludcoop. En la misma se observa:

Anexo 1° ?de fecha 2015-01-07?: (i) Accidente cerebro vascular. (ii) Infarto cerebral.

Anexo 2° ?calendado 2015-11-23?: atención médica por convulsión.

4.10 Copia de la Resolución 541 del 20 de diciembre de 2015, emitida por la Dirección del Talento Humano de la Gobernación del Quindío.

4.11 Copia del oficio R-1059 del 19 de enero de 2016, remitido por la Dirección de talento humano de las Gobernación del Quindío.

4.12 Copia del resumen de las semanas cotizadas ante la AFP Colpensiones.

5. Selección del expediente por parte de la Corte Constitucional

Mediante auto de 30 de marzo de 2017, la Sala de Selección de Tutelas Número Tres escogió el expediente de la referencia y lo asignó, previo reparto, al Magistrado Alberto Rojas Ríos, para efectuar su revisión, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 9° del artículo 241 de la Constitución Política y en los artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991, indicando como criterio objetivo de selección: asunto novedoso.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para conocer los fallos de tutela proferidos dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 86, inciso 3°, y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Planteamiento del caso

2.1 La pretensión del ciudadano Efraín Sáenz es que se deje sin efectos el Decreto 841 del 6 de septiembre de 2016, en el cual el Gobernador del Quindío le declaró insubsistente en el cargo: “Director de Calidad Educativa del Departamento del Quindío”.

A juicio del accionante, la decisión de dar por terminada la referida relación legal y reglamentaria desconoce la protección especial denominada: retén social, en la cual considera que se encuentra incluido por ser una persona próxima a pensionarse, tal como lo reconoció la Gobernación del Quindío, en Resolución 541 del 20 de diciembre de 2015, suscrita por el Jefe de Talento Humano de esa entidad.

En ese sentido, para el demandante, la administración debe reintegrarlo a su puesto de trabajo, con el respectivo pago de los salarios y emolumentos dejados de percibir, toda vez que su situación le hace partícipe de la garantía constitucional referida, además de tener un derecho reconocido en un acto administrativo que le declara en retén social, el cual la administración debe cumplir a cabalidad y sobre el cual no puede realizarse ningún tipo de modificación sin su permiso.

Sobre la base de lo expuesto, considera que se vulneran los principios constitucionales de respeto del acto propio, debido proceso, seguridad social y el derecho fundamental al mínimo vital.

Expone que a pesar de contar con otros mecanismos procesales para solucionar su caso, acude a la acción de tutela porque se encuentra enfermo –ha sufrido un accidente cerebro vascular, infarto cerebral y episodio de convulsiones en 2015?, razón por la cual, al ser el mecanismo de amparo expedito e informal, es idóneo para evitar que debido a su condición especial se genere un perjuicio irremediable.

2.2 La accionada se opone a las pretensiones, manifestando: (i) que el acto administrativo que reconoce la condición de retén social es inexistente, por falta de competencia del funcionario que lo expidió, (ii) los empleados de libre nombramiento y remoción no tienen la garantía constitucional referida, y (iii) la acción de tutela es improcedente porque el asunto debe

tramitarse ante la jurisdicción contenciosa administrativa, aun ante la urgencia que afirma tener el actor, toda vez que puede solicitar la suspensión provisional del acto administrativo que lo declaró insubsistente.

2.3 Como se expuso en el acápite de hechos la tutela fue declarada improcedente por parte de las autoridades judiciales relacionadas.

3. Problema jurídico

Teniendo en cuenta que el argumento expuesto por los jueces de instancia, para declarar la improcedencia del amparo fue la falta de subsidiariedad, el primer problema jurídico que deberá resolver esta Sala de Revisión es el relacionado con la idoneidad y eficacia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, inclusive de la suspensión provisional del acto administrativo, para resolver el caso del señor Efraín Sáenz.

De encontrarse que el medio ordinario de defensa con el que cuenta el accionante es insuficiente para la protección inmediata de sus derechos fundamentales, la Sala estudiará la procedibilidad material del amparo, para lo cual debe resolver el siguiente interrogante: ¿el Gobernador del Quindío podía declarar insubsistente el nombramiento del ciudadano Efraín Sáenz, a pesar de que es una persona de 64 años edad, con problemas de salud –secuelas de accidente cerebrovascular, infarto cerebral y convulsiones? y que se encuentra cerca de pensionarse?

Para obtener la respuesta al problema jurídico referido deberán resolverse los siguientes interrogantes: (i) ¿el señor Efraín Sáenz se encuentra en la protección especial denominada retén social o acaso se trata de un caso de estabilidad laboral por prepensionado?, (ii) ¿tal garantía constitucional opera ipso iure o debe reconocerse por voluntad expresa del nominador?, (iii) la resolución 541 de 2015 se puede reputar existente para la administración y, de ser así, cumple con el atributo de legalidad?, y (iv) ¿la confianza es un argumento suficiente para modificar la relación legal y reglamentaria entre el Gobernador del Quindío y el Director de Calidad Educativa del Departamento del Quindío?

Para la Sala de Revisión, la respuesta a los asuntos expuestos deberá tener en cuenta las siguientes materias de estudio: (i) ¿qué es y cómo opera la protección constitucional denominada retén social?, (ii) ¿la figura de prepensionado es una categoría autónoma de protección? Y (iii) ¿cuáles son las diferencias entre inexistencia e ilegalidad de los actos administrativos? Al final de cada apartado se extraerá la respectiva regla de derecho para darle solución progresiva al caso objeto de estudio.

4. Cuestión previa: procedibilidad de la acción de tutela en el asunto de la referencia

En caso de desconocer la estabilidad laboral que se genera por las situaciones específicas, que se expondrán en éste capítulo (infra 5.4), existen mecanismos para su protección, como el medio de control: acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en la cual, incluso, se puede solicitar la suspensión provisional del acto administrativo.

A su vez, si el acto que desvincula a una persona de su puesto de trabajo amenaza la vulneración de sus derechos fundamentales y puede llegar a generar un perjuicio irremediable, la acción de tutela es procedente para exigir el derecho a la estabilidad laboral que se desprende de la figura del retén social[10].

Así las cosas, no hay una regla general de procedibilidad, sino que deberá estudiarse en cada caso en concreto las circunstancias que generan la protección y la urgencia de la adopción de medidas que se derivan de ella, para establecer el mecanismo procesal eficaz para reclamar tal garantía.

Conclusión frente al caso en concreto:

El ciudadano Efraín Sáenz no empleó el medio de control: nulidad y restablecimiento del derecho, en el cual podía solicitar la suspensión provisional de acto que le declaró insubsistente en el Departamento del Quindío.

Los argumentos para ello fueron:

(i) se trata de una persona de 64 años de edad, que manifiesta no tener recursos económicos para garantizar su mínimo vital ni el de las personas que sostiene económicamente[11].

(ii) tiene problemas de salud:

2015-01-07?: (i) accidente cerebro vascular, (ii) infarto cerebral.

2015-11-23?: atención médica por convulsión[12].

Los derechos fundamentales que pueden verse afectados son:

(i) el mínimo vital.

(ii) la seguridad social: no puede seguir realizando aportes para la pensión que estaría próximo a recibir.

(iii) la salud: en la dimensión de continuidad, teniendo en cuenta que puede llegar a interrumpirse su tratamiento, cuando quede desafiliado del régimen contributivo, debido a los trámites que se requieren para la autorización de sus terapias en la modalidad subsidiada[13].

Debido a las circunstancias expuestas el accionante podía solicitar ante el juez contencioso la suspensión provisional del acto administrativo que le declaró insubsistente, Decreto 841 de 6 de septiembre de 2016, pero ello hubiere sido inoficioso teniendo en cuenta que el demandante solicita que se respete la Resolución 541 de 2015, la cual es inexistente para la Gobernación del Quindío y ese aspecto debe resolverse en la sentencia, como un asunto de fondo y no preliminar. Además para acudir a la Jurisdicción Contenciosa debe agotar el requisito de procedibilidad de conciliación ante la Procuraduría.

Para la Sala, la adopción de un fallo definitivo, e incluso la adopción de medidas cautelares, puede tardar, y, ante la posible configuración de un perjuicio irremediable, debido a la particular situación del accionante, la Sala considera que el asunto de la referencia supera el requisito de subsidiariedad.

De otra parte la acción fue interpuesta el 26 de septiembre de 2016, es decir, dentro de las 3 semanas siguientes a la presunta vulneración, razón por la cual cumple con el requisito de inmediatez.

Finalmente tanto el accionante como la accionada, son los directamente implicados en el asunto de la referencia, dado que el primero de estos exige el actuar de la administración, en tanto que el segundo ejerce su defensa, señalando que el acto que realizó se encuentra ajustado a la constitución y a la legalidad. Por ello, ambas partes se encuentran legitimadas –por activa y

pasiva, respectivamente, en el presente procedimiento.

De esta manera, la acción de tutela de la referencia cumple con los requisitos para su estudio de fondo, pues supera la procedencia formal.

5. El retén social: definición, fuente legal y constitucional, destinatarios y obligaciones

5.1 Definición

La Corte Constitucional en sentencia C-795 de 2009 definió retén social en los siguientes términos:

"[mecanismo] por medio de la cual se buscó que en los procesos de reforma institucional, **se otorgara una protección más intensa que a los demás servidores públicos, en materia permanencia y estabilidad en el empleo a las madres cabeza de familia sin alternativa económica, a las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y a los servidores que al momento de la liquidación estuviesen próximos a obtener su pensión de jubilación o de vejez.** De no contarse con tal protección, en virtud de la fusión, reestructuración o liquidación de las entidades públicas objeto del programa de renovación referido, esas personas quedarían desprotegidas y cesantes laboralmente, al igual que sus hijos menores o aquellas personas que dependieran económica o afectivamente de ellas." [14].

5.2 Fuente legal:

Ley 790 de 2002. Artículo 12:

"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."

5.3 Fuente constitucional:

La Corte en la sentencia T-638 de 2016, señaló que la protección denominada retén social desarrolla el artículo 13 de la Constitución, concretamente los incisos 3º y 4º, relativos a la obligación de adoptar medidas de protección en 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.)" [15].

5.4 Destinatarios

Sobre el particular la Sala reitera íntegramente el numeral 13.1 de la sentencia T-802 de 2012:

"a) **Madres cabeza de familia** [16] **sin alternativa económica:** Los jefes de personal, o quienes hagan sus veces, verificarán en las hojas de vida de las servidoras públicas, que pretendan beneficiarse de la protección especial y en el sistema de información de la respectiva Entidad Promotora de Salud, EPS, y en las Cajas de Compensación Familiar, que se cumplan las

condiciones señaladas en el presente decreto y que en el grupo familiar de la solicitante no existe otra persona con capacidad económica que aporte al sistema de seguridad social.

Así mismo, la condición de invalidez de los hijos, siempre que dependan económica y exclusivamente de quien pretenda ser beneficiaria de la protección especial, debe ser probada por la servidora pública con un dictamen de la respectiva Junta de Calificación de Invalidez;

b) Personas con limitación visual o auditiva: Los servidores públicos que consideren encontrarse dentro del grupo de personas con uno de estos tipos de limitación, deben solicitar la valoración de dicha circunstancia, a través de la Empresa Promotora de Salud, EPS, a la cual estén afiliados y radicar ante el jefe de personal o quien haga sus veces la correspondiente certificación. El organismo o entidad, en caso de duda, solicitará por conducto del jefe de personal, o de quien haga sus veces, la verificación de la valoración presentada al Instituto Nacional para Ciegos (INCI) para las limitaciones visuales; y al Instituto Nacional para Sordos (Insor) para las limitaciones auditivas;

c) Personas con limitación física o mental: Los servidores públicos que consideren encontrarse dentro del grupo de personas con uno de estos tipos de limitación, deben obtener el dictamen de calificación del equipo interdisciplinario de calificación de invalidez de la Empresa Promotora de Salud, EPS, o Administradora de Riesgos Profesionales, ARP, a la cual estén afiliados, o de no existir este organismo, de la Junta de Calificación de Invalidez y radicar ante el jefe de personal o quien haga sus veces la correspondiente certificación. El organismo o entidad, podrá solicitar por conducto del jefe de personal, o de quien haga sus veces, la verificación de la valoración presentada a las Juntas de Calificación de Invalidez;

d) Personas próximas a pensionarse: Sin perjuicio de que el servidor público que considere encontrarse en este grupo adjunte los documentos que acreditan la condición que invoca, los jefes de personal o quienes hagan sus veces deben verificar que a los servidores que puedan encontrarse en estas circunstancias en efecto les falten tres (3) años o menos para reunir los requisitos legales para el reconocimiento de la pensión de jubilación o de vejez, y expedir constancia escrita en tal sentido."[17].

5.5 Obligaciones

Garantizar la estabilidad laboral de los sujetos relacionados con anterioridad (supra 4.4), en el sentido de evitar suprimir los cargos que estos ocupen en la administración, hasta el momento en que culminen los procesos de reestructuración.

5.6 Conclusión frente al caso en concreto:

La declaratoria de insubsistencia de la relación legal y reglamentaria del señor Efraín Sáenz con la Gobernación del Quindío, no se generó por el inicio de un proceso de reestructuración de la administración, en ese sentido, no le es oponible la garantía constitucional denominada: reten social.

Al accionante no le asiste la razón, al exigir estabilidad laboral bajo la categoría referida con anterioridad. No obstante, la Sala debe analizar, si el hecho de estar próximo a pensionarse genera una protección constitucional autónoma, como pasará a estudiarse.

6. La figura de prepensionado como categoría autónoma de protección. Diferencias con el retén social.

6.1 La Corte en sentencias T-186 de 2013 y T-638 de 2016, expuso que la protección de la estabilidad laboral de las personas que están próximas a pensionarse no se fundamenta en un mandato legal sino en principios de orden constitucional. Ello con el propósito de diferenciar de la protección que se genera del retén social y la que se produce en otras situaciones. Al respecto expuso lo siguiente:

"Con todo, debe hacerse una distinción conceptual de especial importancia para la solución de los problemas jurídicos materia de esta decisión. El fundamento del reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada de los prepensionados no es un asunto que dependa de un mandato legislativo particular y concreto, sino que tiene raigambre constitucional. Esto debido a que dicha estabilidad opera como instrumento para la satisfacción de los derechos fundamentales de estos grupos poblacionales, que se verían gravemente interferidos por el retiro del empleo público.

Por ende, la Corte desestima lo expresado por los jueces de instancia, en el sentido de confundir la estabilidad laboral reforzada de los prepensionados con la figura del retén social, para concluir erróneamente que la mencionada estabilidad solo es aplicable en los casos que el retiro del cargo se sustenta en su supresión ante la liquidación de la entidad y en el marco de los procesos de reestructuración de la Administración Pública"[18].

6.2 La protección de los prepensionados por retén social tiene carácter objetivo, esto es, que acreditado que la persona se encuentra dentro de los 3 años anteriores al reconocimiento de su pensión, tal protección opera en virtud de la ley, incluso en los casos de empleados de libre nombramiento y remoción, como se expuso en la sentencia T-802 de 2012:

"(...) 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."[19].

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

"En todo caso, a pesar de haberse superado el contexto de la renovación de la administración pública como requisito para ser considerado sujeto de especial protección constitucional en el caso de los prepensionados, la Corte ha protegido los derechos de estas personas cuando su

desvinculación suponga una afectación de su mínimo vital derivada del hecho de que su salario y eventual pensión son la fuente de su sustento económico. En efecto, la mera condición de prepensionado no es suficiente para ordenar el reintegro de un trabajador sino que es necesario evidenciar en el caso concreto que la desvinculación está poniendo en riesgo los derechos fundamentales del accionante, donde la edad del mismo es un indicador de la falta de probabilidades de integrarse al mercado laboral que debe apreciarse junto con el hecho de que el salario sea la única fuente de ingresos de este o, en todo caso, que los ingresos por otros conceptos sean insuficientes para garantizar una vida en condiciones dignas".

7.4. En suma, la estabilidad laboral de los prepensionados es una garantía constitucional de los trabajadores del sector público o privado, de no ser desvinculados de sus cargos cuando se encuentren ad portas de cumplir con los requisitos para acceder a la pensión de vejez. De otro lado, no basta la mera condición de prepensionado, sino que se precisa verificar si hubo afectación de los derechos fundamentales."[20].

6.4 Ahora bien, para resolver el asunto propuesto en la acción de tutela de referencia, es pertinente resolver el siguiente interrogante: ¿Las previsiones sobre estabilidad laboral reforzada en empleados de libre nombramiento y remoción, establecidas en los casos de retén social, se hacen extensibles a las situaciones en las cuales no existe proceso de reestructuración de la administración?

Para resolver tal cuestión es preciso realizar las siguientes diferenciaciones:

6.4.1 Por regla general los empleos en el sector público son de carrera con excepción de los cargos de: (i) período y (ii) libre nombramiento y remoción (cargos de dirección, manejo y confianza). En el caso de este último el elemento preponderante de la vinculación es la confianza.

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

6.4.3 En la declaratoria de insubsistencia, cuando no media proceso de reestructuración, la desvinculación obedece a la facultad discrecional que tiene la administración para dar por terminada la relación laboral, teniendo en cuenta que en los cargos de libre nombramiento y remoción el nominador se encuentra facultado para determinar la idoneidad de sus funcionarios en ese tipo de empleos.

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

Por el contrario, en los casos en los cuales la administración ejerce su facultad discrecional para retirar a una persona del servicio público, hay una manifestación clara e inequívoca de poner fin a la relación legal y reglamentaria, sin que ello se produzca necesariamente por una actuación

específica de quien ocupó el cargo en la modalidad de libre nombramiento y remoción, sino porque la relación entre nominador y empleado, en ese tipo de cargos, están fundadas en la discrecionalidad para nombrar funcionarios que a su juicio sean idóneos para desarrollar funciones de dirección, manejo y confianza.

6.5 Conclusión frente al caso en concreto:

La protección por estabilidad laboral reforzada a personas en condición de prepensionado, no opera en los cargos de libre nombramiento y remoción, como lo es el de Director de Calidad Educativa del Departamento del Quindío.

En el caso objeto de estudio el Gobernador del Departamento del Quindío podía declarar insubsistente al accionante, toda vez que tiene plena autonomía para nombrar a las personas que considere idóneas para el desarrollo de funciones de dirección, manejo y confianza.

Es pertinente recordar que, aunque el actor se encuentre a menos de 3 años para que le sea reconocida su pensión de vejez, el cargo que ocupa se encuentra bajo la excepción constitucional a los cargos de carrera, por fundamentarse en la confianza. Así las cosas, otorgar una protección objetiva, como la de prepensionados en cargos de libre nombramiento y remoción, puede afectar seriamente la gobernabilidad o ejercicio de las funciones del nominador.

Al tratarse de empleos extraordinarios, para la ejecución de programas políticos, o para la asesoría de personas en cargos que requieren plena autonomía, no puede aplicarse las protecciones que la Corte ha establecido en otro tipo de empleos como los de carrera (T-186 de 2013), provisionales (T-326 de 2014), trabajadores oficiales (T-357 de 2016) e incluso aquellos de empresas privadas (T-638 de 2016).

Ahora bien, independientemente de la potestad de la administración para disponer de los cargos de libre nombramiento y remoción, es pertinente resolver si la Gobernación del Quindío se encuentra obligada a cumplir garantizar la estabilidad del señor Efraín Sáenz, ya no por la figura de prepensionado, sino por cumplimiento de lo establecido en la Resolución 541 de 2015, como pasará a resolverse con el estudio del siguiente capítulo.

7. Diferencias entre inexistencia e ilegalidad de los actos administrativos

7.1 Existencia

La Corte Constitucional ha expuesto que la existencia del acto administrativo se reputa desde el momento en que la voluntad de la Administración se manifiesta a través de una decisión “desde el momento en que es producido por la Administración, y en sí mismo lleva envuelta la prerrogativa de producir efectos jurídicos, es decir, de ser eficaz. De igual manera, la existencia del acto administrativo está ligada a su vigencia, la cual se da por regla general desde el momento mismo de su expedición, condicionada, claro está, a la publicación o notificación del acto, según sea de carácter general o individual.”[21].

Para el nacimiento de un acto administrativo se necesita siempre: “el **órgano** o sujeto que lo profiera, una **declaración** emanada de ese sujeto, un **objeto** o asunto sobre el cual recae la declaración, la **forma** que en el caso específico tiene aquella y el **fin** que la misma debe lograr”[22]

La Corte ha señalado que de faltar un requisito sustancial o un elemento que forma parte de la

esencia del acto, necesariamente este no puede existir[23]. En relación con el sujeto u órgano, es importante mencionar que debe estar investido con la potestad para actuar en nombre de la administración, esto es, que debe ser **títular del poder legal** para ello. La doctrina explica la importancia de lo expuesto en los siguientes términos: Si el órgano careciese de dicho poder legal "su manifestación de voluntad estaría, en principio, desprovista de valor jurídico. No habría aquí acto jurídico: Este sería **inexistente**, y no meramente irregular. Es muy importante subrayar esto."

A su vez, se ha expuesto que la falta de elementos esenciales del acto administrativo "tales como son **el sujeto**, **el objeto** y **la forma**. La **falta** de cualquiera de estos elementos esenciales trae aparejada la ausencia del mismo acto. En estos supuestos el acto **no ha nacido**, precisamente por falta de los elementos esenciales. Distinta es la situación de que hubiera vicios, defectos de forma, etc. En estos casos el acto habría nacido a aunque afectado por un vicio que podría dar lugar a su invalidez."[25].

Así mismo, el profesor Jaime Vidal Perdomo ha definido la inexistencia del acto administrativo así:

"Se entiende por acto inexistente el que carece de los elementos sustanciales de fondo, como si el ministro de Defensa dicta una providencia sobre asuntos mineros, o cuando el acto no lo suscribe la autoridad que deba hacerlo, y le da dos consecuencias: los actos inexistentes no obligan, no se puede pedir su anulación porque sólo se anula lo que ha adquirido existencia, aunque la acción judicial puede enderezarse a que el juez declare que por razón de la inexistencia no hay lugar a la anulación."[26].

En ese sentido, la inexistencia del acto administrativo puede predicarse cuando el funcionario que emite una voluntad a nombre de la administración no tiene poder legal para obligar a la entidad.

7.2 Ilegalidad

Esta se genera cuando el acto es contrario a la ley, por lo cual su nacimiento se encuentra viciado, pero tiene plena existencia jurídica, la cual sólo desaparece mediante declaratoria de nulidad por parte de la jurisdicción contenciosa administrativa.

Entonces, el acto contrario a la ley no es inexistente y como tal debe emplearse un procedimiento para dejarle sin efectos e incluso declararse su nulidad, con el propósito de relevar a la administración de las obligaciones adquiridas en el mismo, situación diferente a del acto con defectos en los elementos esenciales que le conforman, en el cual la administración no está obligada a emplear mecanismos procesales para justificar su inobservancia.

7.3 Conclusión frente al caso en concreto:

El accionante manifiesta que la administración debe cumplir con lo que se obligó en Resolución 541 de 2015, en la cual declaró que le reconocía la protección especial denominada: reten social.

La Corte ha expuesto que la administración debe respetar sus propios actos, toda vez que "genera con ello una situación particular y concreta, en cuya estabilidad el afectado pudiera de buena fe confiar, de desconocer su propio acto y vulnerar con ello los principios de buena fe y de

confianza legítima."[27].

En el caso objeto de estudio debe determinarse si la administración efectivamente se obligó con el accionante por medio acto administrativo, para lo cual deberá analizarse, en primer lugar, si la Resolución 541 de 2015, cumple con los requisitos esenciales para su existencia, en caso de que se satisfaga tal exigencia se trataría de un asunto de legalidad, la cual obligaría a la Gobernación del Quindío a cumplir con el contenido de la misma hasta que inicie la revocatoria del mismo o, de considerarlo necesario, la acción de lesividad.

La parte accionada manifiesta que el acto administrativo: Resolución 541 de 2015, es inexistente pues quien lo profirió: Director de Talento Humano de la Gobernación del Quindío, no tiene la potestad para obligar al Departamento, ni para disponer la permanencia en los cargos, toda vez que no es el nominador del empleo denominado: Director Técnico en la Dependencia de calidad educativa, grado 04, código 009, adscrita a la Secretaría de Educación Departamental.

Para la Sala, la declaración efectuada por el Director de talento humano de la Gobernación del Quindío no regula la situación legal del accionante, toda vez que el acto administrativo que modifica la situación de éste frente a la administración es la que le declaró insubsistente y le retiró del servicio.

Así las cosas, la responsabilidad por el incumplimiento del acto propio, si a bien lo tiene el accionante, podrá estudiarse en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, con el propósito de determinar, stricto sensu, si la declaratoria del Director de Talento Humano de la Gobernación del Quindío constituye un acto administrativo y de llegar a concluirse que lo es, si el mismo presenta un vicio que afecta su legalidad o existencia.

8. Síntesis de la decisión

El ciudadano Efraín Sáenz quien se desempeñaba como Director de Calidad Educativa del Departamento del Quindío, en calidad de empleado de libre nombramiento y remoción, fue declarado insubsistente por el Gobernador del Quindío.

El señor Sáenz interpuso acción de tutela contra esa decisión, argumentando que le había sido reconocida la protección constitucional de denominada retén social en calidad de prepensionado por parte del Director de Talento Humano de la Gobernación del Quindío, por medio la Resolución 541 de 2015, lo cual implicaba que no podía retirarse de su empleo hasta que alcanzara el estatus para acceder a la pensión de vejez.

En las decisiones de instancia los jueces declararon el amparo improcedente, porque consideraron que no cumplió con el requisito de subsidiariedad, toda vez que no interpuso la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

La Sala de revisión consideró que debía resolverse el siguiente problema jurídico: ¿el Gobernador del Quindío podía declarar insubsistente el nombramiento del ciudadano Efraín Sáenz?

Con el propósito de resolver el problema planteado se procedió a efectuar, en primera medida, el estudio de procedibilidad de la acción de tutela, en el cual la Sala determinó que a pesar de no haber presentado la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la tutela resultaba procedente toda vez que el medio ordinario de defensa aunque idóneo resultaba ineficaz, debido a las condiciones particulares del accionante, las cuales se resumen así: adulto mayor de 64 años,

desempleado y con personas a cargo, con problemas de salud entre los cuales se incluye un accidente cerebro vascular e infarto cerebral.

Con posterioridad, la Sala estudió si el accionante se encontraba dentro de la protección constitucional denominada retén social y para tal efecto, estudió la definición, fuente legal y constitucional, destinatarios y obligaciones de esa figura legal, para luego concluir que el accionante no era beneficiario de tal medida, toda vez que la entidad en donde laboraba no se encontraba en proceso de reestructuración.

Luego, se analizó la figura de prepensionado, como categoría autónoma de protección, en la cual se concluyó que frente al caso específico del accionante no había lugar a aplicarla, toda vez que se encontraba en un cargo de libre nombramiento y remoción y, por tanto, no podía establecerse una protección objetiva en cabeza del trabajador, máxime cuando tales empleos son provistos de manera discrecional por el nominador por ser de dirección, manejo y confianza.

Finalmente se analizó si la resolución 541 de 2015, proferida por el Director de Talento Humano del Departamento del Quindío, obligaba a la administración a restablecer en su empleo al accionante y para tal propósito se estudiaron las diferencias entre la inexistencia e ilegalidad de los actos administrativos.

A partir de lo anterior, la Sala concluyó que la responsabilidad por tal declaratoria, si a bien lo tiene el accionante, podrá estudiarse en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en donde podrá debatirse su existencia y legalidad.

Teniendo en cuenta que la acción de tutela es procedente desde el punto de vista formal, al cumplir con los presupuestos de legitimidad por activa, inmediatez y subsidiariedad, la Sala revocará las decisiones de instancia, que la declararon improcedente y negará la protección invocada toda vez que la accionada no vulneró los derechos fundamentales del accionante.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Octava de Revisión, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE:

Primero.- **REVOCAR** las sentencias proferidas en primera instancia, por el Juzgado Segundo Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Armenia –Quindío?, el 6 de octubre de 2016, que concluyó en segunda instancia mediante la decisión adoptada por el Tribunal Superior de Distrito Judicial, Sala de Asuntos Penales para Adolescentes de Armenia –Quindío?, el 1º de noviembre de 2016, mediante las cuales se declaró improcedente el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo, al mínimo vital, a la estabilidad laboral reforzada, a la seguridad social integral, invocados por el ciudadano Efraín Sáenz, dentro del proceso de acción de tutela que formuló contra la Gobernación del Quindío.

En su lugar, **NEGAR** el amparo de las garantías ius fundamentales reclamadas, de conformidad con las consideraciones expuestas en la presente providencia judicial.

Segundo.- Por la Secretaría de la Corporación, **LÍBRENSE** las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

Con aclaración de voto

ROCÍO LOAIZA MILIÁN

Secretaria General (e)

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

CARLOS BERNAL PULIDO

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO QUE DECLARA
INSUBSISTENTE A PERSONA PROXIMA A PENSIONARSE-No se satisface el requisito de
subsidiariedad (Aclaración de voto)

Sentencia T-460 del 18 de julio de 2017

Referencia: Expediente T-6.065.140

Magistrado Ponente:

ALBERTO ROJAS RÍOS

En atención a la decisión adoptada por la Sala Octava de Revisión en la sentencia T-460 del 18 de julio de 2017, en el expediente de la referencia, me permito presentar Aclaración de Voto, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Aún cuando estoy de acuerdo con la parte resolutive de la sentencia aludida, lo cierto es que, en mi criterio, en el asunto sub examine no se satisface el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela, tal como se explica a continuación:

En la sentencia T-460 de 2017 se señaló que el requisito de subsidiariedad se encuentra superado, habida consideración que el tutelante Efraín Sáenz tiene 64 años[28] de edad y, además, no cuenta con recursos económicos para el sostenimiento de dos personas a su cargo[29]. Adicionalmente, el referido ciudadano padece los siguientes quebrantos de salud: **i)** accidente cerebrovascular e infarto cerebral sufridos el 7 de enero de 2015; **ii)** atención médica por convulsiones padecidas el 23 de noviembre de 2015.

Pese a lo anterior, una vez examinado el acervo probatorio del proceso, se observó que pese a que el tutelante padeció unas enfermedades cerebrovasculares en el año de 2015, lo cierto es que de la correspondiente historia clínica se desprende que la situación de vulnerabilidad está superada, por cuanto, las convulsiones sólo se presentaron por una vez y, a partir de allí, según lo

probado en el expediente, su estado de salud ha sido estable.

Ante tal perspectiva, resulta menester analizar si la sola avanzada edad del tutelante constituye razón suficiente para concluir que se está en presencia de un sujeto de especial protección, a efectos de entender superado el requisito de subsidiariedad de la presente acción de tutela.

Pues bien, la condición de vulnerabilidad de la tutelante supone la acreditación de las siguientes tres condiciones, necesarias y conjuntamente suficientes, en el peticionario: **(i)** pertenecer a un grupo de especial protección constitucional, en particular al de la tercera edad -criterio objetivo, **(ii)** encontrarse en una situación de riesgo -criterio subjetivo negativo y **(iii)** carecer de capacidad de resiliencia para esperar la finalización de la vía judicial ordinaria -criterio subjetivo positivo. De conformidad con las referidas condiciones, se tiene lo siguiente:

(i) El tutelante pertenece a un grupo de especial protección del Estado, esto es, está dentro de la categoría de adulto mayor ya que a la fecha cuenta con 64 años de edad. Empero, se advierte que encontrarse en la categoría de adulto mayor no constituye argumento suficiente para ser considerado vulnerable, por lo cual se continuará con el estudio del aspecto subsiguiente.

(ii) El tutelante no presenta alguna situación de riesgo o peligro que afecte el desarrollo de su vida, por cuanto, si bien el señor Efraín Sáenz sufrió unas afecciones de carácter neurológico, lo cierto es que, según lo probado en el expediente, dicha situación se encuentra superada, tal como lo indiqué ab initio.

Habida consideración de que la segunda condición no se encuentra superada, resulta innecesario continuar con el análisis del tercer requisito y, en consecuencia, no resulta posible afirmar que se está en presencia de un sujeto vulnerable dentro del asunto que ocupó la atención de la Sala Octava de Revisión, circunstancia que obligaba al tutelante a acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa a fin de controvertir la legalidad de los actos administrativos dictados por la Gobernación del Quindío.

Con el acostumbrado respeto,

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

[1] Cuaderno principal de la demanda. Folio 2.

[2] *Ibídem*.

[3] *Ibíd.* Folio 2.

[4] *Ibíd.* Folio 3.

[5] *Ibíd.* Folio 93 al 96.

[6] *Ibíd.* Folio 101.

[7] *Ibíd.* Folio 153.

[8] *Ibíd.* Folio 155.

[9] *Ibíd.* Folio 160.

[10] Cfr. Sentencias SU-897 de 2012, T-009 de 2008, T-1238 de 2008 y SU-389 de 2005.

[11] Cuaderno principal de la demanda. Folio 3.

[12] *Ibíd.* Folios 30 al 86.

[13] No se pretende indicar que quede sin protección sino que la misma, puede tomar algo de tiempo.

[14] Sentencia C-795 de 2009. Énfasis agregado.

[15] Cfr. Sentencia T-638 de 2016.

[16] En sentencia C-044 de 2004, la garantía se extendió a los padres cabeza de familia.

[17] Sentencia T-802 de 2012.

[18] Sentencia T-186 de 2013.

[19] Sentencia T-802 de 2012.

[20] Sentencia T-638 de 2016.

[21] Sentencia C-069 de 1995.

[22] Berrocal Guerrero, Luis Enrique (2016). Manual del acto administrativo. Librería Ediciones del Profesional. Séptima edición. Pág. 89.

[23] Cfr. Sentencia C-069 de 1995.

[24] Jezè, Gastón (1948). Principios Generales del derecho administrativo. Traducción directa de la tercera edición francesa, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1948. Página 30 y 31.

[25] Diez, Manuel María (1956). El acto administrativo. Buenos Aires, 1ª edición. Página 311. Edición 1961. Páginas 388 y 389.

[26] Citado en la sentencia C-069 de 1995.

[27] Sentencia T-722 de 2012, en la cual se cita la sentencia T-544 de 2003. Cfr. T-588 de 2014.

[28] Se advierte que en el expediente obra copia de la cédula de ciudadanía del señor Efraín Sáenz de la cual se desprende que el tutelante actualmente tiene 65 años de edad.

[29] Fls. 11-12 cuad. 1.





logo