COPIA DE CONSULTA · DOCUMENTO PÚBLICO OFICIAL

Sentencia SU/003/18

Corte	Corte Constitucional
Tipo	Sentencia de unificación
Referencia	SU/003/18
Expediente	—
Fecha	2016-04-26
Sala	Sala Plena
Magistrado ponente	CARLOS BERNAL PULIDO
Partes	Alfonso Serrano Ardila contra la Dirección de Tránsito y Transportes de Bucaramanga. El

Temas que titula la Corte Constitucional

- Estabilidad Laboral Reforzada De Servidores Publicos Que Ocupan Cargos De Libre Nombramiento Y Remocion
- Servidores Prepensionados Que Ocupan Cargos De Libre Nombramiento Y Remocion
- Accion De Tutela Para Reclamar Estabilidad Laboral Reforzada De Prepensionado

Resumen del caso (según la propia sentencia)

Nombramiento y remoción, que relaciona el numeral 2 del artículo 5 de la Ley 909 de 2004, no gozan de estabilidad laboral reforzada como consecuencia, bien, de las funciones a su cargo o de la suma confianza que exige su labor.

Texto completo

SU003-18 Sente ncia SU003/18 ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE SERVIDORES PUBLICOS QUE OCUPAN CARGOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION- Alcance Por regla general, los empleados públicos de libre nombramiento y remoción, que relaciona el numeral 2 del artículo 5 de la Ley 909 de 2004, no gozan de estabilidad laboral reforzada como consecuencia, bien, de las funciones a su cargo o de la suma confianza que exige su labor.

PREPENSIONADO- Alcance del concepto Acreditan la condición de “prepensionables” las personas vinculadas laboralmente al sector público o privado, que están próximas (dentro de los 3 años siguientes) a acreditar los dos requisitos necesarios para obtener la pensión de vejez (la edad y el número de semanas -o tiempo de servicio- requerido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o el capital necesario en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad) y consolidar así su derecho a la pensión.

SERVIDORES PREPENSIONADOS QUE OCUPAN CARGOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION- No gozan de estabilidad cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de la edad Cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, no hay lugar a considerar que la persona es beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, dado que el requisito faltante de edad puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente. En estos casos, no se frustra el acceso a la pensión de vejez.

ACCION DE TUTELA PARA RECLAMAR ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE PREPENSIONADO- Improcedencia por cuanto el cargo que desempeñaba el accionante era de libre nombramiento y remoción y no se acreditó el riesgo de frustración de su derecho pensional En el presente caso ni el accionante gozaba de estabilidad

laboral reforzada, como tampoco acreditaba la condición de prepensionable. Por una parte, el cargo que desempeñaba era uno de libre nombramiento y remoción, que correspondía a aquellos de “dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices” .

Por otra parte, no se acreditó el riesgo de frustración de su derecho pensional al comprobarse que había cotizado el mínimo de semanas necesarias para acceder a su pensión de vejez, y únicamente le restaba el requisito de edad.

Referencia: T- 5.712.990 Acción de tutela instaurada por Alfonso Serrano Ardila contra la Dirección de Tránsito y Transportes de Bucaramanga.

Magistrado Ponente: CARLOS BERNAL PULIDO Bogotá D.C., ocho (8) de febrero de dos mil dieciocho (2018) La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales, legales y reglamentarias, y conforme a lo dispuesto en el Auto 362 del 19 de julio de 2017, que declaró la nulidad de la sentencia T-685 de 2016, procede a proferir la siguiente, SENTENCIA En el proceso de revisión de la decisión proferida el 26 de abril de 2016 por el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Bucaramanga (Santander), que revocó la decisión del Juzgado Veintidós Civil Municipal de Bucaramanga (Santander), de marzo 17 de 2016, dentro de la acción de tutela promovida por Alfonso Serrano Ardila contra la Dirección de Tránsito y Transportes de Bucaramanga.

El expediente de la referencia fue escogido para revisión mediante Auto del 30 de agosto de 2016, proferido por la Sala de Selección número ocho [1] .

I. ANTECEDENTES 1. Hechos probados 1. El accionante nació el 16 de noviembre de 1956. Para el momento de presentación de la acción de tutela tenía 59 años. Es administrador de empresas, especialista en Mercadeo, especialista en Alta Gerencia y máster en Administración de Empresas [2] , además de que acredita haber realizado múltiples diplomados y seminarios en diferentes temáticas [3] .

2. El accionante fue nombrado en el cargo de Secretario General Grado 02 Código 054, Nivel Directivo, de libre nombramiento y remoción, en la Dirección de Tránsito y Transportes de Bucaramanga, Santander, el día 24 de enero de 2012 [4] .

De conformidad con la ficha de caracterización del cargo [5] , la identificación del empleo, su propósito principal y algunas de sus funciones esenciales son las siguientes:

“3.1. IDENTIFICACIÓN DEL EMPLEO Nivel: Directivo Denominación del Empleo: SECRETARIO GENERAL Código: 054 Grado: 02 No. de cargos: Uno (1) Dependencia: Dirección General Cargo del jefe inmediato: Director General 3.1.1. PROPÓSITO PRINCIPAL Asegurar la orientación técnica de los recursos humanos y físicos de la entidad, el flujo, manejo y conservación de la información interna y externa para garantizar la continuidad en la prestación del servicio a la comunidad y la ejecución de los programas adoptados.

3.1.2. DESCRIPCIÓN DE FUNCIONES ESENCIALES 1. Formular junto con el Director General las políticas, metas, procedimientos de trabajo y elaborar proyectos concernientes al desarrollo administrativo de la Entidad.

[...] 3. Coordinar y administrar los sistemas de clasificación, nomenclatura y remuneración de los empleos [...] 4. Ejercer control interno disciplinario.

[...] 6. Establecer políticas de administración de la información, correspondencia, archivo y documentación, acorde con las normas vigentes” [6] .

3. La calidad de Secretario General del accionante le exigió actuar como Director General encargado [7] , representar a la entidad en eventos académicos y gubernamentales [8] y participar como representante de esta ante la Comisión de Personal, integrada por 2 miembros elegidos por el empleador y 4 miembros elegidos por los trabajadores [9] .

4. El 17 de noviembre de 2015, el accionante remitió una comunicación al Grupo de Talento Humano de la Dirección de Tránsito y Transportes de Bucaramanga en la que manifestó que, en su criterio, era titular de estabilidad laboral reforzada por tener la condición de "prepensionable". Consideró que esta condición le era atribuible, en la medida en que había cotizado más de 1300 semanas y le restaban menos de 3 años para cumplir con el requisito de edad para ser acreedor a su pensión de vejez [10] .

5. La Dirección de Tránsito y Transportes de Bucaramanga, por medio de la Resolución 001 del 5 de enero de 2016, declaró insubsistente el nombramiento de Alfonso Serrano Ardila, en el cargo de "SECRETARIO GENERAL, Código 054, Grado 02, Nivel Directivo, adscrito a la Planta del Director General de LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN" [11] .

Esta fue notificada al accionante el mismo día de su expedición [12] . 6. No existe constancia en el expediente de que el accionante hubiese recurrido en la vía administrativa la decisión contenida en el acto administrativo del que da cuenta el fundamento jurídico (en adelante f.j.

) anterior, como tampoco de que hubiese solicitado su nulidad ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. 7. El 19 de enero de 2016, el señor Serrano Ardila interpuso acción de tutela en contra de la Dirección de Tránsito y Transportes de Bucaramanga [13] .

8. El 26 de enero de 2016, el accionante adicionó un escrito al proceso de tutela para que fuese considerado en el trámite, relativo, en especial, a sus circunstancias fácticas y de presunta vulnerabilidad [14] . En dicho documento manifestó:

(i) que en atención a su edad (59 años), se le dificultaba su incursión en el mercado laboral; (ii) que era un paciente con diagnóstico de diabetes, por lo cual requería un tratamiento de alto costo que era suministrado por "la EPS COOMEVA, a la cual estaba afiliado como empleado de la entidad accionada" [15] y que carecía de los medios para asumir tales expensas;

(iii) que era cabeza de familia y tenía a su cargo el sostenimiento y manutención de su núcleo familiar, integrado por su esposa, dos hijos y su madre anciana;

(iv) que era "el único proveedor" de sus dos hijos y esposa, "con quienes debo cubrir una erogación económica alta, dadas las condiciones de estudiantes de mis descendientes, quienes cursan estudios universitarios" [16] ;

(v) que la asistencia médica de su grupo familiar dependía de él, por cuanto eran sus beneficiarios y se encontraba desprovisto de este tipo de amparo y de capacidad económica para cubrirlos;

(vi) finalmente, que debía cubrir su canon de arrendamiento, cubrir el costo de los servicios públicos y tenía deudas en diferentes entidades crediticias [17] .

Para fundamentar estas circunstancias, allegó documentos emitidos por su EPS [18] , contrato de arrendamiento [19] , recibo de pago de matrícula universitaria de su hija [20] , extractos de créditos a favor de la empresa Coomeva [21] y extractos de distintas tarjetas de crédito [22] .

9. De conformidad con la consulta realizada por el despacho sustanciador a la Base de Datos Única del Sistema de Seguridad Social (BDUA), el accionante aparece como cotizante activo del régimen contributivo, en la EPS COOMEVA desde el 01 de febrero de 2000 [23] .

Su cónyuge figura como cotizante activa del régimen contributivo, en la EPS COOMEVA, desde el 22 de septiembre de 1998 [24] . Finalmente, la madre del accionante aparece como cotizante activa del régimen contributivo, en la NUEVA E.P.S., desde el 1 de julio de 2013 [25] .

2. Pretensiones 10. En ejercicio de la acción de tutela, el 19 de enero de 2016, Alfonso Serrano Ardila demandó a la Dirección de Tránsito y Transportes de Bucaramanga por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, seguridad social y mínimo vital y móvil. Pretendió que se dejara sin efectos la resolución de insubsistencia y se ordenara su reintegro al cargo que desempeñaba.

11. El tutelante insistió en que tenía la condición de "prepensionable", conforme a la jurisprudencia de esta Corporación, debido a que: (i) tenía más de 1300 semanas de cotización cuando su nombramiento fue declarado insubsistente; y (ii) le restaban menos de 3 años para cumplir con el requisito de edad, pues, para el momento de presentación de la demanda de tutela (19 de enero de 2016), contaba con 59 años.

3. Respuesta de la entidad accionada 12. La Dirección de Tránsito y Transportes de Bucaramanga solicitó declarar improcedente la acción de tutela por las siguientes razones:

(i) la tutela no satisfizo el requisito de subsidiariedad, pues el actor disponía del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

(ii) El actor no alegó ni acreditó un posible perjuicio irremediable. (iii) La figura de la estabilidad laboral, que presuntamente tuvo origen en la condición de "prepensionable" del demandante, no podía ser alegada por una persona que ocupaba un cargo de libre nombramiento y remoción, por cuanto la naturaleza del empleo exigía la confianza del nominador en la persona en que designaba.

4. Decisiones objeto de revisión 13. El Juzgado Veintidós Civil Municipal de Bucaramanga (Santander), en fallo del 29 de enero de 2016, declaró improcedente la acción de tutela. Consideró que la parte actora tuvo a su disposición otros medios de defensa judiciales, en particular el de nulidad y restablecimiento del derecho.

14. El accionante impugnó la decisión de instancia. Señaló que el Juez utilizó precedentes que no eran aplicables. Consideró que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no era un medio idóneo y eficaz para garantizar sus derechos. De igual manera, señaló que se acreditaban circunstancias de un perjuicio irremediable debido a su edad, a su condición de "prepensionable" y al hecho de que su salario era su única fuente de sustento.

15. El Juzgado Décimo Civil del Circuito de Bucaramanga (Santander), al conocer de la impugnación, en auto de marzo 3 de 2016, declaró la nulidad de la actuación previa. Requirió al juez de primera instancia para que vinculara a la señora Eva Cecilia López Rueda, como tercera interesada, en la medida en que había sido designada como Secretaria General, en reemplazo del accionante.

16. El Juzgado Veintidós Civil Municipal de Bucaramanga (Santander), luego de posibilitar que la señora Eva Cecilia López Rueda se hiciera parte en el trámite de tutela [26] , en sentencia del 17 de marzo de 2016, negó por improcedente la acción de tutela. Adujo que la parte actora pudo cuestionar la legalidad del acto administrativo que lo declaró insubsistente ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho; por tanto, no se acreditó el ejercicio subsidiario de la acción de tutela. Además, se pronunció acerca de que no era procedente, en el caso del accionante, "aplicar la figura del 'retén Social'" [27] .

17. El 29 de marzo de 2016, el accionante impugnó la decisión de instancia. Exigió la aplicación de los lineamientos que sobre la estabilidad laboral de los "prepensionables" había desarrollado la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Insistió en que la actuación de la parte accionada había vulnerado sus derechos al trabajo, a la estabilidad laboral, a la seguridad social, al mínimo vital y al acceso a la pensión de vejez; en consecuencia, solicitó el reintegro al cargo, sin solución de continuidad.

18. En sentencia del 26 de abril de 2016, el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Bucaramanga (Santander) revocó la providencia impugnada y, en su lugar, concedió el amparo de los derechos invocados en forma definitiva. Aseguró, por

una parte, que el mecanismo ordinario de defensa carecía de idoneidad y, por la otra, que la autoridad accionada no tuvo en cuenta que el tutelante tenía la condición de “prepensionable”. Igualmente, señaló que la situación del accionante era constitutiva de un supuesto de perjuicio irremediable, dado que padecía de diabetes y tenía a su cargo el sostenimiento de sus dos hijos universitarios y de su esposa. Con relación a este último aspecto, precisó:

“En cuanto al segundo derrotero, esto es, la existencia de un perjuicio irremediable, dentro del expediente obra prueba de que el accionante responde por sus dos hijos, que se encuentran estudiando una carrera universitaria y hasta la fecha no devenga dinero alguno, aunado a que su compañera no desempeña labor que le permita recibir otros ingresos.

Adicionalmente, no puede obviar este Despacho el hecho de que el señor SERRANO ARDILA fue diagnosticado con DIABETES TIPO II por lo que requiere la atención médica necesaria para sobrellevar la mentada patología, que valga advertir si no es vinculado al sistema de seguridad social, no le será brindada” [28] .

5. Trámite ante la Corte Constitucional 19. El expediente fue seleccionado para revisión por medio de Auto del 30 de agosto de 2016, proferido por la Sala Octava de Selección de la Corte Constitucional.

20. El 10 de octubre de 2016, la entidad accionada remitió a la Corte Constitucional un documento en el que, entre otros aspectos, puso de presente que no era cierto que el núcleo familiar del accionante dependiera económicamente de él, como tampoco que este (el núcleo familiar) careciera de cobertura del sistema de seguridad social.

Señaló que la cónyuge del tutelante tenía un vínculo laboral vigente con la Lotería de Santander, en calidad de Subgerente Financiera. En consideración a tales circunstancias, señaló que no se estaba en presencia de un supuesto de perjuicio irremediable, además de considerar que las afirmaciones del tutelante constituyeron un acto deliberado para hacer incurrir en error al juez de tutela, por lo que consideró se estaba en presencia de un evento de “fraude procesal” [29] .

21. La Corte, mediante auto de noviembre 17 de 2016, puso a disposición de las partes esta información, para que se pronunciaran, si lo consideraban oportuno. En el término correspondiente, el tutelante, mediante escrito de noviembre 28 de 2016 [30] , entre otros aspectos, aceptó la vinculación de su esposa a la Lotería de Santander y manifestó que el saldo del salario de esta, después de descuentos no fue establecido por la entidad accionada, sugiriendo que era insuficiente para el sostenimiento del núcleo familiar. De igual forma, aceptó que estaba afiliado a COOMEVA EPS como trabajador independiente, pero señaló que las cotizaciones las hacía con “grandes esfuerzos” y que no le era posible continuar asumiéndolas, como consecuencia de su carencia de recursos. Así las cosas, indicó que estaba en riesgo de quedar desafiliado del sistema de seguridad social y no tendría a quien acudir para asumir el costo de sus tratamientos médicos. Insistió, finalmente, en que su condición de “prepensionable” era la que fundamentaba su estabilidad laboral reforzada y no la situación laboral de su cónyuge.

5.1. Sentencia T-685 de 2016 22. Mediante la Sentencia T-685 del 2 de diciembre de 2016, la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional confirmó la decisión del juez de segunda instancia pero precisó, primero, que el amparo de los derechos fundamentales era transitorio y, segundo, que el accionante debía demandar el acto de insubsistencia ante los jueces de lo contencioso administrativo, dentro de los cuatro meses siguientes a la notificación de la decisión [31] .

23. Para la Sala de Revisión, si bien, en dicho asunto, era procedente el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, constató la configuración de un supuesto de perjuicio irremediable, como consecuencia de “la ausencia de recursos suficientes por parte de su grupo filial —derivada de su desvinculación laboral controvertida en la acción de tutela—” , circunstancia que, en consideración de la Sala de Revisión, ponía “en riesgo la manutención suya y de su núcleo familiar” [32] .

24. Luego de verificar la procedencia de la acción, propuso la resolución del siguiente problema jurídico: “¿vulnera una entidad descentralizada del nivel territorial el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de un empleado que ocupaba un cargo de libre nombramiento y remoción, al declararlo insubsistente, pese a que al momento de su desvinculación cumplía con las semanas de cotización ante el sistema pensional y, según él, le restaban menos de tres años para superar el requisito de edad para de esta forma obtener su estatus de jubilado?” 25.

Según se indica en el apartado “6. Conclusión” , las subreglas aplicadas por la Sala de Revisión para resolver el problema jurídico planteado fueron las siguientes:

“De conformidad con lo dispuesto en esta sentencia, para valorar si un empleado público que se encuentre vinculado a un cargo de libre nombramiento y remoción, dentro de una entidad descentralizada de nivel territorial, es titular del beneficio de prepensión, debe tenerse en cuenta que: (i) dicho beneficio se cumple cuando le resten tres (3) años o menos para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez (término que, en todo caso, deberá ser contado a partir del momento preciso de la desvinculación de quien alega ser beneficiario de esta figura constitucional); (ii) no puede tratarse de un empleado de ‘alta dirección’, de conformidad con lo señalado en el Decreto 785 de 2005; y (iii) las funciones desempeñadas por dicho servidor no deberán corresponder a la formulación, diseño o dirección de las políticas estatuidas por su superior jerárquico y propias del objeto de la entidad. En caso de así verificarse, no será constitucionalmente admisible la desvinculación que de dicho funcionario se haga, y se presumirá su capacidad para desarrollar sus labores con confianza, hasta tanto éste no adquiera su jubilación o sea declarado insubsistente por existencia de causa justificativa que, en todo caso, deberá estar relacionada estrictamente con su desempeño” .

26. La Sala de Revisión, en aplicación de las tres subreglas precedentes concluyó, primero, que el accionante cumplía los requisitos para ser considerado “prepensionable”;

segundo, que a pesar de acreditarse que el empleo que desempeñaba era el de “secretario general, grado 02, código 054, nivel directivo de libre nombramiento y remoción” , “no ocupaba un cargo de ‘alta dirección’” ; finalmente, que las funciones desempeñadas por el tutelante no correspondían a la formulación, diseño o dirección de las políticas estatuidas por su superior jerárquico y propias del objeto de la entidad. Con fundamento en ello, amparó los derechos fundamentales invocados y ordenó, de manera transitoria, el reintegro del accionante al cargo que desempeñaba o a uno de la misma categoría.

5.2. Auto 362 de 2017, que declaró la nulidad de la Sentencia T-685 de 2016 27. La Sala Plena de la Corte Constitucional, mediante el Auto 362 del 19 de julio de 2017, declaró la nulidad de la Sentencia T-685 de 2016 y ordenó remitir el expediente al despacho del Magistrado sustanciador para que proyectara la sentencia de reemplazo, y, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 61 del Reglamento de la Corte, por razones de unificación de jurisprudencia, se decidiera el asunto por la Sala Plena.

28. La Sala Plena consideró que la sentencia de la Sala de Revisión fue incongruente, desde la perspectiva interna [33] , al acreditarse una contradicción en la aplicación de la tercera subregla definida por la Sala de Revisión para resolver la tutela que, de no haberse presentado, la decisión habría sido, de modo necesario, diferente [34] .

Para la Sala Plena, la Sala de Revisión no solo tuvo por ciertas las funciones descritas por el tutelante en la acción, cuestión de índole jurídica, no fáctica (por tanto, no amparada por la presunción de veracidad de que trata el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991), sino que desconoció el hecho probado de que el tutelante “fue nombrado en el cargo de ‘secretario general, grado 02, código 054, Nivel Directivo de libre nombramiento y remoción’” . Este empleo público, de conformidad con lo dispuesto por el literal a) del numeral 2 del artículo 5 de la Ley 909 y los artículos 16 y 4.1 del Decreto 785 de 2005, le correspondían “funciones de Dirección General, de formulación de políticas institucionales y de

adopción de planes, programas y proyectos” , así como de, “dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices” . Por tanto, no era dable concluir que el tutelante fuera titular del beneficio de la “prepensión”, de allí que fuese procedente declarar la nulidad de la sentencia T-685 de 2016.

5.3. Otras actuaciones procesales en sede de revisión 29. Mediante auto de octubre 4 de 2017, la Corte Constitucional ofició a la Lotería de Santander para que remitiera información relativa a la situación laboral o contractual de la cónyuge del tutelante. La entidad, mediante comunicación de octubre 11 de 2017, señaló que, para el día 16 de enero de 2016, la señora Nelly Ruiz Sanabria, cónyuge del tutelante, se encontraba vinculada laboralmente con la Lotería Santander, en el cargo de Subgerente Financiera con una asignación básica mensual un poco superior a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes, para el año 2017 [35] .

30. La Corte Constitucional, mediante auto de noviembre 16 de 2017, puso a disposición de las partes la información de que da cuenta el f.j. anterior, para que se pronunciaran, si lo consideraban necesario. Las partes guardaron silencio acerca del documento puesto a disposición, tal como se indica en la constancia secretarial de diciembre 1 de 2017.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL 1. Competencia 31. La Corte Constitucional es competente para proferir la sentencia de reemplazo, ante la declaratoria de nulidad de la Sentencia T-685 de 2016, de conformidad con lo previsto en el artículo 49 del Decreto 2067 de 1991, el artículo 134 del Código General del Proceso (CGP), que subrogó el artículo 142 del Código de Procedimiento Civil (CPC), aplicable por remisión del artículo 4 del Decreto 306 de 1992, el artículo 106 del Reglamento de la Corte (Acuerdo 2 de 2015) y lo dispuesto en el Auto 362 de 2017, previamente citado.

2. Problemas jurídicos 32. Le corresponde a la Sala Plena establecer, por un lado, si la acción de tutela es procedente, por satisfacer los requisitos de legitimación, inmediatez y subsidiariedad (problema jurídico de procedibilidad). De otro lado, en caso de que proceda y para efectos de unificación jurisprudencial, en los términos del artículo 61 del Reglamento de la Corte, en primer lugar, determinar si los empleados públicos de libre nombramiento y remoción gozan de estabilidad laboral reforzada. En segundo lugar, para los mismos fines de unificación, establecer si cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, puede considerarse que la persona en esta situación es beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable. Estos dos corresponden a los problemas jurídicos sustanciales del caso .

3. Análisis del problema jurídico de procedibilidad 33. La acción de tutela fue concebida como un mecanismo de protección inmediato, oportuno y adecuado para las garantías fundamentales, frente a situaciones de amenaza o vulneración, ya fuera por la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares en casos excepcionales. De lo dispuesto por el artículo 86 de la Constitución y el Decreto 2591 de 1991 se ha considerado, pacíficamente, por esta Corte, que son requisitos para la procedencia o estudio de fondo de la acción de tutela la acreditación de legitimación en la causa, un ejercicio oportuno (inmediatez) y un ejercicio subsidiario.

3.1. Legitimación en la causa 34. Con relación al requisito de legitimación en la causa por activa [36] , el tutelante es el titular de los derechos fundamentales que alega como vulnerados, a la estabilidad laboral reforzada, seguridad social y mínimo vital y móvil. Con relación a la legitimación en la causa por pasiva [37] , la Dirección de Tránsito y Transportes de Bucaramanga (Santander) es la entidad estatal a la que la parte actora le atribuye la violación de sus garantías fundamentales, al haber desconocido su calidad de “prepensionable” al momento de declararlo insubsistente en el cargo de Secretario General Grado 02 Código 054, Nivel Directivo, de libre nombramiento y remoción.

3.2. Inmediatez 35. En cuanto a la inmediatez, la acción se ejerció de manera oportuna, si se tiene en cuenta que entre la ocurrencia de la presunta violación de las garantías fundamentales alegadas, que corresponde a los hechos descritos en el f.j.

5 (5 de enero de 2016), y la presentación de la acción de tutela (19 de enero de 2016) transcurrió menos de 1 mes, periodo que se considera razonable, según el precedente de esta Corte [38] .

3.3. Subsidiariedad 36. La protección de los derechos constitucionales fundamentales no es un asunto reservado a la acción de tutela [39] . Con fundamento en la obligación que el artículo 2 de la Constitución impone a las autoridades de la República, de proteger a todas las personas en sus derechos y libertades, los distintos mecanismos judiciales previstos en la ley han sido establecidos para garantizar la vigencia de los derechos constitucionales, incluidos los de carácter fundamental. De ahí que la Constitución defina la tutela como un mecanismo subsidiario frente a los demás medios de defensa judicial, los cuales son, entonces, los instrumentos preferentes a los que deben acudir las personas para lograr la protección de sus derechos, tal como disponen el inciso 3º del artículo 86 de la Constitución Política, el numeral 1 del artículo 6 y el inciso 1° del artículo 8 del Decreto 2591 de 1991:

“Artículo 86. […] Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable ”.

“Artículo 6. Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable . La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia , atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante”.

“Artículo 8. La tutela como mecanismo transitorio. Aun cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable ” (resalto fuera de texto).

37. En consecuencia, los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela no son simples formalidades o injustificados elementos de los cuales los jueces pueden prescindir, en particular, el de su carácter subsidiario [40] .

El Juez Constitucional, en un Estado Social de Derecho, se encuentra sujeto a la juridicidad (artículos 1, 2, 4 y 230 de la Constitución) y al principio de legalidad (artículos 6 y 123 de la Constitución), medios principales para asegurar el equilibrio de poderes en el ordenamiento jurídico. Por tanto, les corresponde ejercer su labor de garantes de la Constitución y de protectores de los derechos constitucionales en el marco de sus competencias, que para el estudio del carácter subsidiario de la acción de tutela supone considerar lo dispuesto por las disposiciones en cita. De ello se deriva su deber de valorar, en cada situación, la existencia y eficacia de otros mecanismos judiciales principales, para efectos de garantizar una protección cierta y suficiente de los derechos constitucionales fundamentales, por medio de la acción de tutela [41] .

38. En el presente asunto, el mecanismo judicial principal para la garantía de los derechos invocados por el tutelante es el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, que regula el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso -CPACA-, pues permite cuestionar la constitucionalidad y legalidad del acto administrativo que declaró insubsistente el cargo del accionante, con plena garantía del debido proceso. En ejercicio de este es posible que el Juez de lo Contencioso Administrativo, con fundamento en la jurisprudencia constitucional, valore si, efectivamente, el tutelante podía ser sujeto de protección constitucional en virtud de la figura de la “prepensión” [42] .

Es prima facie eficaz pues, en el marco del proceso contencioso administrativo, es posible solicitar una de las múltiples medidas cautelares de que trata el artículo 230 de esta codificación, incluso desde el momento de presentación de la demanda [43] , en caso de que se pretenda la garantía provisional de los derechos comprometidos al interior de la actuación administrativa que se cuestiona.

Entre estas, es posible exigir la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo que se considera vulnera los derechos fundamentales que alega la parte actora [44] .

39. Ahora bien, puesto que en este tipo de asuntos formalmente existe otro medio o recurso de defensa judicial, para efectos de la garantía de los derechos constitucionales fundamentales, de conformidad con las disposiciones previamente citadas, que regulan el carácter subsidiario de la acción de tutela, es necesario apreciar, en concreto, la existencia del mecanismo "en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante" . Estas exigen valorar la situación personal del tutelante en relación con la pretensión en sede de tutela.

40. El accionante pretende que se proteja su condición de prepensionable, para lo cual exige el reintegro a su labor, con el fin de permanecer en el cargo por 3 años más, hasta tanto cumpla la edad de 62, necesaria para acceder al reconocimiento de su pensión de vejez en el Sistema General de Pensiones. Para la fecha en que se profiere esta sentencia, febrero de 2018, han transcurrido un poco más de 2 años desde que el tutelante interpuso la acción. Dada esta circunstancia y la exigencia de protección inmediata, en atención a que el plausible amparo que pudiera brindarse al accionante sería por el término restante para exigir su derecho pensional, considera la Corte satisfecho el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela.

41. En efecto, a pesar de que se considerara procedente, de manera transitoria el amparo constitucional, el término para una decisión definitiva por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo únicamente tendría una finalidad resarcitoria, de considerarse inválido el acto de declaratoria de insubsistencia del señor Serrano Ardila. Esto es así si se tiene en cuenta que, de un lado, el acceso a esta jurisdicción, en este tipo de asuntos, supone el agotamiento previo del requisito de conciliación prejudicial ante la Procuraduría General de la Nación. De otro, solo luego es posible la presentación de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho y, con posterioridad, su admisión por el Juez de lo Contencioso Administrativo, que si bien puede proferir una orden de suspensión de los efectos del acto que se demanda, no es posible inferir, razonablemente, que estas actuaciones se cumplan en un término inferior a 1 año. Por tanto, ante este panorama, no es posible afirmar que el tutelante disponga de un medio de defensa judicial, si se tiene en cuenta que esta inferencia supone un análisis de su existencia en concreto, " en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante" , de conformidad con lo dispuesto por el apartado final del numeral 1 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991.

4. Análisis del primer problema jurídico sustancial, relativo al a lcance de la estabilidad laboral reforzada para los servidores públicos que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción 42.

La resolución del primer problema jurídico sustancial, a que se hizo referencia en el numeral 2 supra , supone, como seguidamente se precisa, unificar la jurisprudencia constitucional en cuanto a si los servidores públicos que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción gozan de estabilidad laboral reforzada.

43. Para la Sala Plena, con fines de unificación jurisprudencial, por regla general, los empleados públicos de libre nombramiento y remoción no gozan de estabilidad laboral reforzada. Para efectos de fundamentar esta primera regla de unificación jurisprudencial se hace referencia a la normativa que regula esta categoría especial de servidores públicos, a su delimitación cuando ejercen función administrativa y a las razones relevantes para su justificación.

44. De conformidad con lo dispuesto por los artículos 123 y 125 de la Constitución, los empleados públicos, una de las especies del género "servidor público", pueden ser (i) de carrera, (ii) de elección popular o (iii) de libre nombramiento y remoción. Dentro de esta última especie, sin perjuicio de lo especialmente dispuesto para los regímenes especiales de carrera [45] , el numeral 2 del artículo 5 de la Ley 909 de 2004 [46] reguló 6 criterios para clasificar estos empleos.

45. Según el primer criterio , son de libre nombramiento y remoción los empleos "de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices" (literal a) o, como los denomina el literal

siguiente, “los altos funcionarios del Estado” . Esta categoría de servidores públicos, en los términos del artículo 5.2.a de la Ley 909 de 2004, integra a los empleos públicos de más alto nivel jerárquico al interior de la Rama Ejecutiva del Poder Público y de los Órganos de Control, en la administración central [47] y descentralizada [48] del nivel nacional, en la administración central y órganos de control del nivel territorial [49] , y en la administración descentralizada del nivel territorial [50] .

Dada esta condición, les corresponde la dirección, conducción y orientación de las entidades estatales de las que hacen parte. En atención a su alta calidad y elevadas responsabilidades, se trata de los empleos públicos que exigen el máximo grado de confianza por parte de sus nominadores y, por tanto, de discrecionalidad en cuanto a su nombramiento y remoción.

46. De conformidad con el segundo criterio , son de libre nombramiento y remoción, “Los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza, que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato de los altos funcionarios del Estado, siempre y cuando, tales empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos” (literal b).

Esta categoría incluye aquellos empleos de “especial confianza” que se encuentran “adscritos” a los despachos de algunos de los órganos que integran la primera categoría (“los altos funcionarios del Estado”) en la administración central y descentralizada del nivel nacional, en la administración central y órganos de control del nivel territorial, y en la administración descentralizada del nivel territorial. Esta categoría, además, incluye, en la Administración Central del Nivel Nacional, algunos empleos adscritos a los despachos de algunos servidores públicos de los órganos de seguridad (Policía Nacional y Fuerzas Militares), “en razón de la necesaria confianza intuitu personae requerida en quienes los ejerzan, dado el manejo que debe dársele a los asuntos sometidos al exclusivo ámbito de la reserva, del orden público y de la seguridad nacional” ; los empleos del servicio administrativo en el exterior con nacionalidad diferente de la colombiana y al personal de apoyo en el exterior adscritos al Ministerio de Relaciones Exteriores; y, finalmente, en el Congreso de la República, los previstos en la Ley 5ª de 1992 [51] .

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

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

49. Son, también, de libre nombramiento y remoción, según el quinto criterio , “los empleos que cumplan funciones de asesoría en las Mesas Directivas de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales” (literal e).

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

51. Esta Corte, en múltiples oportunidades, se ha pronunciado acerca del distinto origen constitucional de los empleos de carrera administrativa y de libre nombramiento y remoción. Entre otras, en las sentencias C-023 de 1994, C-195 de 1994, C-514 de 1994 y C-306 de 1995 señaló que correspondía al legislador determinar cuáles cargos debían exceptuarse del régimen general de carrera administrativa y considerarse de libre nombramiento y remoción. Con relación a los fundamentos constitucionales de este tratamiento excepcional para el segundo tipo de empleados públicos, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-514 de 1994, precisó que estos debían obedecer a dos tipos de criterios:

(i) bien, a la naturaleza de las funciones, (ii) ora, al grado de confianza para el ejercicio de las funciones. Con relación al primero, “ un cargo de libre nombramiento y remoción debe referirse a funciones directivas, de manejo, de conducción u orientación institucional” . Con relación al segundo, indicó que, “los cargos de libre nombramiento y remoción deben implicar un alto grado de confianza, es decir, de aquella que por la naturaleza misma de las funciones a realizar demanda un mayor grado de reserva por parte de la persona que las cumple” . Se trata, entonces, de criterios alternativos, de orden constitucional, que permiten al Legislador atribuir a un determinado empleo público el carácter de libre nombramiento y remoción .

52. En sentido semejante, la Sala Plena, en un apartado que constituye obiter dictum de la Sentencia SU-539 de 2012, señaló que aquella facultad del Legislador es excepcional, al constituir una limitación a la regla constitucional de la “carrera administrativa”, como forma de ingreso primordial a la función pública. Señaló:

“ Sin embargo, en virtud de la propia Constitución, los cargos de libre nombramiento y remoción se exceptúan de esa regla general. Ahora bien, la validez constitucional de definir un cargo como de libre nombramiento y remoción depende de si tal definición satisface las siguientes condiciones: (i) esa denominación tiene fundamento legal, lo que en el caso de la carrera judicial implica que los cargos de libre nombramiento y remoción deben ser definidos por el legislador de manera expresa, pues se entiende que son de carrera los cargos que no se encuentren previstos en una ley como de libre nombramiento y remoción; (ii) se trata de un cargo que cumple funciones directivas, de manejo, de conducción u orientación institucional; y, (iii) para el ejercicio del cargo se hace necesario un grado de confianza mayor al que se predica de la función pública ordinaria, dada la trascendencia de las tareas encomendadas” .

53. Estas razones, asociadas, bien al ejercicio de funciones de dirección, conducción u orientación institucional, ora de un alto grado de confianza, justifican no solo la excepción a la regla constitucional de ingreso por concurso a la carrera administrativa, sino que también habilita un tratamiento distinto en la aplicación de los distintos fueros de estabilidad laboral, entre ellos el de “prepensión”, en los términos de la primera regla de unificación de esta sentencia. En consecuencia, tal como allí se indicó, por regla general, los empleados públicos de libre nombramiento y remoción, que relaciona el numeral 2 del artículo 5 de la Ley 909 de 2004, no gozan de estabilidad laboral reforzada como consecuencia, bien, de las funciones a su cargo o de la suma confianza que exige su labor.

4.1. Aplicación de la primera regla de unificación jurisprudencial al caso en concreto 54. En aplicación de la primera regla de unificación jurisprudencial, le corresponde analizar a la Sala Plena si el empleo que desempeñaba el accionante en la Dirección de Tránsito y Transportes de Bucaramanga era de libre nombramiento y remoción, en los términos del numeral 2 del artículo 5 de la Ley 909 de 2004, caso en el cual no gozaría de estabilidad laboral reforzada.

55. El empleo que ejercía el accionante era el de Secretario General, Grado 02, Código 054, Nivel Directivo, de libre nombramiento y remoción, en la Dirección de Tránsito y Transportes de Bucaramanga. De conformidad con lo dispuesto por el literal a) del numeral 2 del artículo 5 de la Ley 909, el empleo de “Secretario General” , en la Administración Descentralizada del Nivel Territorial (a la que pertenece la Dirección de Tránsito y Transportes de Bucaramanga), es de libre nombramiento y remoción, por corresponder a un cargo de “dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices” [52] . Esta adscripción del cargo es, además, coherente con la ficha de caracterización de este, a que se hizo referencia en el f.j.

2 [53] , y el abundante material probatorio que da cuenta de las actividades de representación de la entidad que realizaba el tutelante (cfr., f.j.

3). 56. Este tipo de empleos, tal como se indicó supra , exigen el máximo grado de confianza por parte de sus nominadores y, por tanto, de discrecionalidad en cuanto a su nombramiento y remoción. Por tanto, extender la protección individual de la garantía de estabilidad laboral reforzada a estos servidores supondría desconocer, de modo absoluto , la

finalidad o naturaleza de estos empleos, la cual se ha considerado ajustada a la Constitución, entre otras, en las sentencias C-195 de 1994 y C-514 de 1994. En la primera, se señala como razón suficiente para su existencia el que en su ejercicio se exija una confianza plena y total, y que se atribuye su poder de nominación y remoción a servidores que ejercen una función eminentemente política. En la segunda se indica que dicha confianza se refiere a la "inherente al manejo de asuntos pertenecientes al exclusivo ámbito de la reserva y el cuidado que requieren cierto tipo de funciones, en especial, aquellas en cuya virtud se toman las decisiones de mayor trascendencia para el ente de que se trata".

Son, pues, estos dos criterios, de manera fundamental, los que ha considerado relevantes la jurisprudencia constitucional para justificar la validez constitucional de este tipo de empleos: uno de índole material, en razón a las funciones que desarrollan, y, otro, de índole subjetivo, que da cuenta del alto grado de confianza que exige su ejercicio .

57. Por tanto, en consideración a la identidad del cargo de la parte actora con aquellos respecto de los cuales no se predica la garantía de estabilidad laboral reforzada, concluye la Sala Plena que el tutelante no goza de esta y, por tanto, la acción de tutela no está llamada a prosperar. Si bien, este análisis sería suficiente para concluir el estudio de constitucionalidad, debe la Corte precisar que, en el caso del tutelante, tampoco se acreditó la condición de "prepensionable", situación que le permite a la Sala pronunciarse acerca del segundo problema jurídico sustancial, relativo al alcance de esta figura.

5. Análisis del segundo problema jurídico sustancial, relativo al a lcance de la figura de "prepensionable" 58. La resolución del segundo problema jurídico sustancial, a que se hizo referencia en el numeral 2 supra , supone, como seguidamente se precisa, unificar la jurisprudencia constitucional en cuanto a lcance del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable. Para tales efectos, debe la Sala Plena determinar si cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, puede considerarse que la persona en esta situación es beneficiaria de dicha garantía de estabilidad laboral reforzada.

59. Para la Sala Plena, con fines de unificación jurisprudencial, cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, no hay lugar a considerar que la persona es beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, dado que el requisito faltante de edad puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente. En estos casos, no se frustra el acceso a la pensión de vejez. Para fundamentar esta segunda regla de unificación jurisprudencial se hace referencia a la jurisprudencia constitucional que ha desarrollado la figura y a su finalidad específica, en aras de determinar por qué, en el supuesto de unificación, no se frustra el acceso a la pensión de vejez.

60. Conforme a los pronunciamientos de las distintas Salas de Revisión de esta Corte [54] , la figura de la "prepensión" es diferente a la del denominado "retén social", figura de origen legal, que opera en el contexto de la renovación, reestructuración o liquidación de entidades públicas [55] . La "prepensión", según la jurisprudencia de unificación de esta Corte, se ha entendido en los siguientes términos:

" […] en l a jurisprudencia constitucional se ha entendido que las personas beneficiarias de la protección especial, es decir los prepensionados, serán aquellos servidores que cumplan con los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez dentro de los tres años siguientes o, en otras palabras, aquellos a los que les falte tres años o menos para cumplir los requisitos que les permitirían acceder a la pensión de jubilación o vejez" [56] .

61. Así las cosas, en principio, acreditan la condición de "prepensionables" las personas vinculadas laboralmente al sector público o privado, que están próximas (dentro de los 3 años siguientes) a acreditar los dos requisitos necesarios para obtener la pensión de vejez (la edad y el número de semanas -o tiempo de servicio- requerido en el Régimen de

Prima Media con Prestación Definida o el capital necesario en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad) y consolidar así su derecho a la pensión.

62. La “prepensión” protege la expectativa del trabajador de obtener su pensión de vejez, ante su posible frustración como consecuencia de una pérdida intempestiva del empleo. Por tanto, ampara la estabilidad en el cargo y la continuidad en la cotización efectiva al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, para consolidar los requisitos que le faltaren para acceder a su pensión de vejez.

63. Igualmente, tal como lo ha considerado esta Corte, en especial en relación con los cargos de libre nombramiento y remoción, en aquellos supuestos en los que solo resta el requisito de edad (dado que se acredita el número de semanas de cotización o el tiempo de servicio, en el caso del Régimen de Prima Media con Prestación Definida), no se ha considerado que la persona sea titular de la garantía de “prepensión”, en la medida en que la consolidación del derecho pensional no está sujeta a la realización de cotizaciones adicionales al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones [57] .

64. En consecuencia, cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de la edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, en caso de desvinculación, no se frustra el acceso a la pensión de vejez, de allí que no haya lugar a considerar que la persona sea beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, dado que el requisito faltante, relativo a la edad, puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente.

5.1. Aplicación de la segunda regla de unificación jurisprudencial al caso en concreto 65. El accionante ha cotizado más de 1300 semanas; por tanto, acredita el mínimo que se requiere para acceder a la pensión de vejez. En consecuencia, no se encuentra en riesgo la consolidación de su expectativa pensional. Esta no podría frustrarse en la medida en que la única exigencia restante es el cumplimiento de la edad, condición que puede acreditar con o sin vinculación laboral vigente [58] .

En efecto, tal como tuvo oportunidad de plantearse en el numeral anterior, no existe un riesgo cierto, actual e inminente que impida la consolidación del derecho pensional, pues esta no se encuentra sujeta a la realización de cotizaciones adicionales al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones [59] .

66. En conclusión, de conformidad con el razonamiento expuesto en el numeral 4.1 supra y la fundamentación del f.j. anterior, en el presente caso ni el accionante gozaba de estabilidad laboral reforzada, como tampoco acreditaba la condición de prepensionable. Por una parte, el cargo que desempeñaba era uno de libre nombramiento y remoción, que correspondía a aquellos de “dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices” . Por otra parte, no se acreditó el riesgo de frustración de su derecho pensional al comprobarse que había cotizado el mínimo de semanas necesarias para acceder a su pensión de vejez, y únicamente le restaba el requisito de edad.

6. Síntesis de la decisión 67. La Sala Plena de la Corte Constitucional considera que, por regla general, los empleados públicos de libre nombramiento y remoción, no gozan de estabilidad laboral reforzada. Con fundamento en esta premisa general analiza, en sentencia de reemplazo, el caso del tutelante que desempeñaba el cargo de Secretario General de la Dirección de Tránsito y Transportes de Bucaramanga, Santander. Enfatiza que la regla se tornaba mucho más estricta en relación con los empleados de “dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices” , de que trata el literal a) del numeral 2 del artículo 5 de la Ley 909 de 2004, pues se refiere a los empleos públicos del más alto nivel jerárquico en la Rama Ejecutiva del poder público y de los Órganos de Control, en la administración central y descentralizada tanto del nivel nacional, como territorial, a los que les corresponde la dirección, conducción y orientación de las entidades estatales de las que hacen parte. En atención a su alta calidad y elevadas

responsabilidades, se trata de los empleos públicos que exigen el máximo grado de confianza por parte de sus nominadores y, por tanto, de discrecionalidad en cuanto a su nombramiento y remoción.

68. Adicionalmente, considera la Sala Plena que cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez sea el de edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, no hay lugar a considerar que la persona sea beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, dado que el requisito faltante de edad puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente. En estos casos, considera la Corte que no se frustra el acceso a la pensión de vejez.

69. Con fundamento en estas dos razones, la Corte niega el amparo solicitado. III. DECISIÓN En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política, RESUELVE Primero. REVOCAR la sentencia del 26 de abril de 2016, proferida por el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Bucaramanga (Santander), en el proceso de tutela que promovió Alfonso Serrano Ardila en contra la Dirección de Tránsito y Transportes de Bucaramanga y, en su lugar, NEGAR la acción de tutela, por las razones expuestas en la parte motiva.

Segundo. LEVANTAR la suspensión de términos en el expediente de tutela de que trata esta sentencia. Tercero. LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Comuníquese y cúmplase, LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ Presidente CARLOS BERNAL PULIDO Magistrado DIANA FAJARDO RIVERA Magistrada ALEJANDRO LINARES CANTILLO Magistrado ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO Magistrado GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO Magistrada CRISTINA PARDO SCHLESINGER Magistrada JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS Magistrado ALBERTO ROJAS RÍOS Magistrado Con aclaración de voto MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ Secretaria General ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO ALBERTO ROJAS RÍOS A LA SENTENCIA SU003/18 TEST DE VULNERABILIDAD-Aplicación a modo de obiter dicta perjudica considerablemente los derechos fundamentales de las personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, como quiera que con el mismo no serán sujetos de especial protección por el hecho de pertenecer al grupo vulnerable (Aclaración de voto) El test de vulnerabilidad perjudica considerablemente los derechos fundamentales de las personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, como quiera que con el mismo no serán sujetos de especial protección por el hecho de pertenecer al grupo vulnerable, sino que deberán acreditar dos requisitos más que harán prácticamente imposible su reconocimiento, visibilización y protección constitucional Ref.: Expediente No.:

T- 5.712.990. Acción de tutela instaurada por Alfonso Serrano Ardila contra la Dirección de Tránsito de Bucaramanga. Magistrado Ponente: CARLOS BERNAL PULIDO Si bien comparto la decisión adoptada por la Sala Plena de esta Corte, en cuanto es acertada la improcedencia de la acción en el caso de la referencia, de la manera más respetuosa expondré, a continuación, los motivos por los cuales aclaro mi voto en relación con el “test de vulnerabilidad”, utilizado a modo de obiter dictum , en los sujetos de especial protección constitucional, del cual disiento abiertamente.

1. Contenido de la sentencia En el fallo en cuestión se abordó el estudio de la acción de tutela interpuesta por Alfonso Serrano Ardila contra la Dirección de Tránsito de Bucaramanga, en tanto el actor consideró vulnerados sus derechos fundamentales a la “ estabilidad laboral reforzada, seguridad social y mínimo vital y móvil”, a partir de la declaración de insubsistencia de su nombramiento [60] , en el cargo de “ Secretario General, Código 054, Grado 02, Nivel Directivo, adscrito a la planta de Director General de Libre Nombramiento y remoción”, situación que, aseguró el actor, desconoció su condición de “prepensionable” [61] .

En la sentencia se analizaron los derechos fundamentales presuntamente conculcados al actor, y la tesis se enfiló en determinar, en primer lugar, si la actuación realizada por la entidad descentralizada del nivel territorial, era violatoria de

las garantías superiores del accionante, al ser un empleado de libre nombramiento y remoción, de cara a los lineamientos contenidos en el literal a) del numeral 2 del artículo 5 de la Ley 909 de 2004 y en los artículos 16 y 4.1 del Decreto 785 de 2005, para establecer si se acreditaba la condición de prepensionable del tutelante.

La Sala decidió con atino revocar la sentencia de segunda instancia y, en su lugar, declarar improcedente la acción de tutela, dado que el actor cuenta con otro mecanismo de defensa judicial de sus garantías superiores y concluyó que la Dirección de Tránsito y Transporte de Bucaramanga "no vulneró los derechos fundamentales del actor, al no acreditarse la condición de prepensionable del tutelante".

La Corte determinó que el cargo desempeñado por el actor, al ser de libre nombramiento y remoción y al corresponder a la categoría de " dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices ", es de aquellos de los cuales, no se predica la garantía de " prepensión", por tanto, no pertenece al grupo de especial protección Constitucional, y en este orden de ideas no se satisface el requisito de subsidiaridad, de conformidad a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991.

En ese sentido, al examinar los requisitos de procedibilidad de la acción de amparo, se advirtió que no se agotó previamente el procedimiento idóneo para la defensa de sus derechos, tendiente a cuestionar el acto administrativo que lo declaró insubsistente, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo [62] .

No obstante, reparo con asombro la consideración que pretende hacer más gravoso el reconocimiento de los sujetos de especial protección constitucional, pues, a modo de obiter dictum , se expone que para su análisis se precisa la acreditación de tres condiciones: (i) que el accionante pertenezca a un grupo de especial protección constitucional, como lo ha reconocido de antaño la jurisprudencia de esta Corporación; (ii) que se encuentre en una " situación de riesgo (condición subjetivo negativa);

y, (iii) que carezca de resiliencia, es decir, capacidad para asumir sus necesidades hasta tanto agota la vía judicial ordinaria (condición subjetivo positiva)" .

2. Motivos de aclaración de voto En reiteradas ocasiones, esta Corporación se ha pronunciado respecto a la naturaleza subsidiaria y excepcional de la acción de tutela. En los precisos términos del inciso 3° del artículo 86 constitucional, " esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable" .

Del mismo modo, en concordancia con lo establecido en el numeral primero del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 [63] se desprende que existen dos hipótesis en las cuales la jurisprudencia constitucional ha exceptuado el principio de subsidiariedad: (i) cuando a pesar de la existencia de otros mecanismos judiciales, estos no resultan eficaces e idóneos para la protección inmediata de los derechos fundamentales invocados, y (ii) cuando al tener certeza de la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable por la situación específica del solicitante, se hace necesaria la intervención del juez de tutela para evitarlo de manera transitoria.

I gualmente, se ha decantado a través de la jurisprudencia [64] que el examen de procedencia de la tutela debe ser más flexible cuando están comprometidos derechos fundamentales de sujetos de especial protección, o en circunstancias de debilidad manifiesta [65] .

En desarrollo del derecho fundamental a la igualdad, el Estado (entiéndase tribunales de justicia) les debe garantizar a estas personas un tratamiento diferencial positivo y analizar los requisitos de subsidiariedad e inmediatez desde una óptica menos estricta, pues en estos casos el actor experimenta una dificultad objetiva y constitucionalmente relevante para soportar las cargas procesales que le imponen los medios ordinarios de defensa judicial [66] .

Significa lo anterior que el juez constitucional debe apreciar una amenaza o vulneración sobre un derecho fundamental cierto en cabeza del actor, derivadas de la situación específica que plantea, sin la imposición de exigencias adicionales que hagan más gravosa su condición. Dada la situación de debilidad manifiesta en que se hallan estos sujetos de especial protección constitucional, esta Corporación ha reconocido que están "en una posición de desigualdad material con respecto al resto de la población" motivo por el cual se ha considerado que " la pertenencia a estos grupos poblacionales tiene una incidencia directa en la intensidad de la evaluación del perjuicio, habida cuenta de que las condiciones de debilidad manifiesta obligan a un tratamiento preferencial en términos de acceso a los mecanismos judiciales de protección de derechos, a fin de garantizar la igualdad material a través de discriminaciones afirmativas a favor de tales grupos (…)" [67] .

Valga resaltar que los sujetos de especial protección constitucional son " aquellos individuos que por sus condiciones especiales, ya sea de precariedad económica, de pobreza, de marginalidad, o de ciertas condiciones físicas o psicológicas determinadas son objeto de discriminación, o se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta o de inferioridad lo que los convierte en titulares del derecho a obtener una mayor protección por parte del Estado y la sociedad en aras de que se logre garantizar la igualdad material " [68] .

Así las cosas, y del análisis de procedencia de la acción de tutela que se llevó a cabo en la presente sentencia, como mecanismo subsidiario, me encuentro en desacuerdo respecto del novedoso "test de vulnerabilidad" que se propuso para examinar la procedencia del resguardo deprecado, en la medida que su aplicación implica una carga adicional y desproporcionada para los denominados sujetos de especial protección constitucional [69] , toda vez que antepone la acreditación concurrente de tres condiciones [70] , cuando de vieja data ha bastado con constatar al menos una de ellas para reconocer el estado de vulnerabilidad, lo cual, sin lugar a dubitación alguna, hace más gravosa su situación, en pugna con el principio de igualdad y el acceso a la administración de justicia.

Estimo que admitir la aplicación de tales directrices desconoce la jurisprudencia constitucional y cierra la puerta para que dichos individuos acudan a este trámite excepcional a invocar la salvaguarda de sus derechos ius fundamentales, además de que se cercena la posibilidad de obtener un amparo oportuno y eficaz.

En conclusión, este test, aplicado a modo de obiter dictum , perjudica considerablemente los derechos fundamentales de l as personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, como quiera que con el mismo no serán sujetos de especial protección por el hecho de pertenecer al grupo vulnerable, sino que deberán acreditar dos requisitos más que harán prácticamente imposible su reconocimiento, visibilización y protección constitucional.

Fecha ut supra , ALBERTO ROJAS RÍOS Magistrado [1] La Sala de Selección fue integrada por las magistradas María Victoria Calle Correa y Gloria Stella Ortiz Delgado (fl. 3 a 8, Cno. 8). Los nueve cuadernos que integran el expediente de tutela fueron allegados por el Juzgado Veintidós Civil Municipal de Bucaramanga al despacho del Magistrado ponente, tal como aparece en la constancia secretarial que obra a fl. 160 del cuaderno principal de nulidad ante la Corte Constitucional.

[2] Fls. 238 y 243 a 244 Cno. 1. [3] Certificaciones a folios 254, 256, 257, 258 Cuaderno 1. [4] Fl. 20 Cno. 1. [5] Fl. 224 Cno. 1. [6] Ibíd.

[7] Actuó en esta calidad en, por lo menos, 11 ocasiones, tal como dan cuenta de ello las siguientes resoluciones: 116 de 2012 (fl. 280 Cno. 1), 311 de 2012 (fl. 282 Cno. 1), 319 de 2012 (fl. 283 Cno. 1), 002 de 2013 (fl. 285 Cno. 1), 083 de 2013 (fl. 298 Cno. 1), 460 de 2014 (fl.

351 Cno. 1), 080 de 2014 (fl. 364 Cno. 1), 107 de 2014 (fl. 365 Cno. 1), 176 de 2014 (fl. 370 Cno. 1), 410 de 2014 (fl. 371 Cno. 1) y 766 de 2015 (fl. 379 Cno.

1). [8] El accionante, en su calidad de Secretario General, fue comisionado en, por lo menos, 12 ocasiones, tal como dan cuenta de ello las siguientes resoluciones: 298 de 2012 (fl. 281 Cno. 1), 051 de 2012 (fl. 290 Cno. 1), 065 de 2013 (fl. 294 Cno. 1), 092 de 2013 (fl. 297 Cno. 1), 379 de 2013 (fl. 312 Cno. 1), 392 de 2013 (fl. 313 Cno. 1), 460 de 2014 (fl.

351 Cno. 1), 520 de 2014 (fl. 352 Cno. 1), 528 de 2014 (fl. 356 Cno. 1), 560 de 2014 (fl. 357 Cno. 1), 705 de 2014 (fl. 360 Cno. 1) y 118 de 2015 (fl. 366 Cno. 1).

[9] Resolución 303 de 2013 (fl. 307 Cno. 1). [10] Fl. 380 Cno. 1. [11] Fl. 406 Cno. 1. [12] Fl. 407 Cno. 1. [13] Fl. 26 Cno. 1. [14] Fl. 128 Cno. 1.

[15] Ibíd. [16] Fl. 129 Cno. 1. [17] Fls. 128, 129, 130 Cno. 1. [18] Se trata de una orden de exámenes médicos, citas de control en otorrinolaringología y fórmulas médicas (fls. 131 a 138 Cno. 1).

[19] Con un canon de arrendamiento mensual de $1’500.000 (fls.139 a 140 Cno. 1). [20] Fl. 142 Cno. 1. [21] El extracto describe los pagos por crédito de vehículo, crédito activo, crédito de libre inversión y tarjeta de crédito platino (fl. 143 Cno. 1).

[22] Se relacionaron las siguientes: Black BBVA (fls. 144 a 145, Cno. 1) que relaciona el uso de la tarjeta para gastos asociados a compra de cartera y pagos en distintos establecimientos de comercio tales como veterinarias, restaurantes, aseguradoras, repuestos de vehículos, llantas, estaciones de gasolina, papelerías, supermercados. Platinum BBVA (fl.

146 Cno. 1), que relaciona el uso de la tarjeta para gastos asociados, entre otros, a boutiques, seguros, tiendas por departamento. Credencial Master Card Banco de Occidente (fl. 147 Cno. 1), que relaciona el uso de la tarjeta para compra de cartera. Credencial Visa Banco de Occidente (fl. 148 Cno. 1), que relaciona el uso de la tarjeta para compra de cartera. Visa Ripley (fl. 149 Cno. 1), que relaciona el uso de la tarjeta para gastos asociados a seguros, repuesto de vehículo, tienda por departamentos, tiendas de hogar, supermercados, artesanías, lavaderos, restaurantes, servicios de Internet, entre otros. Finalmente, el extracto de la tarjeta de crédito Éxito (fl. 151 Cno.

1), que relaciona el uso de la tarjeta para gastos asociados a compras y avances en supermercados. [23] Consulta hecha el día 27 de septiembre de 2017 (fl. 138 Cuaderno principal de nulidad).

[24] Consulta hecha el día 27 de septiembre de 2017 (fl. 140 Cuaderno principal de nulidad). [25] Consulta hecha el día 27 de septiembre de 2017 (fl. 142 Cuaderno principal de nulidad).

[26] La tercera interesada, mediante escrito de marzo 11 de 2016 se pronunció acerca de los fundamentos de la acción de tutela (fls. 178 a 181 Cno. 1) y aportó diferentes elementos probatorios para que fueran allegados al trámite (fls. 182 a 227 Cno. 1).

[27] Fl. 420 Cno. 1. [28] Fl. 12 Cno. 3. [29] Fls. 19 a 20, Cno. 8. [30] Fls. 68 a 71, Cno. 8. [31] La decisión contó con dos votos favorables y un salvamento de voto.

[32] Estas razones se plantearon para fundamentar la inminencia , como uno de los requisitos necesarios para valorar la configuración de un supuesto de perjuicio irremediable. Con relación a la gravedad de la afectación, en consonancia con el alcance dado al anterior requisito, señaló:

“puesto que [sic] al identificarse el hecho constitutivo del perjuicio con la ausencia de recursos económicos suficientes por parte del actor y su grupo familiar, se torna necesario concluir que en este caso se encuentra acreditada la puesta en riesgo del mínimo vital de estas personas” .

[33] Para la Corporación, en el Auto en cita, la “la congruencia interna, supone la armonía entre la parte motiva y la resolutiva del fallo, tendiente a garantizar la certidumbre acerca del alcance de la decisión[34]. Son supuestos, así reconocidos por la jurisprudencia de la Corporación, que atentan contra la congruencia interna, (i) las decisiones

anfibológicas o ininteligibles, (ii) las contradictorias o (iii) las que carecen totalmente de fundamentación en la parte motiva[35]. La constatación de estas tres hipótesis, supone, sin duda, un análisis, no solo de la congruencia entre la parte motiva y la resolutiva, sino, en particular, al interior de la primera, de tal forma que, en aquellos supuestos en que alguno de estos tres eventos se presente y pueda dar lugar a una decisión diferente (esto es, una modificación de la parte resolutiva) se estará en presencia de una decisión contradictoria y, por tanto, susceptible de ser anulada por la Corte" .

[34] Se indicó en el f.j. 44 del Auto en cita: "44. Las tres subreglas a que se hace referencia son las siguientes. Según la primera, el tutelante debe acreditar la calidad de prepensionado.

Según la segunda, el tutelante no puede ejercer un empleo público 'de 'alta dirección', de conformidad con lo señalado en el Decreto 785 de 2005'. Según la tercera, 'las funciones desempeñadas por dicho servidor no deberán corresponder a la formulación, diseño o dirección de las políticas estatuidas por su superior jerárquico y propias del objeto de la entidad'. Se trata, entonces, de una regla de acreditación (la primera) y de dos reglas de exclusión (las dos últimas); esto es, basta que se acredite la primera condición y que no se acrediten las dos restantes" .

[35] Fls. 147 a 156 Cuaderno principal de nulidad. [36] Con relación a este requisito de procedencia, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 dispone:

"Artículo 10. Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

|| También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud ".

[37] Con relación a este requisito, el inciso 1° del artículo 13 del Decreto 2591 de 1991 dispone lo siguiente: "Artículo 13. Personas contra quien se dirige la acción e intervinientes. La acción se dirigirá contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental. Si uno u otro hubiesen actuado en cumplimiento de órdenes o instrucciones impartidas por un superior, o con su autorización o aprobación, la acción se entenderá dirigida contra ambos, sin perjuicio de lo que se decida en el fallo. De ignorarse la identidad de la autoridad pública, la acción se tendrá por ejercida contra el superior" .

[38] La definición acerca de cuál es el término "razonable" que debe mediar entre la fecha de ocurrencia de la presunta afectación de los derechos fundamentales y su cuestionamiento en sede de tutela no ha sido pacífica en la jurisprudencia. Por tal razón, de manera abstracta y previa, este solo puede catalogarse como prima facie , pues su valoración concreta está sujeta a las circunstancias específicas del caso, a las condiciones del tutelante (en especial a su situación concreta de vulnerabilidad), a los intereses jurídicos creados a favor de terceros por la actuación que se cuestiona y a la jurisprudencia constitucional en casos análogos. El término que prima facie se ha considerado como razonable para tal efecto es de 6 meses. Sin embargo, según la jurisprudencia constitucional, por la razón antes mencionada, de conformidad con las circunstancias del caso, este término puede considerarse como excesivo o insuficiente . Con relación a esta última inferencia, cfr.

entre otras, las sentencias T-001 de 1992, C-543 de 1992, SU-961 de 1999, T-575 de 2002, T-526 de 2005, T-033 de 2010 y T-060 de 2016. [39] Cfr., Corte Constitucional, Sentencia T-150 de 2016.

[40] El propósito del Constituyente de 1991 fue hacer de la acción de tutela un mecanismo subsidiario y excepcional, en la medida en que los demás medios judiciales dispuestos por el Legislador fueron considerados los recursos principales para la protección de los derechos de las personas, como una de las expresiones del principio de juez natural . Como se

puede evidenciar en las Gacetas Constitucionales ese fue, precisamente, el elemento distintivo del proyecto que finalmente adoptó la Asamblea Nacional Constituyente, en comparación con los otros 13 que fueron propuestos.

[41] Cfr., Corte Constitucional, Sentencia T-186 de 2017. [42] Para garantizar la protección de los derechos de las personas y preservar la integridad del ordenamiento jurídico, en los supuestos en que aquellos se afecten como consecuencia de las decisiones que adopten las autoridades públicas, sean estas particulares o generales, se ha institucionalizado la jurisdicción de lo contencioso administrativo, tal como lo disponen los artículos 237 de la Constitución y 103 del CAPCA. Este último dispone:

“Los procesos que se adelanten ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tienen por objeto la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley y la preservación del orden jurídico. || En la aplicación e interpretación de las normas de este Código deberán observarse los principios constitucionales y los del derecho procesal” .

Además, la práctica jurisprudencial de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, así como la jurisprudencia de la Corte Constitucional han admitido, de manera pacífica, la competencia del Juez Contencioso Administrativo para declarar, incluso de oficio, la nulidad de los actos administrativos que vulneren derechos fundamentales. Esta es una excepción al carácter rogado de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, que reconoce la supremacía constitucional y la garantía de uno de sus pilares fundamentales: la protección de los derechos fundamentales. Así lo consideró la Corte en la Sentencia C-197 de 1999, en la que analizó el último apartado del numeral 4 del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo –Decreto 01 de 1984- (que hoy se consagra en el numeral 4 del artículo 162 del CPACA), en virtud del cual se imponía a la parte demandante que, cuando se tratara de la impugnación judicial de un acto administrativo debía indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación. En esta sentencia se invocó, además, el precedente contenido en la Sentencia SU-039 de 1997, en virtud del cual, “en caso de violación de derechos fundamentales es posible, aplicando directamente la Constitución Política suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos, así no se invoquen expresamente como fundamento de la suspensión las respectivas normas” . La ratio decidendi de aquella sentencia (C-197 de 1997) ha sido reiterada, por parte de la jurisprudencia de la Corte, entre otras, en las sentencias C-415 de 2012 y C-400 de 2013.

[43] Con relación al procedimiento para la adopción de las medidas cautelares, cfr., lo dispuesto por el artículo 233 del CPACA . [44] La jurisprudencia de esta Corte ha considerado que, por regla general, la acción de tutela es improcedente contra actos administrativos particulares.

Cfr., entre otras, las sentencias T-514 de 2003, T-961 de 2004, T-710 de 2007, T-016 de 2008, T-078 de 2009, T-945 de 2009, T-487 de 2010, T-660 de 2011, T-969 de 2011, T-154 de 2012, T-492 de 2012, T-922 de 2012, T-060 de 2013 y T-030 de 2015.

[45] De conformidad con lo dispuesto por el artículo 3.2 de la Ley 909 de 2004, “Las disposiciones contenidas en esta ley se aplicarán, igualmente, con carácter supletorio, en caso de presentarse vacíos en la normatividad que los rige, a los servidores públicos de las carreras especiales” .

[46] “ [P] or la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones” .

[47] “Ministro; Director de Departamento Administrativo; Viceministro; Subdirector de Departamento Administrativo; Consejero Comercial; Contador General de la Nación;

Subcontador General de la Nación; Superintendente, Superintendente Delegado e Intendente; Director y Subdirector de Unidad Administrativa Especial; Secretario General y Subsecretario General; Director de Superintendencia; Director de

Academia Diplomática; Director de Protocolo; Agregado Comercial; Director Administrativo, Financiero, Administrativo y Financiero, Técnico u Operativo;

Subdirector Administrativo, Financiero, Administrativo y Financiero, Técnico u Operativo, Director de Gestión; Jefes de Control Interno y de Control Interno Disciplinario o quien haga sus veces; Jefe de Oficina, Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, Planeación, Prensa o de Comunicaciones;

Negociador Internacional; Interventor de Petróleos, y Capitán de Puerto. || En la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, además, los siguientes:

Agregado para Asuntos Aéreos; Administrador de Aeropuerto; Gerente Aeroportuario; Director Aeronáutico Regional; Director Aeronáutico de Área y Jefe de Oficina Aeronáutica" .

[48] "Presidente, Director o Gerente General o Nacional; Vicepresidente, Subdirector o Subgerente General o Nacional; Director y Subdirector de Unidad Administrativa Especial; Superintendente; Superintendente Delegado; Intendente; Director de Superintendencia; Secretario General;

Directores Técnicos, Subdirector Administrativo, Financiero, Administrativo y Financiero; Director o Gerente Territorial, Regional, Seccional o Local;

Director de Unidad Hospitalaria; Jefes de Oficinas, Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o Comunicaciones; Jefes de Control Interno y Control Interno Disciplinario o quien haga sus veces; asesores que se encuentren adscritos a los despachos del Superintendente Bancario y de los Superintendentes Delegados y Jefes de División de la Superintendencia Bancaria de Colombia" .

[49] " Secretario General; Secretario y Subsecretario de Despacho; Veedor Delegado, Veedor Municipal; Director y Subdirector de Departamento Administrativo; Director y Subdirector Ejecutivo de Asociación de Municipios; Director y Subdirector de Área Metropolitana;

Subcontralor , Vicecontralor o Contralor Auxiliar; Jefe de Control Interno o quien haga sus veces; Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o de Comunicaciones; Alcalde Local, Corregidor y Personero Delegado" .

[50] "Presidente; Director o Gerente; Vicepresidente; Subdirector o Subgerente; Secretario General; Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o de Comunicaciones y Jefes de Control Interno y Control Interno Disciplinario o quien haga sus veces" .

[51] La norma en cita dispone lo siguiente: " Artículo 5º. Clasificación de los empleos. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de:

[…] 2. Los de libre nombramiento y remoción que correspondan a uno de los siguientes criterios: […] b) Los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza, que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato de los siguientes funcionarios, siempre y cuando tales empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos así: || En la Administración Central del Nivel Nacional: Ministro y Viceministro; Director y Subdirector de Departamento Administrativo; Director y Subdirector de la Policía Nacional;

Superintendente; y Director de Unidad Administrativa Especial. || En las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, los empleos adscritos a las oficinas de comando, de las unidades y reparticiones de inteligencia y de comunicaciones, en razón de la necesaria confianza intuitupersonae requerida en quienes los ejerzan, dado el manejo que debe dársele a los asuntos sometidos al exclusivo ámbito de la reserva, del orden público y de la seguridad nacional, Comandantes y Segundos Comandantes de Fuerza y Jefe del Estado Mayor Conjunto. || En el Ministerio de Relaciones Exteriores los del servicio administrativo en el exterior con nacionalidad diferente de la Colombiana y el personal de apoyo en el exterior. ||

En el Congreso de la República, los previstos en la Ley 5ª de 1992. || En la Administración Descentralizada del Nivel Nacional: Presidente, Director o Gerente General, Superintendente y Director de Unidad Administrativa Especial. || En la Administración Central y órganos de Control del Nivel Territorial: Gobernador, Alcalde Mayor, Distrital , Municipal y Local. || En la Administración Descentralizada del Nivel Territorial: Presidente, Director o Gerente" .

[52] Por su parte, el artículo 16 del Decreto 785 de 2005, que "establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004" , dispone que el empleo de "Secretario General de Entidad Descentralizada" , código "054" , hace parte del "nivel directivo" de las entidades territoriales, el cual "Comprende los empleos a los cuales corresponden funciones de Dirección General, de formulación de políticas institucionales y de adopción de planes, programas y proyectos" (artículo 4.1 del decreto en cita).

[53] Fl. 20 Cno. 1. [54] Cfr., Corte Constitucional, Sentencia SU-897 de 2012. [55] Esta figura, a nivel legal, se consagró en la Ley 790 de 2002, " Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República" .

[56] Corte Constitucional, Sentencia SU-897 de 2012. [57] Con relación a esta problemática, en la Sentencia T-972 de 2014 le correspondió a la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional decidir acerca de la solicitud de reintegro de una exservidora pública, de libre nombramiento y remoción, que ejercía un cargo directivo en la Fiscalía General de la Nación, al considerar que se había desconocido la figura de "prepensión" como consecuencia de su declaratoria de insubsistencia. El problema jurídico a resolver por la Corte fue el siguiente:

"¿Es procedente la acción de tutela para ordenar el reintegro de una empleada pública, nombrada en un cargo de libre nombramiento y remoción, cuando el nominador de la entidad pública a la cual se encontraba vinculada, la declara insubsistente argumentando razones de confianza?" . Para su resolución, la Corte consideró, al analizar si la desvinculación del cargo le ocasionaba un perjuicio irremediable, lo siguiente:

"De igual manera, no está protegida por la legislación que regula el retén social de los prepensionados ya que el retiro del servicio no obedeció a la liquidación o reestructuración de la entidad para la cual laboraba, sino que el mismo ocurrió por razones de confianza; y con la declaratoria de insubsistencia no se le ha impedido cumplir a cabalidad con los requisitos necesarios para acceder a la pensión, ya que para la fecha del retiro la accionante tenía laborados y cotizados más de 26 años, quedándole pendiente solo el cumplimiento de la edad requerida para alcanzar el estatus de pensionada. Con ello desaparece la urgencia de la protección de los derechos invocados por vía de tutela" . Finalmente, en un apartado que constituye obiter dictum de la decisión, se señala:

"Si en gracia de discusión la acción fuera viable, debe la Sala hacer la precisión de que la declaratoria de insubsistencia del cargo de un servidor público que se encontraba vinculada como una empleada de libre nombramiento y remoción, no ocasiona por sí mismo un perjuicio al cual pueda darse el alcance de hecho injustificado. Aceptar lo contrario llevaría a una situación que convertiría en inamovibles los cargos de libre nombramiento y remoción; por tanto, a través de este mecanismo preferente y sumario no se puede ordenar el reintegro solicitado" .

[58] A excepción, claro está, de la frustración de la posible mera expectativa de incremento de la futura mesada pensional, como consecuencia de la cotización de un mayor número de semanas.

[59] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-972 de 2014. [60] Resolución 001 del 5 de enero de 2016 [61] En la medida que había cotizado 1.300 semanas y le restaban menos de 3 años para cumplir con el requisito de edad para obtener su pensión de vejez.

[62] A través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA-.

[63] La acción de tutela no procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.

[64] Sentencia SU-049-2017. [65] Ver por ejemplo sentencias T-719 de 2003 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), T-1042 de 2010 (MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T-167 de 2011 (MP. Juan Carlos Henao Pérez), T-352 de 2011 (M.P Luis Ernesto Vargas Silva), T-206 de 2013 (MP.

Jorge Iván Palacio Palacio) y T-269 de 2013 (MP. María Victoria Calle Correa), entre otras. [66] V er Sentencias T-1316 de 2001 (MP. Rodrigo Uprimny Yepes), T-719 de 2003 (MP.

Manuel José Cepeda Espinosa), T-456 de 2004 (MP. Jaime Araujo Rentería), T-015 de 2006 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), T-515A de 2006 (MP. Rodrigo Escobar Gil), T-700 de 2006 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), T-972 de 2006 (MP.

Rodrigo Escobar Gil), T-167 de 2011 (MP. Juan Carlos Henao Pérez), T-352 de 2011 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva) y T-206 de 2013 (MP. Jorge Iván Palacio Palacio), entre otras.

[67] S entencia T-495 de 2010. [68] Robledo Silva, Paula; Ramírez Cleves, Gonzalo. La jurisprudencia constitucional colombiana en el año 2013: el control de constitucionalidad por sustitución y el amparo reforzado a los sujetos de especial protección constitucional.

Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 2014, nº 18, p. 587-620. [69] Sentencia T- 417 del 25 de mayo de 2010, Sentencia T-495 de 2010 M.P, Sentencia T- 736 de 2013, Sentencia T- 341 de 2012 entre otras.

[70] Hallarse en situación de riesgo, carecer de resiliencia y pertenecer a un grupo vulnerable.

Fuente: Corte Constitucional, relatoría oficial. Documento original: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU003-18.htm
Copia de consulta hecha el 29 de octubre de 2026 desde el texto oficial publicado por la Corte Constitucional. Es informativa: el texto que vale es el que publica la Corte Constitucional.