COPIA DE CONSULTA · DOCUMENTO PÚBLICO OFICIAL

Sentencia T/495/11

Corte	Corte Constitucional
Tipo	Sentencia de tutela
Referencia	T/495/11
Expediente	—
Fecha	2010-07-23
Sala	Sala Tercera
Magistrado ponente	JUAN CARLOS
Partes	—

Temas que titula la Corte Constitucional

- Edad De Retiro Forzoso Y Minimo Vital Del Adulto Mayor
- Accion De Tutela

Resumen del caso (según la propia sentencia)

Ha precisado que la desvinculación de un funcionario por alcanzar la edad de retiro forzoso no puede llevarse a cabo de manera objetiva y automática, sin analizar antes las particularidades de cada caso, debido a que como la decisión

Texto completo

T-495-11 REPÚBLICA DE COLOMBIA Sentencia T-495/11 PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD CON PERSONA DE LA TERCERA EDAD- Protección constitucional especial Según la jurisprudencia de esta Corporación, el principio de solidaridad se hace aun más exigente cuando se trata de proteger a grupos en estado de debilidad manifiesta como sería el conformado por personas de la tercera edad.

En virtud del principio de solidaridad, nadie puede permanecer indiferente frente a la desprotección de un adulto mayor, y que el Estado, la sociedad y la familia, cada uno desde su perspectiva, debe contribuir a protegerlo con el fin de que no se vea vulnerado su derecho al mínimo vital.

Por ello la Corte ha invocado este principio para brindar protección, tanto a mayores en estado de indigencia que no cumplen los requisitos de tiempo y edad para que les sea reconocida su pensión, como a adultos retirados de su cargo por alcanzar la edad de retiro forzoso sin empezar a percibir efectivamente la mesada pensional, habiendo completado el tiempo de servicio.

EDAD DE RETIRO FORZOSO Y MINIMO VITAL DEL ADULTO MAYOR- Estado debe garantizar una vejez digna y plena al finalizar vida laboral La Corte ha precisado que la desvinculación de un funcionario por alcanzar la edad de retiro forzoso no puede llevarse a cabo de manera objetiva y automática, sin analizar antes las particularidades de cada caso, debido a que como la decisión implica privar de un ingreso a una persona de la tercera edad, ello puede tener consecuencias transgresoras de garantías fundamentales que pueden ir desde el derecho al mínimo vital hasta el derecho a la salud. En otras palabras, la desvinculación de los trabajadores por el motivo de alcanzar la edad de retiro forzoso, sin haber alcanzado a cumplir los requisitos para obtener su pensión, debe hacerse con base en argumentos razonables y medidas de proporcionalidad entre la posibilidad legal del empleador de tomar dicha decisión, y la situación de desprotección en que pueda quedar el trabajador; ello porque la omisión del empleador en evaluar las circunstancias

particulares del adulto mayor, puede devenir en vulneración de los derechos al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas.

ACCION DE TUTELA- Reintegro a persona de la tercera edad por haberse ordenado su retiro forzoso sin tomar las previsiones necesarias para garantizar el acceso a la pensión de vejez a la cual tiene derecho La acción de tutela es procedente para solicitar el reconocimiento y pago de una pensión de vejez solo de manera excepcional; circunstancias como la fundamentalidad del derecho a la seguridad social, la calidad de adulto mayor del actor, la mesada pensional como única fuente de ingreso y la falta de agilidad en los mecanismos ordinarios de defensa, pueden converger en la procedencia de la misma, incluso para dejar sin efectos actos administrativos que han vulnerado derechos fundamentales.

Referencia: expediente T-2862165 Acción de tutela instaurada por LUIS ANIBAL CARDONA contra la Gobernación de Antioquia. Magistrado Ponente: JUAN CARLOS HENAO PÉREZ Colaboró:

Adriana Chethuán Bogotá, D.C., veintinueve (29) de junio dos mil once (2011) La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, JORGE IVÁN PALACIO PALACIO y JUAN CARLOS HENAO PÉREZ, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente SENTENCIA Dentro del trámite de revisión del fallo proferido, el 20 de septiembre de 2010, por el Tribunal Superior de Medellín, Sala Penal, en la acción de tutela promovida por el ciudadano LUIS ANIBAL CARDONA contra la Gobernación de Antioquia.

I. ANTECEDENTES El señor LUIS ANIBAL CARDONA, nacido el 6 de febrero de 1945, presentó acción de tutela con base en los siguientes hechos: 1.

Ingresó a trabajar al Departamento de Antioquia el 27 de abril de 1990 como vigilante de la Institución Educativa Liceo Departamental San Antonio.

2. El 5 de febrero de 2010, mediante Decreto 0345 fue retirado de dicha entidad por haber cumplido la edad de retiro forzoso, dejando definitivamente su cargo el 27 de febrero del mismo año.

3. El 1° de marzo de 2010 interpuso recurso de reposición contra el Decreto Departamental N° 0345 con el fin de que le fuera concedido un periodo de gracia de dos meses y medio hasta completar los veinte años de servicio, para poder acceder a la pensión de vejez.

4. El 19 de marzo de 2010, el Departamento de Antioquia mediante Resolución N° 0009297 respondió la petición en forma negativa. 5. El 26 de marzo de 2010 radicó la solicitud de pensión N° 001118 ante el Fondo de Pensiones de Antioquia, la cual fue resuelta por dicha entidad mediante resolución N° 000284, negándole el derecho a la pensión de vejez con el argumento de faltarle dos meses y medio de servicio para completar los 20 años requeridos para acceder a la pensión; se dijo también que no lo cubría el régimen de transición.

6. Afirma que para la fecha de su despido ya había cotizado 1000 semanas y tenía 60 años de edad, motivo por el cual era beneficiario del régimen de transición.

7. Manifiesta que ni él ni su esposa cuentan con servicio de salud debido al despido y a la carencia de pensión de jubilación y que el estado de salud de ella se ha deteriorado. Cita como antecedente jurisprudencial la sentencia T-007 de 2010.

Solicitud de tutela 8. El 23 de julio de 2010, el actor instauró acción de tutela para que se protegieran sus derechos a la dignidad humana, a la seguridad social, al mínimo vital en conexidad con los derechos reforzados a la tercera edad, y para que se ordenara al Gobernador del Departamento de Antioquia que en un término no superior a cuarenta y ocho horas, lo reintegre a la Institución y al cargo que venía desempeñando hasta tanto le sea reconocida su pensión de jubilación y sea incluido en la nómina para el correspondiente pago.

Solicita también que se ordene la investigación disciplinaria al funcionario de la gobernación que corresponda por proferir el Decreto 0345 del 2010, dado que es violatorio del parágrafo del artículo 38 de la ley 996 de 2005 o “ Ley de Garantías ”.

Intervención de la parte demandada 9. El 2 de agosto de 2010, la Gobernación de Antioquia contestó la acción de tutela, solicitando su negación por improcedente, con fundamento en que no es el mecanismo indicado para lograr las pretensiones del actor.

10. Se pronunció sobre cada una de las afirmaciones hechas por el actor en la acción de tutela, aclarando que la resolución N° 000284 de 23 de junio de 2010, mediante la cual se negó el derecho a la pensión de vejez no fue expedida por el Departamento de Antioquia sino por la entidad “Pensiones de Antioquia”, que es un establecimiento público del orden departamental, con autonomía administrativa y financiera y con personería jurídica, creado en virtud de la Ordenanza N° 30 del 12 de diciembre de 2003, el cual antes se denominaba Fondo Prestacional del Departamento de Antioquia. El Departamento de Antioquia en cambio, es una entidad territorial existente conforme a lo establecido en los artículos 285 y 286 de la Constitución Política, que no tiene ingerencia alguna en la expedición de la aludida resolución; por ello se abstienen de hacer cualquier tipo de análisis sobre la misma.

11. Con respecto a la emisión del Decreto 0345 de 2010, la entidad demandada señala que la afirmación del actor es errónea en cuanto al cargo de haber vulnerado el parágrafo del artículo 38 de la ley 996 de 2005 o Ley de Garantías, porque con el retiro del cargo del señor Luis Anibal Cardona no se modificó la planta de personal de la entidad, hasta el punto que la vacante fue cubierta por otro ciudadano que se posesionó el 30 de junio de 2010.

12. Sobre las razones por las cuales se ordenó el retiro del servicio del tutelante, reseñan las siguientes normas en las cuales se basó la decisión: el artículo 31 del Decreto Nacional 2400 de 1969, el artículo 122 del Decreto Nacional 1950 de 1973 y el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, precisando que la orden no obedeció a un capricho de la administración.

Nombran la sentencia C-351 de 1995 en la que la Corte expresó que la fijación legal de una edad de retiro forzoso, como causal de desvinculación de servidores públicos, responde a criterios objetivos y razonables de eficiencia y renovación de los cargos públicos.

Manifiestan que los casos tutelados por la Corte mediante sentencias T-012 de 2009 y T-007 de 2010 son muy diferentes, porque en el presente caso, Pensiones de Antioquia no accedió al reconocimiento de la pensión de vejez porque el actor no cumple con uno de los requisitos establecidos en las normas que rigen la materia, mientras que en aquellos los actores sí cumplían con los requisitos. Agrega también que en esos dos casos, las entidades accionadas, Secretaría de Educación de Bogotá y Secretaría de Educación de Medellín, olvidaron agotar el trámite señalado en el Parágrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, norma que a su vez fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1037 de 2003. Concluyen que “ en el caso del señor LUIS ANIBAL CARDONA, se insiste, es distinto, porque él no cumple con los requisitos para acceder la pensión de jubilación, en consecuencia, la obligación de la entidad de coadyuvar en el reconocimiento de dicha prestación social, no se presenta ”.

13. Con respecto a los derechos fundamentales supuestamente violados, señala: el derecho al mínimo vital no está vulnerado porque el actor, al momento del retiro, recibió una suma cercana a los treinta y tres millones de pesos por concepto de indemnización; el derecho al servicio de salud puede ser superado si tanto el actor como su esposa se inscriben al SISBEN; y los derechos reforzados a la tercera edad no han sido desprotegidos; cita al respecto la sentencia C-351 de 1995 y subraya el siguiente aparte: “ Por otra parte, el Estado no deja de protegerlos, porque les puede brindar apoyo de otras maneras, y sería absurdo que en aras de proteger la vejez, consagrara el derecho de los funcionarios mayores de 65 años a permanecer en sus cargos, sin importar los criterios de eficiencia y omitiendo el derecho de renovación generacional, que, por lo demás, está también implícito en el artículo 40-7 de la Constitución ”.

14. Finalmente solicita negar la acción de tutela impetrada por el señor Luis Aníbal Cardona, por improcedente. Sentencias objeto de revisión 15.

Mediante fallo proferido el 5 de agosto de 2010, el Juzgado 21 Penal del Circuito de Medellín negó la acción de tutela por improcedente por falta de subsidiariedad, por ausencia de perjuicio irremediable y por considerar que la Gobernación de Antioquia acató las normas relacionadas con la edad de retiro forzoso.

El Juzgado también estuvo de acuerdo en que los casos invocados por el actor en su demanda como precedentes judiciales de su situación no eran similares al suyo.

16. El actor impugnó la anterior providencia mediante escrito del 19 de agosto de 2010. 17. Mediante fallo proferido el 20 de septiembre de 2010, la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín confirmó el fallo impugnado por las mismas razones allí expuestas.

Pruebas decretadas en sede de revisión Mediante auto del 16 de mayo de 2011, el Despacho del Magistrado Ponente ordenó la notificación de la demanda de tutela al Establecimiento Público " Pensiones de Antioquia ", anterior Fondo Prestacional del Departamento de Antioquia, para que en el término de cinco (5) días hábiles a partir de la notificación del auto, se pronunciara sobre los hechos y fundamentos de la misma.

Ordenó también la suspensión de términos, hasta que se culminara con la evaluación de las pruebas allegadas. La respuesta dada por el Gerente de Pensiones de Antioquia, el 13 de junio de 2011, se puede sintetizar en que la Resolución número 000284 del 23 de Junio de 2010, por medio de la cual se negó la pensión de vejez solicitada por el señor Luis Aníbal Cardona, se profirió con argumentos de contenido netamente legal, porque éste no cumple los requisitos establecidos ni en la Ley 33 de 1985 como régimen anterior, en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 como régimen general, ni en la Ley 71 de 1988.

Solicitan que como consecuencia de lo anterior, la entidad sea absuelta de todo tipo de responsabilidad, ya que lo que se está atacando con la acción de tutela es una decisión administrativa de la Gobernación de Antioquia que es una entidad diferente al Fondo.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS Competencia 1. Esta Corte es competente para conocer los fallos materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y en las demás disposiciones pertinentes. También porque la Sala de Selección Número Uno dispuso su revisión mediante auto del treinta y uno (31) de enero del dos mil once (2011).

Problema jurídico 2. Corresponde a la Sala establecer si el Departamento de Antioquia vulneró los derechos fundamentales de Luis Aníbal Cardona, al no permitirle permanecer en el cargo de Celador de la planta de personal por dos meses y medio más, para efectos de completar las cotizaciones requeridas para acceder a su pensión de jubilación.

Con el fin de resolver el anterior problema jurídico la Sala abordará los siguientes temas: (i) procedencia de la acción de tutela para solicitar el reintegro al cargo para acceder a la pensión de vejez; (ii) Edad de retiro forzoso y pensión de jubilación y (iii) caso concreto.

Procedencia de la acción de tutela para solicitar el reintegro al cargo para acceder a la pensión de vejez. Reiteración de jurisprudencia 3. Teniendo en cuenta que el fin último de la presente acción de tutela consiste en acceder a la pensión de vejez, a continuación la Sala reiterará las reglas que la jurisprudencia ha señalado para determinar la procedencia de la acción en estos casos.

4. De acuerdo con el artículo 86 [1] de la Constitución Política y con el numeral 1° del artículo 6° [2] del decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es un mecanismo residual y subsidiario que no procede en los eventos en que existen

mecanismos ordinarios para salvaguardar los derechos invocados, salvo que se utilice como instrumento para prevenir la configuración de un perjuicio irremediable, caso en el cual procede de manera transitoria.

5. En principio, el camino expedito para controvertir el acto administrativo mediante el cual fue denegada la pensión de vejez del actor, es la jurisdicción contencioso-administrativa. En el mismo sentido, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es la idónea para solicitar el reintegro de un servidor público a su cargo; sin embargo, el juez de tutela debe valorar en concreto la agilidad y eficacia de estos mecanismos con respecto a la posible configuración de un perjuicio irremediable y a la calidad del sujeto que invoca la acción de tutela.

“En concreto, la falta de idoneidad del medio a disposición de la persona afectada o la incidencia de factores que permitan la aparición de un perjuicio irreparable serán valoradas por el juez constitucional en atención a las condiciones fácticas, pues dicha apreciación no debe efectuarse en abstracto.

La viabilidad del amparo en tales eventos es apreciada por el operador judicial en consideración a la virtualidad del daño a los derechos fundamentales involucrados o el quebrantamiento de principios superiores como la especial protección de la población en estado de debilidad manifiesta” [3] .

Y afirmó en la sentencia T-016 de 2008: “la Corte ha precisado como regla general, que la acción de tutela es improcedente para solicitar el reintegro de los empleados públicos, pues en el ordenamiento jurídico está prevista la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, luego existe un medio de defensa judicial propio, específico y eficaz que excluye la prevista en el artículo 86 Constitucional. No obstante la Corte ha manifestado que, excepcionalmente ante un perjuicio irremediable, puede resultar procedente el amparo cuando la acción de nulidad y restablecimiento del derecho resulta inadecuada para la efectividad de los derechos fundamentales violados, dada la situación que afronta el accionante.” 6.

De otra parte, el derecho a la seguridad social, dentro del cual se enmarca la pensión de vejez, emana de los artículos 48 y 49 de la Constitución Política y aunque en un principio fue protegido por la Corte en conexidad con otros derechos como el mínimo vital, hoy es concebido, sin lugar a dudas, como un derecho fundamental.

“Debido al surgimiento de una distinta doctrina sobre la categorización y exigibilidad de los derechos sociales, se ha aceptado la fundamentalidad de éste y otros derechos de tal raigambre. Ello se refuerza además en una interpretación más amplia del texto constitucional, la observancia de recientes instrumentos internacionales y de la recepción de esa nueva doctrina. Actualmente se afirma que los derechos fundamentales están dotados de ese carácter por su identidad con valores y principios del Estado Social de Derecho, más no por su positivización o la designación expresa del legislador. Por tanto, ningún derecho erigido dentro de este marco podrá ser privado de ese talante.” [4] 7.

En segundo lugar hay que anotar, que el derecho a la pensión de vejez es solicitado normalmente, por personas en estado de avanzada edad, justamente porque este constituye uno de los requisitos para su reconocimiento. En tal sentido, el juez de tutela al momento de valorar las circunstancias particulares del caso debe tener en cuenta que el pensionable es una persona de la tercera edad que goza de especial protección constitucional por mandato del artículo 46 [5] de la Constitución Política.

8. Dado que el actor alega la vulneración de su derecho al mínimo vital, la Sala Quinta de revisión en sentencia T-187 de 2010 resumió así los presupuestos para que tal derecho fundamental se vea vulnerado:

“Al respecto cabe argüir que según las consideraciones de esta Corporación, el derecho fundamental al mínimo vital se considera vulnerado si se verifican los siguientes presupuestos: (i) que el salario en el caso de trabajadores, o la mesada en el de pensionados sea su única fuente de ingresos o que existiendo ingresos adicionales no sean suficientes para cubrir sus necesidades;

y que (ii) la falta de pago de la mesada o salario genere una crisis económica en la vida del beneficiario, derivada de un hecho injustificado".

9. Finalmente, de la valoración de los elementos anteriores que debe realizar el juez de tutela, es viable concluir la procedencia excepcional de la acción contra actos administrativos, cuando el contenido de los mismos deviene en una vulneración de un derecho fundamental. Al respecto la Sentencia T-514 de 2003 precisó:

"la Corte concluye (i) que por regla general, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, como quiera que existen otros mecanismos tanto administrativos como judiciales para su defensa; (ii) que procede la acción de tutela como mecanismo transitorio contra las actuaciones administrativas cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable; y (iii) que solamente en estos casos el juez de tutela podrá suspender la aplicación del acto administrativo (artículo 7 del Decreto 2591 de 1991) u ordenar que el mismo no se aplique (artículo 8 del Decreto 2591 de 1991) mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo." 10.

En síntesis, la acción de tutela es procedente para solicitar el reconocimiento y pago de una pensión de vejez solo de manera excepcional; circunstancias como la fundamentalidad del derecho a la seguridad social, la calidad de adulto mayor del actor, la mesada pensional como única fuente de ingreso y la falta de agilidad en los mecanismos ordinarios de defensa, pueden converger en la procedencia de la misma, incluso para dejar sin efectos actos administrativos que han vulnerado derechos fundamentales.

A continuación la Sala pasará a exponer algunos fundamentos constitucionales que la Corte ha tomado en consideración para determinar la forma de proteger el mínimo vital del adulto mayor.

Derecho fundamental al mínimo vital, protección a la tercera edad y derecho a la Seguridad Social. Reiteración de Jurisprudencia 11. A partir de la expedición de la Constitución de 1991, Colombia quedó edificada como un Estado Social de Derecho [6] donde la intervención se hace no solo para favorecer los intereses del individuo sino los de la colectividad [7] .

El principio de solidaridad es uno de los pilares sobre los cuales se ha construido el Estado Social de Derecho y la obligación de obrar conforme a este principio, está radicada en cabeza del Estado y de todos los miembros de la sociedad.

12. Según la jurisprudencia de esta Corporación, el principio de solidaridad se hace aun más exigente cuando se trata de proteger a grupos en estado de debilidad manifiesta como sería el conformado por personas de la tercera edad.

Así quedó consignado en la sentencia T-801 de 1998 [8] : "La Corte ha sido clara al manifestar que el principio de solidaridad que caracteriza al Estado Social de Derecho impone al poder público, pero también a los particulares, una serie de deberes fundamentales para el logro de una verdadera y equitativa armonización de los derechos. En este sentido, ha afirmado que la solidaridad representa un límite al ejercicio de los derechos propios que, en otros modelos constitucionales, parecían absolutos. Pero los deberes que se derivan del principio de la solidaridad, se hacen mucho más fuertes si se trata de socorrer o garantizar los derechos de las personas de la tercera edad. En efecto, como lo ha reconocido la Corte, las personas que se encuentran en la mencionada categoría son acreedoras a un trato de especial protección, no sólo por parte del Estado sino de los miembros de la sociedad y, en particular, de sus familiares cercanos. El aserto anterior, se funda, de una parte, en el mandato contenido en el artículo 13 de la Carta que ordena la protección de grupos que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta y, de otra, en lo dispuesto por el artículo 46 del mismo texto constitucional, según el cual: "El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la

asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria. El Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia".” 13.

Ahora bien, las normas constitucionales citadas en el texto anterior, artículos 13 y 46 de la Constitución Política, señalan expresamente al Estado, la sociedad y la familia, como sujetos pasivos de la obligación de brindar atención y cuidado a los adultos mayores. En otras palabras, el deber general de todo ciudadano de “… 2. Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas; (…)” [9] , se convierte en una obligación concreta, exigible del Estado, la familia y la sociedad cuando el conflicto gira en torno a la manutención de personas de la tercera edad o a la protección de grupos en estado de debilidad manifiesta. Más aún, cuando el conflicto gira en torno al tema de la estabilidad laboral reforzada puede concluirse que el sujeto pasivo llamado a cumplir el deber de solidaridad es en primera instancia, el empleador. Un ejemplo típico de ello es la protección reiterada que la Corte ha dado a la estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo mediante la orden de reintegro.

Así por ejemplo, en la sentencia T-088 de 2010, la Corte particularizó en la empresa donde trabajaba la actora, la exigibilidad de aplicar el principio de solidaridad para proteger el derecho a la seguridad social en salud de una mujer y su menor recién nacido:

“Sobre el punto considera oportuno la Sala recordar que los artículos 13 y 44 de la Constitución Política exigen un especial compromiso no solo al Estado sino también a la sociedad y a la familia en relación con el desarrollo integral de los menores, imponiendo el deber de preservarlos de todo tipo de discriminación o abuso y en especial destacando el deber de proteger a la vida, el cual goza de relevancia constitucional y vincula a todos los poderes públicos y a todas las autoridades estatales. Precisamente, una de las manifestaciones de esta protección es el derecho a la estabilidad laboral de la mujer embarazada quien debe contar con los medios suficientes para sufragar sus necesidades y las de su hijo que está por nacer.

De esta manera y como desarrollo del principio de solidaridad, las autoridades se encuentran obligadas a prestar el servicio de salud a los menores de un año, en este sentido, el artículo 50 de la Carta Política contempla que “todo niño menor de un año que no esté cubierto de protección o de seguridad social, tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado.”.

14. De otra parte, el derecho al mínimo vital [10] , que ha sido reconocido por nuestra Constitución Política como un derecho fundamental, también está estrechamente ligado al de la Seguridad Social, dado que en esencia, ambos tienen como objetivo evitar que las personas caigan en estado de pobreza; debido a que el aumento de la edad va de la mano con la pérdida de la capacidad productiva y la disminución de los ingresos, surge para el Estado, la familia y la sociedad, la obligación de proteger el derecho al mínimo vital del adulto mayor; en primer lugar, propendiendo por la obtención de una pensión de vejez, o en su defecto, generando mediante subsidios, iniciativas de asistencia social para proteger adultos mayores en estado de indigencia o extrema pobreza.

Así se expresó la Corte en la sentencia T-007 de 2010, sobre el propósito de la pensión de vejez y su relación con el mínimo vital: “A más del relevo profesional y generacional que conlleva, la pensión de vejez denominada también pensión de jubilación, en cuanto prestación social tiene como propósito cardinal garantizar al afiliado, cuando ha llegado a la edad del retiro forzoso, la posibilidad de seguir contando con los ingresos necesarios, por encontrarse en una edad en la cual, supuestamente, sus condiciones, física, biológicas, y, en algunos casos mentales, no le permiten ya, entregarse al trabajo con la misma intensidad y dedicación, como cuando siendo más joven, disfrutaba de la plenitud de sus facultades para ejecutarlo. En este sentido, la pensión de vejez, por su misma naturaleza, está íntimamente ligada al “derecho al mínimo vital”, es decir a la prerrogativa de continuar percibiendo los mismos ingresos o, por lo menos, unos ingresos

cercanos (por ejemplo, el (sic) 75%) a aquellos que devengaba, para así poder satisfacer sus necesidades personales y familiares, sin sufrir mayor menoscabo, y en unas condiciones que respondan al nivel y a la dignidad de vida alcanzados por él, con su esfuerzo laboral, hasta ese momento" [11] .

De lo expuesto anteriormente se puede concluir que en virtud del principio de solidaridad, nadie puede permanecer indiferente frente a la desprotección de un adulto mayor, y que el Estado, la sociedad y la familia, cada uno desde su perspectiva, debe contribuir a protegerlo con el fin de que no se vea vulnerado su derecho al mínimo vital. Por ello la Corte ha invocado este principio para brindar protección, tanto a mayores en estado de indigencia que no cumplen los requisitos de tiempo y edad para que les sea reconocida su pensión [12] , como a adultos retirados de su cargo por alcanzar la edad de retiro forzoso sin empezar a percibir efectivamente la mesada pensional, habiendo completado el tiempo de servicio [13] .

15. Situaciones como la del actor del presente caso, se encuentran ubicadas entre los dos extremos anteriores; más hacia el lado de quienes tienen oportunidad de percibir una pensión, que hacia el lado de quienes tienen que ser protegidos por estado de indigencia porque en un país como Colombia la mayoría de personas de edad avanzada viven sin cobertura de pensiones. Teniendo en cuenta la voz del derecho romano "In eo quod plus sit Samper inest et minus", en lo que es más siempre está lo menos, los fundamentos constitucionales anteriormente expuestos sirven para concluir que el derecho al mínimo vital de todos los adultos mayores tiene que ser protegido independientemente del punto de la línea en que se encuentren. Otra cosa es que entre más cotizaciones tenga más deberá propenderse por la obtención de una pensión y si carece de cotizaciones tendría que optarse por asistencia social mediante subsidio. Asimismo, la posibilidad de escoger una indemnización sustitutiva dependiendo del caso, también debe ser protegida por el Estado, la familia y la sociedad, mientras se hace efectiva.

A continuación la Sala pasará a analizar lo que ha dicho la jurisprudencia de la Corte sobre el retiro de un trabajador por alcanzar la edad de retiro forzoso, cuando tiene causado su derecho a la pensión.

La edad de retiro forzoso como causal de desvinculación de los trabajadores y la normatividad relacionada con mantener al trabajador en el cargo hasta que devengue su pensión de vejez. Reiteración de jurisprudencia 16.

La Corte Constitucional ha determinado que el establecimiento de una edad de retiro forzoso por parte del legislador no contraviene disposiciones constitucionales, porque con ello se persiguen fines propios del Estado Social de Derecho, dado que tiene que intervenir para garantizar principios como el derecho al trabajo, la igualdad de oportunidades en el acceso a cargos públicos, la redistribución y renovación del empleo público como recurso escaso que es y la atención de los criterios de eficiencia.

17. En ese sentido, en la sentencia C-351 de 1995 [14] , por medio de la cual se declaró exequible el artículo 31 [15] del Decreto 2400 de 1968, "

por el cual se modifican las normas de personal civil y se dictan otras disposiciones ", la Corte afirmó: "La Carta Política establece el criterio del factor edad como causal de retiro forzoso; las necesidades de la vida social exigen que se determine cuál es esa edad, luego es al legislador a quien corresponde hacerlo de acuerdo con su naturaleza ordenadora".

18. En la sentencia C-1037 de 2003 [16] , por medio de la cual se declaró la exequibilidad condicionada del parágrafo 3° del artículo 9° [17] de la Ley 797 de 2003 [18] , siempre y cuando además de la notificación del reconocimiento de la pensión no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente, así se pronunció la Corte:

"11.- La Corte considera que el mandato constitucional previsto en el artículo 2° de la Constitución, según el cual el Estado debe garantizar la " efectividad de los derechos ", en este caso del empleado, público o privado, retirado del

servicio asegurándole la “ remuneración vital ” que garantice su subsistencia, su dignidad humana y los derechos de los trabajadores impone el deber de dictar una sentencia aditiva, esto es que agregue un supuesto de hecho o requisito a los señalados por el legislador con el fin de hacer compatible la norma con la Constitución Política. En este caso es necesario adicionar a la notificación de la pensión la notificación de su inclusión en la nominas de pensionados correspondiente.

“La desmejora en los ingresos del trabajador al cambiar su status de trabajador activo al de pensionado, dado que en el mejor de los casos recibirá lo equivalente al 75% de su salario, no puede traducirse tampoco en que no reciba la mesada pensional durante ese intervalo de tiempo, puesto que dicha situación cercenaría, también, la primacía que la Carta reconoce a los derechos inalienables de la persona, en este evento del trabajador.

“Esta circunstancia permite a la Corte concluir que no puede existir solución de continuidad entre la terminación de la relación laboral y la iniciación del pago efectivo de la mesada pensional, precisamente para asegurar al trabajador y a su familia los ingresos mínimos vitales, así como la efectividad y primacía de sus derechos (C.P., arts. 2° y 5°). Por tanto, la única posibilidad de que el precepto acusado devenga constitucional es mediante una sentencia aditiva para que el trabajador particular o servidor público sea retirado sólo cuando se le garantice el pago de su mesada pensional, con la inclusión en la correspondiente nómina, una vez se haya reconocido su pensión.

“La Corte constata que con este condicionamiento no se incurre en la prohibición constitucional conforme a la cual no se pueden recibir dos asignaciones que provengan del tesoro público (C.P., art.128), en relación con los pensionados del sector público, pues una vez se incluye en la nómina correspondiente el pago de la mesada pensional respectiva debe cesar la vinculación laboral.

“Por ello, la Corte declarará EXEQUIBLE el parágrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, mediante sentencia aditiva, pues además de la notificación del reconocimiento de la pensión exigirá, para hacerla conforme con la constitución, la notificación de su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente. En síntesis la Corte adiciona a la primera notificación, otra, la de su inclusión en la nomina de pensionados”.

19. Posteriormente, en la sentencia C-501 de 2005 [19] , la Corte declaró la exequibilidad del literal e) del artículo 41 [20] de la Ley 909 de 2004 [21] , siempre y cuando además de la notificación del reconocimiento de la pensión, no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente al funcionario pensionado su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente.

“Cuando un servidor público ha laborado durante el tiempo necesario para acceder a la pensión de vejez, resulta razonable que se prevea la terminación de su relación laboral cuando la disminución de su producción laboral puede afectar la eficiente y eficaz prestación del servicio a cargo de la entidad. Esta posibilidad a la vez que permite el acceso a dicho cargo a otras personas en condiciones de igualdad, garantiza el derecho del ex funcionario a disfrutar de la pensión. Sin embargo, a fin de garantizar la efectividad de los derechos del pensionado y asegurar que pueda gozar del descanso, en condiciones dignas, es preciso, que dicha causal opere a partir del momento en que se hace efectivo ese derecho, esto es, a partir de la inclusión del funcionario en la nómina de pensionados de la entidad”.

La norma analizada en esta ocasión era de contenido normativo similar al parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, analizado en la sentencia C-1037 de 2003.

20. Por los anteriores argumentos es que en virtud del control concreto de constitucionalidad, diferentes Salas han protegido el derecho al reintegro laboral para que se completen las cotizaciones que la ley exige para el reconocimiento de la pensión de vejez [22] .

Así resumió esta misma Sala, en la sentencia T-487 de 2010, las razones que han sido tenidas en cuenta para ordenar el reintegro de funcionarios públicos desvinculados por alcanzar la edad de retiro forzoso:

“4. La Corte Constitucional ha ordenado el reintegro de funcionarios públicos que han sido desvinculados de su cargo por cumplir con la edad de retiro forzoso. La Sala de Revisión considera que los argumentos que se han expuesto para proferir este tipo de decisiones se pueden clasificar en los siguientes: i) en este tipo de casos se presenta una vulneración del derecho fundamental al mínimo vital del funcionario, ii) que el no reconocimiento y pago de la pensión de jubilación del accionante obedece a una conducta negligente de la entidad demandada, iii) y a que el actor es un sujeto de especial protección constitucional pues es un sujeto de la tercera edad, motivo por el cual merece una especial protección del Estado. En este tipo de casos se ha concluido que se ha realizado una aplicación literal de la causal de retiro forzoso sin tener en cuenta los mandatos constitucionales que rigen esta institución”.

La Corte señaló en la sentencia T-012 de 2009, que la desvinculación de un servidor público por haber llegado a la edad de retiro forzoso no debe atender solamente criterios objetivos:

“Es por ello que la Corte debe precisar, tal y como se señaló, que si bien la fijación de una edad de retiro como causal de desvinculación del servicio es constitucionalmente admisible, su aplicación debe ser razonable de tal manera que, en cada caso concreto, responda a una valoración de las especiales circunstancias de los trabajadores, toda vez que ella no puede producir una vulneración de sus derechos fundamentales, máxime teniendo en cuenta que se trata de personas de la tercera edad, y que por esa causa merecen una especial protección constitucional. De otra forma, una aplicación objetiva de la medida, sin atender a las particularidades de cada situación, tendría un efecto perverso para sus destinatarios, por que podría desconocer sus garantías fundamentales de los trabajadores, en razón a que se les privaría de continuar trabajando y percibiendo un ingreso, sin que su solicitud de pensión hubiese sido decidida de fondo, avocándolos inclusive de manera eventual a una desprotección en lo relacionado con su servicio de salud.” 21.

De otra parte vale la pena señalar que en la ley también se ha visto reflejado lo dicho por la jurisprudencia de la Corte, en el sentido de tomar una decisión razonada antes de desvincular a un funcionario público por llegar a la edad de retiro forzoso sin haber completado el tiempo necesario para alcanzar la pensión de jubilación.

La Ley 790 de 2002 [23] , creó la figura del Retén Social y dio origen a la noción de prepensionado. Esta figura consiste en una medida de protección a la estabilidad laboral conforme a la cual, en el desarrollo del “ Programa de Renovación de la Administración Pública ”, ciertos grupos de la población no pueden ser retirados del servicio. Uno de estos grupos está conformado por los servidores públicos a quienes les falte un máximo de tres años para cumplir con la totalidad de los requisitos de edad y tiempo de servicio para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez [24] .

Así se pronunció la Corte frente a este grupo en la sentencia T-338 de 2008: “Así, la noción de persona próxima a pensionarse, en el nuevo contexto jurídico, debe formularse en relación con el término de liquidación de las empresas objeto del programa de renovación de la administración pública. Por tanto, se considerarán prepensionados aquellas personas próximas a pensionarse que cumplan con los requisitos para tal efecto dentro del término de liquidación de la empresa, fijado por el acto que la suprime y hasta tanto se liquide y se extinga su personalidad jurídica.

“La proximidad en la consolidación del derecho a obtener la pensión de vejez, debe ser analizada en cada caso particular y concreto con base en criterios de razonabilidad, para que esta protección se extienda a quienes realmente se encuentran frente a una clara expectativa de causar el derecho pensional”.

Si bien los destinatarios de esta figura son los servidores públicos vinculados a una entidad estatal destinada a liquidarse en virtud del “ Programa de Renovación de la Administración Pública”, que no es el caso que nos ocupa, el ejemplo sirve como parámetro de interpretación jurídica para no tomar estas decisiones únicamente bajo criterios objetivos.

22. En suma, la Corte ha precisado que la desvinculación de un funcionario por alcanzar la edad de retiro forzoso no puede llevarse a cabo de manera objetiva y automática, sin analizar antes las particularidades de cada caso, debido a que como la decisión implica privar de un ingreso a una persona de la tercera edad, ello puede tener consecuencias transgresoras de garantías fundamentales que pueden ir desde el derecho al mínimo vital hasta el derecho a la salud. En otras palabras, la desvinculación de los trabajadores por el motivo de alcanzar la edad de retiro forzoso, sin haber alcanzado a cumplir los requisitos para obtener su pensión, debe hacerse con base en argumentos razonables y medidas de proporcionalidad entre la posibilidad legal del empleador de tomar dicha decisión, y la situación de desprotección en que pueda quedar el trabajador; ello porque la omisión del empleador en evaluar las circunstancias particulares del adulto mayor, puede devenir en vulneración de los derechos al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas.

En ese orden de ideas la Sala pasa a resolver el caso concreto. Caso concreto 18. En primer lugar, se entra a determinar la procedibilidad de la presente acción de tutela. El actor es un ciudadano de 66 años de edad, que trabajó como vigilante durante 19 años y 9 meses y medio, y cuya única fuente de ingreso era el salario que devengaba en dicho cargo; debido a que fue separado de su trabajo faltándole 2 meses y medio para completar los 20 años que exige la ley, no pudo acceder al reconocimiento de su pensión de vejez; en razón a su edad se encuentra fuera del mercado laboral, tiene esposa a su cargo y manifiesta que ninguno de los dos cuenta con servicio de salud a raíz de la desvinculación laboral.

19. Afirma que el estado de salud de su esposa se ha venido deteriorando y que su salario era la única fuente de ingreso. Acredita esta información con dos declaraciones extraprocesales de terceros hechas ante Notario. La Sala estima que las consideraciones anteriores son suficientes para considerar procedente la acción de tutela.

20. El acto administrativo por medio del cual fue desvinculado, decreto N° 0345 de 5 de febrero de 2010, se basó en las siguientes normas para ordenar el retiro del servicio: artículo 31 del Decreto Nacional 2400 de 1969, artículo 122 del Decreto Nacional 1950 de 1973 y artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

El artículo 41 de la Ley 909 de 2004 dispone: “RETIRO DE LOS EMPLEADOS PUBLICOS. Artículo 41. Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

(…) “e) Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez; (…)” 23. De acuerdo con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia, la exigencia de solidaridad del Estado, la familia y la sociedad es mucho más alta cuando se trata de proteger al adulto mayor. Esa protección debe dirigirse a salvaguardar el derecho al mínimo vital del mayor adulto, ya se encuentre en estado de indigencia o ad portas de recibir una pensión de vejez. Es por esto que la desvinculación de un funcionario por alcanzar la edad de retiro forzoso no puede hacerse antes de que el trabajador sea efectivamente incluido en la nómina de pensionados.

La situación del señor Cardona aparentemente difiere de las anteriores porque cuando fue retirado del servicio no había causado su pensión de vejez; esta es una circunstancia que aumenta el grado de solidaridad que ha debido mostrar la Gobernación de Antioquia con el trabajador, porque si el Estado Social de Derecho protege el mínimo vital de quien ya tiene derecho a una pensión de vejez pero aún no la percibe, con mayor razón debería proteger a quien le falta tan poco tiempo para causarlo, entre muchas otras razones porque esto genera un beneficio colectivo. Al señor Cardona le faltaban menos de tres meses para causar su pensión cuando fue desvinculado, había cotizado más del 99% del tiempo requerido; poner en riesgo su mínimo vital por tan poco tiempo es una conducta ajena al principio de solidaridad.

24. La Sala estima que la acción de tutela procede contra el acto administrativo de desvinculación porque su contenido devino en la vulneración del derecho a la seguridad social y al mínimo vital del actor. En el presente caso se dan los 3 requisitos que han sido considerados por las diferentes Salas para ordenar el reintegro en casos en que el trabajador ya tiene causada su pensión de vejez: i) se presenta una vulneración del derecho fundamental al derecho al mínimo vital del

funcionario porque su salario era su única fuente de ingreso y no está percibiendo mesada pensional; ii) el no reconocimiento y pago de la pensión de jubilación por parte de Pensiones de Antioquia obedece a una conducta negligente de la Gobernación de Antioquia porque su decisión de retirar del cargo a Luis Aníbal Cardona, obedeció únicamente a criterios objetivos; y iii) el actor, de 66 años de edad, es un sujeto de especial protección constitucional.

Como se dijo anteriormente, tales requisitos son aplicables al caso del señor Cardona, porque se trata de un adulto mayor que se encuentra en una posición todavía mas precaria que la del anterior grupo, porque la situación de faltarle apenas dos meses y medio para completar los 20 años de servicio pone en riesgo como en efecto ocurrió, su derecho al mínimo vital, porque se le presiona a optar por una indemnización sustitutiva que en su caso es menos favorable que devengar una pensión de vejez.

Por consiguiente la Sala considera que el actor ha debido ser mantenido en el cargo hasta completar los 20 años de cotizaciones, y luego de completarlos, ha debido permanecer en el mismo, hasta que el Fondo de Pensiones le empezara a pagar efectivamente su mesada pensional.

Por ello ordenará a la Gobernación de Antioquia revocar la resolución mediante la cual declaró insubsistente al accionante para que en su lugar opere el reintegro sin solución de continuidad y el trabajador adquiera su derecho al momento de la notificación de este fallo, con base en el tiempo que ha transcurrido desde su desvinculación.

25. El argumento de falta de subsidiariedad decretado en el fallo de tutela de primera instancia y confirmado en el de segunda no tiene asidero en el presente caso, porque someter al actor a iniciar una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, faltándole menos de tres meses para completar las cotizaciones requeridas para obtener su pensión de vejez resulta desproporcionado; asimismo conllevaría el agravamiento de su derecho al mínimo vital por el transcurso del tiempo haciendo más ostensible el perjuicio irremediable; contrario a lo manifestado por los jueces de instancia, para la Sala este perjuicio se evidencia en consideración a la terminación del contrato de trabajo del cargo de vigilante, sin que se haya completado el tiempo para consolidar su derecho a devengar la pensión de vejez.

26. Por las anteriores razones la Sala revocará el fallo proferido el 20 de septiembre de 2010, por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, mediante el cual se confirmó la providencia dictada el 5 de agosto de 2010, por el Juzgado 21 Penal del Circuito de Medellín que denegó la acción de tutela por improcedente y en su lugar concederá el amparo para proteger el derecho a la seguridad social del actor. En segundo lugar, ordenará a la Gobernación del Departamento de Antioquia revocar la orden de retiro del cargo del señor Luis Aníbal Cardona, impartida mediante el Decreto 0345 de 2010, para que en su lugar opere la figura del reintegro sin solución de continuidad y el trabajador adquiera de inmediato su pensión de vejez, toda vez que ya han transcurrido más de dos meses y medio desde su vinculación. En tercer lugar, dejará sin efectos la resolución N° 0009297 de 19 de marzo de 2010, “ por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición y en subsidio el de apelación” y ordenará a la Gobernación de Antioquia que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, expida un nuevo acto administrativo por medio del cual se reintegre SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD, a Luis Anibal Cardona al cargo de Celador o a uno de las mismas condiciones salariales que el que venía desempeñando, para que el adquiera su derecho a la pensión de vejez cuando se notifique este fallo, sin que tenga que volver a laborar durante el tiempo que le hacía falta para completar los 20 años de servicio.

Si bien el establecimiento público “Pensiones de Antioquia ” no forma parte del litigio trabado con la presente acción de tutela, y éste fue vinculado en Sede de Revisión, para la Sala es claro que dicha entidad no vulneró derecho fundamental alguno del actor. No obstante, se dejará sin efectos la resolución N° 000284 del 23 de Junio de 2010, proferida por Pensiones de Antioquia, por medio de la cual se negó la pensión de vejez al señor Luis Aníbal Cardona, y se le ordenará tener como válidos los extremos de la relación laboral existente entre el Departamento de Antioquia y Luis Aníbal

Cardona, desde el 27 de abril de 1990 hasta la fecha de notificación de esta sentencia y RECONOCER Y PAGAR, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, la pensión de vejez del actor, sin que éste tenga que volver a laborar durante el tiempo que le hacía falta cuando fue desvinculado por la Gobernación de Antioquia, para completar los 20 años de servicio.

III. DECISIÓN En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución RESUELVE:

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión de términos decretada por la Sala de Revisión. SEGUNDO.- REVOCAR el fallo proferido el 20 de septiembre de 2010, por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, mediante el cual se confirmó la providencia dictada el 5 de agosto de 2010, por el Juzgado 21 Penal del Circuito de Medellín que denegó la acción de tutela por improcedente, y en su lugar CONCEDER el amparo del derecho a la seguridad social y al mínimo vital de Luis Aníbal Cardona .

TERCERO.- ORDENAR a la Gobernación del Departamento de Antioquia revocar la orden impartida mediante el Decreto 0345 de 2010, por la cual se ordenó el retiro del cargo del señor Luis Aníbal Cardona para que en su lugar, la figura del reintegro opere sin solución de continuidad.

CUARTO.- DEJAR SIN EFECTOS la resolución N° 0009297 de 19 de marzo de 2010, expedida por la Gobernación de Antioquia, " por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición y en subsidio el de apelación" y ORDENAR a la Gobernación de Antioquia, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, expida un nuevo acto administrativo donde se reintegre sin solución de continuidad, a Luis Aníbal Cardona al cargo de Celador que venía desempeñando o a uno de las mismas o mejores condiciones y salario.

QUINTO.- DEJAR SIN EFECTOS la resolución N° 000284 del 23 de Junio de 2010, proferida por el Fondo de Pensiones de Antioquia, por medio de la cual se negó la pensión de vejez al señor Luis Aníbal Cardona, y ORDENAR al Fondo de Pensiones de Antioquia, RECONOCER Y PAGAR a Luis Aníbal Cardona su pensión de vejez, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia por el tiempo laborado entre el 27 de abril de 1990 y la fecha de notificación de esta sentencia.

SEXTO.- LÍBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados. Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ Magistrado GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO Magistrado Con aclaración de voto JORGE IVÁN PALACIO PALACIO Magistrado MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO Secretaria General ACLARACION DE VOTO DEL MAGISTRADO GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO A LA SENTENCIA T-495/11 Referencia: expediente T-2862165 Acción de tutela instaurada por LUIS ANIBAL CARDONA contra la Gobernación de Antioquia.

Magistrada Ponente: JUAN CARLOS HENAO PEREZ Mi aclaración de voto obedece a lo siguiente: A no dudarlo, la decisión de disponer el reintegro del demandante permite que éste complete los dos meses y medio que le hacen falta para sumar los 20 años requeridos para acceder al derecho pensional, lo cual ocurriría a partir del 20 de abril de 2010, teniendo en cuenta que su desvinculación se produjo el 5 de febrero de 2010. En efecto, entre el 5 de febrero de 2010 y el 20 de abril de 2010 se contarían esos dos meses y medio. Luego la pensión del demandante se causaría a partir del 21 de abril de 2010, fecha desde la cual tendría derecho a disfrutar de dicha prestación. Esta precisión se hace indispensable por cuanto en las motivaciones de la presente decisión nada se dice al respecto no obstante que la orden de reintegro claramente va encaminada a alcanzar dicho propósito y no el que el demandante se incorpore efectivamente y siga laborando, pues el hecho de haber alcanzado la edad de retiro forzoso no se puede desconocer. El amparo concedido se limita entonces a que el trabajador complete el tiempo de servicio y a partir del día siguiente comience a devengar su

pensión. A mi juicio las dudas que surgirían de la forma imprecisa en que está concedida la tutela deben resolverse en el sentido anotado.

Fecha ut supra, GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO Magistrado [1] " ARTICULO 86 CP. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

"La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

"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.

"En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. "La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión ." [2] "ARTICULO 6º - 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 encuentra el solicitante".

[3] Sentencia T-044 de 2011. [4] Ibidem [5] "ARTICULO 46 CP. El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria.

"El Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia". [6] ARTICULO 1º CP. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

[7] Ver S entencia T-009 de 2012. [8] Ver también la Sentencia T-126 de 2012. [9] Artículo 95, numeral 2° de la Constitución Política. [10] Así definió la Corte Constitucional el Derecho al Mínimo Vital en la Sentencia T-012 de 2009:

"…constituye la porción de los ingresos del trabajador o pensionado que están destinados a la financiación de sus necesidades básicas, como son la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la recreación, la atención en salud; prerrogativas cuya titularidad son indispensables para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana, valor fundante del ordenamiento jurídico constitucional".

[11] Sentencia T-007 de 2010. "Colombia es un Estado Social de Derecho, fundado en la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad y en la prevalencia del interés general sobre el particular (artículo 1° de la Constitución), estando sus autoridades instituidas para proteger a todos los residentes en el territorio nacional en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares (art. 2° inciso 2º Const.).

“Dentro de los fines esenciales del Estado está garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (art. 2° inciso 1º) y garantizar cardinalmente el derecho a la vida (art. 11) y, entre muchos otros, la vivienda digna (art.

51), debiendo resaltarse además que, frente a personas que, entre otras, por su condición económica, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, emerge el deber de protegerlas especialmente (art. 13 inciso 3°)”.

[12] Ver Sentencia T-833 de 2010. [13] Ver Sentencias T-012 de 2009, T-007 de 2010 y T-660 de 2011 entre muchas otras. [14] Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968 "

por el cual se modifican las normas que regulan la administración de personal civil y se dictan otras disposiciones ". [15] "Artículo 31. Todo empleado que cumpla la edad de sesenta y cinco (65) años, será retirado del servicio y no será reintegrado. Los empleados que cesen en el desempeño de sus funciones por razón de edad, se harán acreedores a una pensión por vejez, de acuerdo a lo que sobre el particular establezca el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos.

"Exceptúanse de esta disposición los empleos señalados por el inciso 2 del artículo 29 de este decreto." [16] Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 9° (parcial) de la Ley 797 de 29 de enero de 2003, 29 del Decreto Ley 2400 de 1968 y 119, 120, 121 y 124 del Decreto 1950 de 1973.

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 5, parcial, de la Ley 443 de 1998 “ por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones ” [17] “ARTÍCULO 9°. El artículo 33 de la Ley 100 quedará así:

(...) “ PARÁGRAFO 3o. Se considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión. El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones.

“Transcurridos treinta (30) días después de que el trabajador o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión, si este no la solicita, el empleador podrá solicitar el reconocimiento de la misma en nombre de aquel.

“Lo dispuesto en este artículo rige para todos los trabajadores o servidores públicos afiliados al sistema general de pensiones. (...)” [18] “ Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales y exceptuados” [19] Demanda de inconstitucionalidad contra los literales c) y e) y el parágrafo 1º del artículo 41, y el numeral 2 del artículo 42 de la Ley 909 de 2004.

[20] “RETIRO DE LOS EMPLEADOS PUBLICOS. Artículo 41. Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

“e) Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez; [21] por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

[22] Ver sentencias T-012 de 2009, T-865 de 2009 y T-007 de 2010. [23] “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”.

Ley 790 de 2002: “ Artículo 12. Protección especial. De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley”.

[24] Los otros dos grupos están compuestos por: (i) las madres o padres cabeza de familia con hijos menores de 18 años o inválidos que dependan exclusivamente de aquellos y cuya única alternativa económica sea la proveniente de la entidad a la cual están vinculados, y (ii) los discapacitados con alguna limitación física, mental, visual o auditiva.

Fuente: Corte Constitucional, relatoría oficial. Documento original:
Copia de consulta hecha el 9 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.