INFORME SECRETARIAL. Bogotá D.C., 20 de agosto de 2020. En la fecha, pasa al Despacho del Señor Juez la Acción de Tutela de la referencia, informando que la accionada dio respuesta en término.

Veintiuno (21) de Agosto de Dos Mil Veinte (2020).

ACCIÓN DE TUTELA No. 110013105033 2020 00 245 00			
ACCIONANTE	Iván Alberto Ochoa Martínez	**DOC. IDENT.**	8.667.680
ACCIONADA	Ecopetrol S.A.		
PRETENSIÓN	Ordenar a la accionada reintegrar al accionante a su puesto de trabajo.		

A N T E C E D E N T E S

El señor IVÁN ALBERTO OCHOA MARTÍNEZ, actuando a través de apoderado judicial presentó acción de tutela contra ECOPETROL S.A., invocando la protección de sus derechos fundamentales al **trabajo, debido proceso** e **igualdad**, los cuales considera vulnerados por cuanto la accionada decidió desvincularlo del servicio por cumplir la edad de retiro forzoso, desconociendo que él se acogió a lo dispuesto en la Ley 1821 de 2016.

Para fundamentar su solicitud, el accionante relata los siguientes:

I. HECHOS.

1. Que se vinculó a Ecopetrol el 14 de enero de 2014, para desempeñar el cargo de ingeniero senior de procesos.

2. Que el 25 de octubre de 2019 radicó ante Ecopetrol una petición aduciendo que se acoge voluntariamente a la Ley 1821 de 2016; sin embargo, en respuesta del 05 de noviembre del mismo año Ecopetrol S.A., le informa que no es posible aplicarle tal norma.

3. Que la Coordinadora de Gestión de Pensiones de la accionada, en enero de 2020 solicitó a favor del accionante el reconocimiento de su pensión de vejez ante Colpensiones.

4. Que el 07 de abril de 2020, Colpensiones reconoció una pensión de vejez a favor del accionado, lo cual fue notificado el 26 de mayo de 2020.

5. Que el 23 de junio de 2020, Ecopetrol S.A., dio por terminado su contrato de trabajo a partir del 01 de octubre de 2020, aduciendo el reconocimiento de pensión de vejez como la causal de retiro.

6. Que Ecopetrol S.A., desconoce que la Ley 1821 de 2016 también le es aplicable a los trabajadores oficiales, como lo es el accionante.

II. ACTUACIÓN EN PRIMERA INSTANCIA.

Admitida la tutela, de ella se dio traslado a la entidad accionada a fin de que ejerciera el derecho de defensa.

III. RESPUESTA DE ECOPETROL S.A.

La accionada allegó respuesta a este Despacho vía correo electrónico, en la cual solicita que se declare la improcedencia de la presente acción. Las razones de su defensa las sustenta en

indicar que la Ley 1821 de 2016 es una norma que le es aplicable de manera exclusiva a los empleados públicos, por lo cual no puede beneficiarse de ella el accionante, teniendo en cuenta que ostenta la calidad de trabajador oficial en tanto, Ecopetrol S.A. es una empresa de economía mixta, por lo cual sus empleados son trabajadores oficiales salvo las excepciones planteadas en la ley, las cuales no cobijan al señor Ochoa. Adicional a ello, señala que al no existir un perjuicio irremediable que afecte al accionante, tal controversia puede ser resuelta ante la jurisdicción ordinaria y no a través de la acción de tutela.

IV. PROBLEMA JURIDICO.

Corresponde al Despacho determinar si el despido del accionante por parte de Ecopetrol S.A., vulnera sus derechos fundamentales al trabajo, igualdad y debido proceso. Previo a ello, debe determinarse si la acción de tutela es el mecanismo idóneo para resolver las pretensiones del señor Ochoa.

Con lo anterior se procede a resolver previas las siguientes,

C O N S I D E R A C I O N E S

Conforme al art. 86 de la Constitución Política y el Decreto reglamentario de la acción de tutela (art. 1º. del mencionado Decreto), ésta procede contra la acción u omisión de las autoridades públicas y de los particulares, sobre estos últimos, según lo establece la ley (art. 42 del mismo Decreto) que vulneren o amenacen cualquiera de los derechos constitucionales fundamentales , además que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Establece por previsión supra legal la concepción de la acción de tutela, como un instrumento jurídico que permite brindar a cualquier persona, sin mayores requisitos de orden formal, la protección específica e inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando se ven vulnerados o sean amenazados por la acción o la omisión de una autoridad pública o de un particular en ejercicio de funciones públicas, siempre que para la protección del derecho que busca el amparo de tutela no exista otro mecanismo de defensa judicial para protegerlo, o existiendo, al ejercitarse la acción se pretenda evitar un perjuicio irremediable, para lo cual su procedencia sería posible como mecanismo transitorio dada su inmediatez para la protección del derecho constitucional transgredido.

Además, el Decreto 306 de 1.992, por medio del cual se reglamenta el 2591 referido, establece en su artículo 2º que la acción de tutela protege exclusivamente los derechos constitucionales fundamentales y que no puede ser utilizada para hacer cumplir las leyes, los decretos, los reglamentos o cualquier otra norma de categoría inferior, como así lo tiene interpretado y definido la jurisprudencia reiterada de nuestro máximo Tribunal (Corte Constitucional) de la jurisdicción de tutela.

El juez de tutela está instituido para la guarda de los derechos fundamentales, por esa razón se ha reiterado que incluso no es necesario que en forma particular se indique la vulneración de algún precepto, considerando que si al efectuar el análisis de la controversia que le es planteada, encuentra quebrantado alguno de los principios de orden constitucional, deberá adoptar las medidas tendientes a garantizar la guarda del derecho que encuentre conculcado, si la situación fáctica como las pruebas que sustentan la acción dan cuenta de ello, o incluso si la acción de tutela está dirigida a obtener el amparo de otro derecho que no es el que se afirma vulnerado.

La jurisprudencia constitucional ha desarrollado el trámite de la acción de tutela, a través de los siguientes requisitos:

A. LA INMEDIATEZ:

El art. 86 constitucional señala que la acción de tutela puede interponerse en cualquier momento, es decir, no tiene un término de caducidad. Sin embargo, por su naturaleza especial para la protección de derechos fundamentales, resulta evidente que exista una un lapso corto entre los hechos que presuntamente lesionan un bien jurídico y el ejercicio de esta acción, pues se requieren de medidas urgentes para evitar un perjuicio irremediable. Razón por la cual existe el requisito de inmediatez, que no es más que el tiempo prudencial y razonable entre la ocurrencia de un hecho lesivo de derechos fundamentales y el ejercicio de la acción protectora.

Esta regla de inmediatez no es absoluta, pues ocurren casos en los cuales la vulneración de derechos fundamentales se extiende a través del tiempo, es decir, es una situación permanente, por tanto, procede la acción de tutela, aunque el lapso entre hecho y daño es bastante amplio.

B. SUBSIDIARIEDAD:

Hace referencia al carácter residual de la acción de tutela, pues está investida para la protección de derechos fundamentales. Se faculta el uso de esta acción porque el titular no dispone de otro medio para la defensa de sus garantías fundamentales y si lo tuviese, la tutela deja de ser residual para convertirse en un mecanismo de amparo transitorio o temporal mientras que el titular ejerce las acciones correspondientes que le brinda la ley.

La regla general es la subsidiariedad en la acción de tutela y la excepción el amparo transitorio, pues la acción de tutela no puede ser usada como mecanismo complementario de las acciones que prevé la ley para obtener un pronunciamiento expedito, pues el objeto de la tutela es la defensa de derechos fundamentales, no el reemplazo de los mecanismos judiciales preestablecidos:

> *"Posteriormente, en las sentencias T-373 de 2015 y T-630 de 2015, estableció que si existen otros mecanismos de defensa judicial que resulten idóneos y eficaces para solicitar la protección de los derechos que se consideran amenazados o vulnerados, el afectado debe agotarlos de forma principal y no utilizar directamente la acción de tutela. En consecuencia, una persona que acude a la administración de justicia con el fin de que le sean protegidos sus derechos, no puede desconocer las acciones judiciales contempladas en el ordenamiento jurídico, ni pretender que el juez de tutela adopte decisiones paralelas a las del funcionario que debe conocer del asunto dentro del marco estructural de la administración de justicia."*[1]

C. LA ACCIÓN DE TUTELA COMO MECANISMO TRANSITORIO:

De conformidad con lo anterior, la tutela puede presentarse como mecanismo principal en los casos en los que no haya otro medio judicial para reclamar los derechos que se consideran vulnerados, o como un mecanismo transitorio, cuando la vía ordinaria es insuficiente para satisfacer las pretensiones del accionante. Para que ello ocurra, deberá acreditarse la existencia de un perjuicio irremediable, en el entendido de que debe configurarse una amenaza de tal magnitud que deberá ser evitada a través de este mecanismo constitucional.

La jurisprudencia constitucional ha señalado que este perjuicio debe ser: inminente, grave, urgente e impostergable, pues es una amenaza que está por suceder prontamente, es un daño

[1] Corte Constitucional, sentencia T 471 de 2017 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

material o moral de un bien jurídico de gran intensidad que requieren la intervención del juez de tutela de manera urgente para mitigar los efectos de la situación.[2]

Adicional a ello, quien afirma un perjuicio irremediable y una vulneración con estas características deberá probar dicha situación si quiera de manera sumaria, pues la informalidad de la acción de tutela no exonera al accionante de ello, ni de probar los hechos sobre los cuales basa sus pretensiones.[3]

D. LA EDAD DE RETIRO FORZOSO Y EL FUERO DE PRE-PENSIONADO.

Desde la jurisprudencia constitucional se ha establecido que la inclusión de la causal de retiro forzoso se encuentra acorde a la Constitución por dos razones principales: la primera es que es un mecanismo de renovación de cargos públicos, pues los mismos se rigen por el mérito para ser ocupados y ofrece oportunidades para que los mismos sean ocupados por otras personas, es decir, tal postulado se ve relacionado directamente con el derecho a la igualdad y la segunda es que, las personas de la tercera edad no quedan en indefensión pues se retiran del servicio para disfrutar el fruto de su trabajo, es decir, una pensión de vejez.[4]

Pese a la constitucionalidad de tal norma, también se ha establecido que la misma no puede ser aplicada de manera automática, sin verificar las condiciones particulares de cada persona; es decir, **se debe asegurar que las personas tengan ingresos (Pensión de vejez) para suplir sus necesidades básicas después del retiro; de lo contrario, se configura la vulneración del derecho al mínimo vital, lo cual amerita la intervención del juez constitucional.** (Negrilla propia).

En el caso de los reintegros laborales, aunque se ha establecido que no es el mecanismo idóneo para resolver este tipo de controversias, las personas que gozan de una estabilidad laboral reforzada en razón a las calidades que ostentan, pueden acceder a la acción de tutela, siempre y cuando se acredite que están próximos a sufrir un perjuicio irremediable y que el medio ordinario no es idóneo ni eficaz para salvaguardar sus derechos, como es el caso de las personas que ostentan el fuero de pre-pensionado.

Para el caso de los pre-pensionados, la jurisprudencia ha variado de criterio, siendo el primero de ellos, el establecer está garantía a favor de aquellos no habían completado los requisitos mínimos para acceder a la pensión de vejez (edad y tiempo) y se encontrasen cerca de estos requisitos. Ejemplo de ello, las personas que ya habían cumplido la edad de pensión, pero aún no habían completado las semanas o el caso contrario. El criterio que predomina actualmente es el que indica que dicho fuero aplica solamente a quienes les falte el requisito de las cotizaciones mínimas, descartando el requisito de la edad.[5]

V. APLICACIÓN DE LA LEY 1821 DE 2016 Y EMPLEADOS DE ECOPETROL S.A.

Ecopetrol S.A., cambio su naturaleza a una empresa de economía mixta de conformidad con la Ley 1118 de 2006, cuyo capital mayoritariamente se encuentra en poder del Estado. Tal situación implica que, al ser una entidad con estas características, sus empleados son trabajadores oficiales, salvo algunas excepciones contempladas en la misma norma.[6]

---

[2] Art. 86 Constitución Política de 1991.
[3] Corte Constitucional, sentencia T-127 de 2014.
[4] Corte Constitucional, sentencia T-413 de 2019 y T-606 de 2017.
[5] Ibidem.
[6] Art. 7, Ley 1118 de 2006.

La Ley 1821 de 2016, es una norma es una norma que regula la edad máxima para el retiro forzoso, indicando que la misma es de 70 años, la cual es aplicable a los servidores públicos en general, salvo los de elección popular, entendiendo que, la denominación de servidor público abarca la clasificación de empleados públicos (vinculados al Estado mediante una relación legal y reglamentaria) y los trabajadores oficiales (vinculados al estado mediante una relación contractual):

> ***"ARTÍCULO 1°.*** *(Corregido por el Decreto 321 de 2017, art. 1) La edad máxima para el retiro del cargo de las personas que desempeñen funciones públicas será de setenta (70) años. Una vez cumplidos, se causará el retiro inmediato del cargo que desempeñen sin que puedan ser reintegradas bajo ninguna circunstancia.*
>
> *Lo aquí dispuesto no se aplicará a los funcionaros de elección popular ni a los mencionados en el artículo 1° del Decreto-ley 3074 de 1968."*[7]
>
> ***"ARTÍCULO 1 °.*** *Modifícase y adiciónase el Decreto número 2400 de 1968, en los siguientes términos:*
>
> *El artículo 2. quedará así:*
>
> *Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural.*
>
> *Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo.*
>
> *Los empleados civiles de la Rama Ejecutiva integran el servicio civil de la República.*
>
> *Quienes presten al Estado Servicios ocasionales como los peritos; obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra son meros auxiliares de la Administración Pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes.*
>
> *Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones."*[8]

La constitucionalidad de tal ley fue analizada en la sentencia C-135 de 2018, donde se aclaró que la vigencia de esta norma sería a futuro, sin la inclusión de algún régimen de transición y demás se estableció como se aplica: Ampliar la edad de retiro para las personas que estaban cobijadas por esta causal antes pero que aun no han cumplido los 65 años, por lo cual se les aplica la Ley 1821 y a las personas frente a las cuales ya operó la edad de retiro forzoso según la norma anterior, por lo cual, no pueden hacerse beneficiarios de la nueva ley, por lo cual deben ser retirados del servicio según las reglas prestablecidas.

VI. EL CASO EN CONCRETO

Para el estudio del caso en concreto, se estudiarán los problemas jurídicos planteados, de conformidad con la pretensión que da pie al presente amparo: "**Ordenar a la accionada no hacer efectiva la terminación de su contrato de trabajo y permitirle seguir ejerciendo su puesto de trabajo hasta la edad de retiro forzoso, esto es, 70 años."**

[7] Art. 1, Ley 1821 de 2016.
[8] Art. 1, Decreto Ley 3074 de 1968.

Frente a la procedencia de la presente acción, debe establecerse que la legitimación se encuentra acreditada, pues es la persona directamente implicada quien ejerce la acción constitucional, además que se interpone contra quien presuntamente ha ejercido actuaciones que vulneran los derechos fundamentales. Respecto al requisito de inmediatez, el mismo también se cumple dentro de la presente acción, pues el accionante estará vinculado con la demandada hasta septiembre de 2020, es decir, hay una cercanía entre el hecho que se predica como violatorio de los derechos fundamentales de la parte accionante y la presentación del amparo constitucional.

Ahora, en lo que concierne al requisito de subsidiariedad no pueden realizarse las mismas aseveraciones, pues es claro que este es un mecanismo residual, ya sea porque el afectado no dispone de otro medio de defensa o en caso de tenerlo, el mismo es insuficiente, por lo cual el amparo procede de manera transitoria, mientras se ejerce la respectiva acción ante la jurisdicción, ello en aras de evitar la configuración de un perjuicio irremediable.

Entonces, para resolver el primer problema jurídico planteado, el Despacho deberá dar respuesta al siguiente interrogante: ¿La acción constitucional ofrece una solución integral y resuelve el conflicto planteado de manera plena y en todas sus dimensiones para acceder a una solicitud temporal o transitoria por vía de tutela?

Al respecto, se considera que a través de este mecanismo no pueden reemplazarse los instrumentos establecidos por el legislador, pues la acción de tutela no puede ofrecer una solución integral a la problemática planteada, por el carácter especial que goza, es decir para la protección de derechos fundamentales.

Según el estudio realizado en líneas anteriores y de conformidad con la documental del expediente, el mecanismo idóneo para solucionar la problemática planteada se encuentra en la acción ordinaria ante la Jurisdicción Laboral, de conformidad con lo establecido en el Art. 2 del C.P.T. y S.S. Téngase en cuenta que el presente debate, va más allá de la existencia de un posible reintegro a favor del accionante o la suspensión de la orden que da terminación a su contrato de trabajo, pues la determinación adoptada por Ecopetrol S.A., va a repercutir directamente en el monto de la mesada pensional que ya le fue reconocida al accionante, además de las consecuencias jurídicas de la desvinculación argumentando que, al ser trabajador oficial no le aplica la Ley 1821 de 2016, situación que es incongruente con la redacción de la misma norma, pues la misma es aplicable a todos los servidores públicos sin importar si son empleados públicos o trabajadores oficiales, salvo las excepciones consagradas en tal ley, que recaen frente a empleados de elección popular y transitorios, como los jurados de votación, de conformidad con las reglas jurisprudenciales[9] ya establecidas. Razones de peso y suficiente para declarar que el presente amparo no procede por esta vía, por no acreditarse el requisito de subsidiariedad.

Aunado a ello, debe advertirse que el amparo invocado tampoco puede concederse de manera transitoria pues no se acreditó la existencia de un perjuicio grave e irremediable, de amplia magnitud que amerite la intervención inmediata del juez de tutela. Si bien es cierto, existe una prohibición constitucional frente a la desvinculación de empleados a través de la causal de cumplimiento de la edad de retiro forzoso y cumplimiento de los requisitos mínimos de pensión de vejez, la cual no puede aplicarse de manera automática, pues se requiere una valoración rigurosa de la situación particular de la pensión involucrada, ello no implica que en todos los casos opere la acción de tutela, como en el caso en concreto, donde no se demostró siquiera de manera sumaria la existencia de tal situación grave o de extrema urgencia, que justifique el presente amparo de manera impostergable, teniendo en cuenta que: i. en la

[9] Ver, Corte Suprema de Justicia, SL 10770 del 12/07/2017, Rad. 51526. M.P. Clara Dueñas.

actualidad el accionante ya está percibiendo una renta que asegura su mínimo vital, a partir del 01 de mayo del presente año[10] y ii. que no se demostró causal alguna que implique que el accionante es beneficiario de este amparo constitucional, cuando en la realidad cursan múltiples demandas ante la jurisdicción ordinaria laboral, planteando el mismo debate de compatibilidad pensional, por lo cual se descarta el argumento de la mora judicial como el argumento utilizado para que se declare la procedencia del presente amparo. Una decisión en sentido contrario implicaría a primera vista la vulneración del derecho a la igualdad de todos aquellos que han acudido al mecanismo contemplado por el legislador para satisfacer tales pretensiones. Caso distinto, si el accionante no tuviese una pensión de vejez reconocida, o le hicieren falta semanas para su reconocimiento, donde una desvinculación sería evidentemente arbitraria, y ameritaría la intervención del juez constitucional de manera improrrogable, pues se pone en tela de juicio un derecho muy importante: el mínimo vital.

En síntesis, la tutela reclamada no es procedente por cuanto no cumple con el requisito de subsidiariedad. Tampoco es procedente el amparo de manera transitoria por no encontrarse acreditada la ocurrencia de un perjuicio irremediable, de conformidad con las razones expuestas anteriormente. Por tanto, se decidirá en tal sentido.

VII. DECISIÓN

En razón y mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TREINTA Y TRES LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y mandato de la Constitución,

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE LA PRESENTE ACCIÓN por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFICAR a las partes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: REMITIR el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, en el evento de no ser impugnado el fallo; de lo contrario, deberá enviarse el expediente al Honorable Tribunal Superior de Bogotá, para que sea sometida a reparto entre los Magistrados de todas y cada una de las Salas que lo conforman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JULIO ALBERTO JARAMILLO ZABALA
JUEZ

[10] Ver folio 04