

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CINCUENTA Y SIETE CIVIL MUNICIPAL**

Bogotá D.C., dieciséis (16) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

Referencia 11001 40 03 057 2022 01278 00 Acción de Tutela

Cumplido el trámite de rigor procede el Despacho a proferir la sentencia que en derecho corresponda.

ANTECEDENTES

1. El señor FERNANDO MENDEZ DIAZ, presentó acción de tutela contra UNIVERSIDAD PEDAGOGICA NACIONAL y el señor ALEJANDRO ALVARES GALLEG0 en calidad de Rector, manifestando vulneración a sus derechos fundamentales al trabajo, mínimo vital, descanso, petición, estabilidad laboral reforzada, y seguridad social.

2. Como fundamentos de hecho, en esencia, adujo:

2.1. El señor Fernando Méndez Díaz de 65 años de edad, fue vinculado laboralmente con la accionada Universidad Pedagógica Nacional desde el 14 de julio de 2014 hasta el 11 de diciembre de 2017, para desempeñarse en el cargo de subdirector de Servicios Generales.

2.2. Desde el 12 de diciembre de 2017, fue nombrado en el cargo de Vicerrector Administrativo Financiero.

2.3. Se encuentra adelantado solicitud de revisión de su historial laboral, en la medida que Colpensiones le advirtió que le faltan varias semanas que no fueron reportadas por los empleadores con los que ha trabajado.

2.4. Advierte que en el reporte del CETIL aparece un total de 1.337,86 semanas, pero en Colpensiones solo están relacionadas 989,57 semanas.

2.5. Seguidamente procedió a radicar solicitudes de revisión de sus tiempos laborales ante el Municipio de Turbo - Antioquia, el Fondo Nacional Hospitalario, el Ministerio de Salud, y Colpensiones.

2.6. Precisa que Colpensiones le informo que a principios del mes diciembre de 2022, se obtendría la revisión solicitada en oportunidad.

2.7. Advierte que en varias oportunidades el rector del claustro universitario a indagado sobre su situación pensional, con ánimo de que este renuncie al cargo que ocupa, insistiendo de forma constante y perturbadora sobre dicho tema, al punto que no encuentra sosiego y tranquilidad para ejercer sus labores.

2.8. Como actos de hostigamiento, se ha negado a responder la solicitud de vacaciones, tras aducir que se encuentra valorando dicha petición.

2.9. Precisa que lleva cinco periodos de vacaciones que han sido suspendidos, tras aducirse que debido a la necesidad del servicio no es viable concederlos.

2.10. De igual forma refiere, que en varias oportunidades el rector de la universidad le ha indicado que requiere que el cargo quede vacante debido que tiene un candidato que cumple con las necesidades de este.

2.11. El 7 de octubre de 2022, presento derecho de petición solicitando que se conceda la totalidad de vacaciones acumuladas, y se reconozca su condición de pre pensionado.

2.12. El 25 de octubre de 2022, la entidad accionada le solicita información sobre las semanas cotizadas en Colpensiones.

2.13. El 31 de octubre de 2022, niega sus solicitudes aduciendo que según el reporte validado ante Colpensiones le faltan 333, 57 semanas para reunir los requisitos de Ley, por ende, no tiene la calidad de pre pensionado. De igual forma, indico que se está analizando desde el punto de vista administrativo, la posibilidad de conceder las vacaciones solicitadas.

2.14. Advierte que su subsistencia y la de su grupo familiar dependen de sus ingresos como empleado de la Universidad Pedagógica, por tanto, no puede acceder a los requerimientos del rector, y presentar su carta de renuncia porque aún no se ha resultado su solicitud de revisión de su historia laboral.

3. Solicitó en consecuencia se protejan los derechos invocados y se le ordene a la accionada Universidad Pedagógica de Colombia que *“..garantice mi estado de pre pensionado hasta tanto Colpensiones informe que me encuentro en la nómina de dicha entidad (...) otorgue el derecho de gozar de los 62 días de las vacaciones causadas y no disfrutadas por interrupción por necesidad del servicio durante los años 2017, 2018, 2019, 2020, 2021, y 2022, disfrute que requiero a partir del 8 de noviembre de 2022 y por el número de días pendientes, al menos por los días pendientes de dos de los periodos más antiguos, los correspondientes a los años 2017 - 2018, y 2018 – 2019 que son 25 días...”*

TRAMITE PROCESAL

1. Admitido el escrito tutelar se ordenó notificar a la accionada para que ejerciera su derecho de defensa. Así mismo, se vinculó al trámite al Colpensiones, la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Ministerio de Trabajo

2. La Universidad Pedagógica Nacional señaló, que el accionante no cumple con los requisitos jurisprudenciales para acceder al fuero de estabilidad laboral reforzada (sentencia SU-003 de 2018), ya que, si bien cuenta con 65 años de edad, no tiene las semanas mínimas de cotización, pues solo tiene reportadas 966,43 faltándole 333,57 semanas, esto es más de 6 años. Adicionalmente precisa, para los cargos de libre nombramiento y remoción no está contemplado dicho amparo, por ende, el señor Fernando Méndez Díaz no puede invocar la protección aducida, ya que actualmente ocupa el cargo de Vicerrector Administrativo y Financiero.

Agregando, que no se vulnerado la intimidad del accionante, ya que la información solicitada sobre su historial laboral resulta necesaria para contestar el derecho de petición, donde se solicita el reconocimiento de la calidad de pre pensionado. De igual forma, se está tratando de organizar el departamento a cargo del accionante, para poder conceder las vacaciones solicitadas, pues no se cuenta con el personal idóneo para asumir dicha Subdirección.

3. El Ministerio de Trabajo manifestó, que resulta improcedente solicitar por vía constitucional reconocimiento peticionado en sede de tutela, al igual que dicha entidad no es la llamada a responder sobre las pretensiones incoadas por el accionante; así mismo advirtió que existe otro mecanismo de defensa judicial para poder reclamar sus derechos, que resulta ser preferente e idóneo para dirimir la queja incoada por el actor como o es el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho.

4. Colpensiones precisó, que sólo puede asumir asuntos que competen a la Administración de Prima Media con Prestación Definida en materia pensional, según lo dispone el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991, por ende, no se configura trasgresión de los derechos deprecados, puesto que la reclamación impetrada no tiene injerencia en sus funciones. Agregando que en oportunidad le comunicó al accionante que revisada su historial laboral, existe inconsistencia en el pago reportado, razón por la cual se procederá a requerir las certificaciones correspondientes a los diferentes empleadores reportados.

5. La Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público indicó, que el competente para solicitar la emisión del bono pensional es COLPENSIONES a nombre o a favor del señor FERNANDO MENDEZ DIAZ. De igual forma, es el Fondo de Pensiones el encargado de actualizar o corregir las inconsistencias que actualmente pueda presentar la historia laboral del accionante, de conformidad con lo establecido en el artículo 20 del Decreto 1513 de 1998 que modificó el artículo 48 del Decreto 1748 de 1995.

De igual forma, precisó que son los empleadores los que deben certificar el tiempo laboral del tutelante en el aplicativo de Cetil, en la medida que ese Ministerio solo es competente para expedir dichos certificados, cuando se trata de personas que prestaron sus servicios a esta entidad (Ministerio de Hacienda y Crédito Público).

Por otro lado, indicó que el señor FERNANDO MENDEZ DIAZ tiene derecho a un bono pensional Tipo B, por ende, no existe obligación alguna a cargo de la Nación en un eventual bono pensional, como quiera que el actor está afiliado a COLPENSIONES, lo que implica que debe cumplir las exigencias que prevé la norma que regula el tema. No obstante, también puede otorgarse la pensión sustitutiva únicamente por los tiempos cotizados (no por los laborados sin cotización), devolviéndose las cotizaciones recibidas.

CONSIDERACIONES

1. La acción de tutela consagrada en la Constitución Política de 1991, se creó como una vía sumaria, preferente, y perentoria para proteger los derechos fundamentales, que hayan sido amenazados o violentados por las autoridades públicas o los particulares. En dicho evento, cualquier sujeto que se encuentre en estado de indefensión y al que se pueda causar un perjuicio irremediable, podrá acudir al juez constitucional en defensa de las prerrogativas conculcadas como mecanismo transitorio, siempre y cuando no disponga de otro medio de defensa judicial. La vía constitucional no sustituye los mecanismos ordinarios principales, ni modifica las reglas de la competencia de los jueces, ni crea instancias adicionales a las existentes.

2. El problema jurídico a dilucidar, se circunscribe a verificar si la UNIVERSIDAD PEDAGOGICA NACIONAL, ha vulnerado los derechos fundamentales al trabajo, mínimo vital, descanso, petición, estabilidad laboral reforzada, y seguridad social del señor FERNANDO MENDEZ DIAZ, porque se ha negado a reconocer la calidad de pre pensionado, y el goce de todos los periodos de vacaciones acumulados.

3. Reiteradamente se ha precisado que el mecanismo extraordinario de tutela no se abre paso cuando no hay una afectación a los derechos fundamentales, pues en tal evento el ordenamiento establece las acciones judiciales a las que habrá de acudirse, salvo que se configure un perjuicio irremediable que amerite el amparo de manera excepcional.

En tal sentido la Corte Constitucional señaló entre otros en fallo T-500 de 2019:

“... La estabilidad laboral de los pre pensionados 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 pre pensionado, sino que se precisa verificar si hubo afectación de los derechos fundamentales. ...”

4. De la misma forma, la Corporación en cita con relación al derecho a la estabilidad laboral reforzada de empleados de libre y nombramiento y remoción que ostenta la calidad de pre pensionado ha sostenido, entre otras, en sentencia SU003 de 2018:

“...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...”

5. El Consejo de Estado, en sentencia del 29 de febrero de 2016, al referirse a los sujetos en condición de pre pensionados, sostuvo que:

“a. La protección especial de estabilidad laboral conferida a quienes están próximos a consolidar el status pensional, es aplicable tanto a empleados en provisionalidad, como a empleados de libre nombramiento y remoción y de carrera, respecto de cualquier escenario que materialice una causal objetiva de retiro del servicio.

b. Al ejercer la potestad discrecional de libre nombramiento y remoción, la administración deberá tener en cuenta que la protección especial de quienes están próximos a consolidar el status pensional es un imperativo constitucional, razón por la cual es necesario que el nominador realice un ejercicio de ponderación entre los derechos fundamentales de los pre pensionados (mínimo vital, igualdad, seguridad social) y la satisfacción del interés general del buen servicio público, con el fin de tomar la decisión más “adecuada a los fines de la norma que la autoriza” y “proporcional a los hechos que le sirven de causa”, buscando en lo posible, armonizar el ejercicio de la facultad discrecional del literal a) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 con las disposiciones que consagran la protección especial de los sujetos que están próximos a pensionarse.

c. La protección especial en razón a la condición de sujeto “pre pensionado”, resulta aplicable siempre y cuando el servidor público esté próximo a pensionarse, es decir, le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez”, por lo tanto, quien para la fecha de retiro del servicio ya tiene consolidado su estatus pensional, no se encuentra en la situación fáctica de sujeto pre pensionable, aunque sí goza de otro tipo de garantía otorgada por el legislador para la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital y seguridad social, la cual se encuentra establecida en la Ley 797 de 2003, en su artículo 9, parágrafo 1, al establecer que los fondos encargados tienen el deber de reconocer la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho, motivo por el cual la persona no quedará desamparada, pues tendrá derecho a disfrutar de la pensión.

Así las cosas, la sola condición de estar próximo a consolidar el estatus pensional no tiene el alcance de enervar la facultad discrecional con que cuenta la administración para retirar del servicio a un empleado de libre nombramiento y remoción, mediante la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, la cual en todo caso deberá ser ejercida bajo la estricta regla consagrada en el artículo 44 del CPACA, es decir, ser

adecuada los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa, buscando armonizar la protección especial del servidor público que está próximo a cumplir los requisitos de su pensión con la finalidad del buen servicio público.

Bajo estos supuestos, la Sala confirmará la decisión del Tribunal en cuanto consideró que el nominador estaba facultado legalmente para proceder al retiro por declaratoria de insubsistencia del cargo desempeñado por el actor, toda vez que ocupaba un cargo de libre nombramiento y remoción, decisión que se presume expedida en aras del buen servicio; además, teniendo en cuenta que en el presente caso el demandante no se encontraba dentro de los supuestos facticos de la protección laboral reforzada concebida para los sujetos que están próximos a pensionarse, toda vez que al momento de su retiro del servicio ya había consolidado el estatus pensional por el cumplimiento de los requisitos legales...”

6. De forma preliminar cabe advertir que resulta manifiestamente improcedente el amparo deprecado por el señor FERNANDO MENDEZ DIAZ, en la medida que el Despacho no puede reconocer el fuero de estabilidad laboral reforzada de pre pensionable, y a su vez ordenar a la accionada UNIVERSIDAD PEDAGOGICA NACIONAL que garantice la estabilidad del cargo que ocupa el accionante hasta que se reconozca su pensión de vejez, en la medida que dicha figura jurisprudencial solo se abre paso cuando existe una vulneración correlativa a los derechos laborales del trabajador de especial protección constitucional (discapacitado, madre gestante y pre pensionado), es decir, la inminencia de un perjuicio irremediable, que para el caso en concreto sería el retiro del servicio del empleado de libre nombramiento y remoción.

Bajo dicha primicia, se advierte que el demandante no puede invocar el reconocimiento de su calidad de pre pensionado por vía de tutela, cuando no se ha presentado una situación que amerite su protección de forma preferente, pues en efecto no ha sido desvinculado de su cargo como Vicerrector Administrativo Financiero de la Universidad Pedagógica Nacional. Por tanto, se itera que la simple expectativa o preocupación de ser retirado del servicio no constituye un perjuicio relevante que deba ser prevenido mediante una acción constitucional, ya que esta vía preferente no puede extenderse a hechos futuros e inciertos.

Frente a este punto, la Corte Constitucional ha indicado que “...en lo que respecta a la ocurrencia de un perjuicio irremediable, este Alto Tribunal Constitucional ha advertido que este configura cuando se está ante un daño: “... (a) Ciertamente e inminente –esto es, que no se deba a meras conjeturas o especulaciones, sino a una apreciación razonable de hechos ciertos-, (b) grave, desde el punto de vista del bien o interés jurídico que lesionaría, y de la importancia de dicho bien o interés para el afectado, y (c) de urgente atención, en el sentido de que sea necesaria e inaplazable su prevención o mitigación para evitar que se consume un daño antijurídico en forma irreparable”...”¹

Por tanto, resulta razonable precisar que no se puede acceder a la pretensión principal del actor frente a la protección de su calidad de pre pensionado, pues no se encuentra en condiciones de debilidad manifiesta e indefensión por haber sido retirado del cargo, ya que dicho evento no se ha formalizado de alguna manera. En virtud de ello, el Despacho no puede ordenar a la entidad accionada que cese la vulneración aducida, ya que el accionante está desempeñándose en el cargo sin que obre Resolución que extinga la relación laboral, y que amerite pronunciarse sobre la calidad aducida por el actor. Circunstancia que de todas formas puede ser verificada y analizada en otra acción de tutela en caso de que se llegara a presentar, pero no antes, ya que no se puede entrar a tutelar meras suposiciones.

Frente a los elementos facticos que se advierten como constitutivos de acoso laboral, deben ser expuestos ante la jurisdicción competente a efecto de dirimir los reparos planteados contra la actuación del rector de la Universidad, toda vez que el carácter subsidiario que reviste la tutela impide al Juez Constitucional ocuparse de aquello, so pena de incurrir en una indebida usurpación de competencia, máxime cuando el

¹ Sentencia T-500/19

accionante no demostró la inminencia de un perjuicio irremediable que lo habilitara como mecanismo transitorio; no siendo de recibo el argumento según el cual se halla en una condición absoluta de desamparo que lo impida vincularse laboralmente con otra entidad en caso de tomarse represarías. Luego, se itera que es frente al Juez ordinario donde se debe exponer el material probatorio idóneo con ánimo de fundamentar las denuncias del actor.

7. Finalmente, considera el Despacho que si es procedente amparar el derecho al descanso del señor FERNANDO MENDEZ DIAZ en sede de tutela, en primer lugar, porque pese a que el actor ha solicitado a su empleador que se permita el goce de sus vacaciones, este ha omitido dar una respuesta concreta, sino que en su lugar, le ha manifestado que su solicitud se encuentra en estudio, es decir, que al mantenerse de forma indefinida la situación del accionante este no puede ejercer las acciones legales respectivas, ya que no obra un acto administrativo motivado que pueda ser controvertido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en caso de ser denegada dicha solicitud y, en segundo lugar, porque se estaría frustrando el derecho fundamental al trabajo en condiciones dignas, ya que se le está impidiendo al servidor desconectarse de su actividad laboral por el período de tiempo contemplado en la legislación laboral, lo que repercute en el agotamiento físico y mental del trabajador.

Téngase en cuenta, que el señor Méndez Díaz lleva desde el año 2017 sin poder cesar su actividad laboral, con ánimo de no afectar la prestación del servicio, y en aras de procurar el normal funcionamiento de la entidad accionada; responsabilidad que no puede soportar de forma personal y absoluta el servidor, pues se estaría desconociendo su calidad de ser humano, máxime cuando la encartada no puede exigirle a uno de sus colaboradores que renuncie a sus derechos laborales tras aducir que no se cuenta con personal idóneo para asumir sus funciones de forma provisional.

Frente a un caso de similares condiciones, la Corporación en cita indico:

“...Así las cosas, en el caso sub iudice, la Sala considera que la presente acción debe prosperar como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En efecto, el señor Pérez Moreno cumplió aproximadamente cuatro períodos de vacaciones sin gozar de su derecho al descanso porque el empleador no ha nombrado su reemplazo. Ello produce un irrazonable desgaste físico y mental para cualquier trabajador, pero con mayor razón para un empleado que tiene más de 76 años y algunas limitaciones físicas que exige especial consideración del Estado. Por ende, prolongar el tiempo de trabajo efectivo de éste trabajador sin que recupere energías, pone en riesgo su salud mental y física, lo que demuestra la inminencia, certeza y gravedad del perjuicio.

Así mismo, es indudable que el proceso contencioso administrativo no es el mecanismo judicial idóneo para proteger el derecho del actor, por cuanto, precisamente el principal hecho que agrava el desgaste físico y mental del trabajador es paso del tiempo sin que pueda disfrutar de su derecho al descanso, lo cual también desconoce la especial protección que el Estado debe brindar a las personas de la tercera edad (C.P. art 46). Por lo tanto, desconocer reiteradamente o no facilitar el disfrute del derecho a descansar a una persona de la tercera edad, evidencia la urgencia de la intervención del juez constitucional.

Finalmente, la Sala advierte que si bien es cierto el principio de continuidad de los servicios públicos exige que la función que desempeña el actor prosiga cumpliéndose adecuadamente, la administración no puede ampararse en ese principio constitucional para desconocer el derecho al descanso del trabajador, pues la legislación colombiana prevé formas efectivas para conciliar los dos intereses involucrados, tales como el reemplazo y la comisión de servicios. De igual manera, la Sala no acepta las razones de índole administrativa que invoca la accionada para demorar el goce del derecho al descanso del trabajador, pues desconocen que la facultad de la administración para aplazar las vacaciones no puede ser arbitraria sino que debe fundamentarse en la necesidad del servicio, la cual “es un valor objetivo del interés público que se evidencia tanto en la evaluación de las metas que se propone el Estado, como en la

*razonabilidad, la proporcionalidad y la finalidad legal del traslado (Art. 36 del Código Contencioso Administrativo)..."*²

En consecuencia, se ordenará a la UNIVERSIDAD PEDAGOGICA NACIONAL que realice las diligencias pertinentes para que el actor disfrute de sus vacaciones acumuladas.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CINCUENTA Y SIETE CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley;

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR el amparo invocado por el señor FERNANDO MENDEZ DIAZ contra UNIVERSIDAD PEDAGOGICA NACIONAL y el señor ALEJANDRO ALVARES GALLEG0 en calidad de Recto, respecto al reconocimiento de la calidad de pre pensionado, por las razones expuestas en la parte considerativa.

SEGUNDO: CONCEDER el amparo del derecho al descanso deprecado por señor FERNANDO MENDEZ DIAZ contra UNIVERSIDAD PEDAGOGICA NACIONAL dentro de la acción de tutela de la referencia.

TERCERO: ORDENAR al representante legal de la UNIVERSIDAD PEDAGOGICA NACIONAL o quien haga sus veces, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, realice las diligencias pertinentes para que el señor FERNANDO MENDEZ DIAZ disfrute de sus vacaciones acumuladas.

CUARTO; NOTIFICAR esta decisión a las partes, y entidades vinculadas por el medio más expedito.

QUINTO: REMITIR en su oportunidad las diligencias a la Corte Constitucional para la eventual revisión del fallo, en el evento que no fuere impugnado.

NOTIFÍQUESE,



MARLENNE ARANDA CASTILLO
JUEZ

Firmado Por:
Marlenne Aranda Castillo
Juez
Juzgado Municipal
Civil 57
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **2d8413e0ad0a5ea124e9950d6659b186621c33eb4bb60c5f01a0ccc3b66371cd**

Documento generado en 16/11/2022 06:28:40 PM

² Sentencia T-837/00

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>