

Sentencia T-360/17



Referencia: Expedientes T-5.964.701 y T-5.965.236 (acumulado).

Acciones de tutela interpuestas por: (i) David Herrera Trejos contra el Departamento de Caldas-Secretaría de Educación y (ii) Lucía Duarte Galvis contra la Alcaldía Mayor de Bogotá.

Magistrado Ponente:
ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Bogotá D.C., treinta (30) de mayo de dos mil diecisiete (2017)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado y los magistrados Antonio José Lizarazo Ocampo y Alejandro Linares Cantillo, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

A. LAS DEMANDAS DE TUTELA

1. Los expedientes que se estudian a continuación fueron seleccionados y acumulados mediante Auto del 14 de febrero de 2017, proferido por la Sala de Selección Número Dos de esta Corte.

2. En los dos casos acumulados, el señor David Herrera Trejos (T.5.965.236) y la señora Lucía Duarte Galvis (T.5.964.701) interpusieron acción de tutela contra el Departamento de Caldas (Secretaría de Educación) y la Alcaldía Mayor de Bogotá, respectivamente, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, a la seguridad social, al trabajo, al mínimo vital y al debido proceso, como consecuencia, en el primer caso, de la declaración de insubsistencia de su relación laboral por cumplir la edad de retiro forzoso, pese a que le faltan 139 semanas para adquirir el estatus de pensionado, y, en el segundo, por la terminación de la vinculación con la Alcaldía Mayor de Bogotá por cumplirse el término del empleo de carácter temporal que detentaba la accionante, a pesar de que tiene una enfermedad catastrófica y le faltan 72 semanas para pensionarse.

3. Frente a lo anterior, los accionantes interpusieron acción de tutela para ordenar el reintegro inmediato al cargo que venían desempeñando hasta que

cumplan las semanas requeridas para pensionarse y se paguen los salarios dejados de percibir por causa de la desvinculación de las entidades.

Expediente T-5965236 (David Herrera Trejos contra el Departamento de Caldas-Secretaría de Educación)

B. HECHOS RELEVANTES

4. El señor David Herrera Trejos fue designado en propiedad mediante el Decreto No. 021 del 24 de junio de 1992 para desempeñar el cargo de celador grado 2 en la Institución Educativa “Escuela Normal Superior Rebeca Sierra Cardona” del Municipio de Anserma, Caldas¹.

5. El 19 de abril de 2016, el Secretario de Educación del Departamento de Caldas, mediante la Resolución No. 3182-6, retiró del servicio al señor Herrera por cumplir la edad de retiro forzoso (65 años)².

6. El accionante presentó recurso de reposición contra la Resolución No. 3182-6 solicitando que se revocara la decisión y lo restituyera al cargo, mientras cumplía las semanas necesarias para pensionarse³.

7. El 26 de mayo de 2016, el Secretario de Educación del Departamento de Caldas resolvió el recurso de reposición, por medio de la Resolución No. 4266-6, en la cual reafirmó que los 65 años es la edad de retiro forzoso y también un impedimento para continuar desempeñando cargos públicos, salvo que se trate “*de ocupar posiciones de Presidente de la República, Ministro de Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, Superintendente, Viceministro, Secretario General de Ministerio o Departamento Administrativo*”⁴.

8. Informó el accionante que antes de cumplir la edad de retiro forzoso, solicitó a Colpensiones el reconocimiento de su pensión de vejez, la cual fue negada mediante la Resolución GNR 33685 del 13 de febrero de 2015. En dicha Resolución se consignó que el accionante había cotizado 1161 semanas para esa fecha y le faltarían 139 semanas para completar las 1300 semanas requeridas para obtener la pensión de vejez⁵.

9. El accionante afirmó que su única fuente de ingresos era el salario que percibía trabajando en la Institución Educativa “Escuela Normal Superior Rebeca Sierra Cardona”.

¹ Folio 2 en el cuaderno principal.

² Folio 8 en el cuaderno principal. Aunque se precisa que hoy la edad de retiro fue modificada por la Ley 1821 de 2016 a setenta años. Sin embargo esta ley se promulgó el 30 de diciembre de 2016, es decir, tiempo después de que desvincularan al accionante.

³ Folio 3 del cuaderno principal.

⁴ Folio 9 del cuaderno principal.

⁵ Folio 10 del cuaderno principal.

C. RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONADA Y VINCULADAS

Accionado: Departamento de Caldas-Secretaria de Educación

10. Solicitó que se negaran las pretensiones de la tutela argumentando que la desvinculación del señor Herrera obedeció al cumplimiento de una obligación legal consistente en la aplicación de las causales de retiro de los servidores públicos consagradas en el artículo 41 de Ley 909 de 2004 y el artículo 31 del Decreto Ley 2400 de 1968, según las cuales los 65 años es la edad de retiro forzoso del cargo.

Vinculado: Institución Educativa “Escuela Normal Superior Rebeca Sierra Cardona” del Municipio de Anserma, Caldas.

11. Informó la rectora de la Institución Educativa que no es la representante legal de la institución, por lo cual remitió a la oficina administrativa y financiera de la Secretaría de Educación Departamental⁶ para que dé respuesta a la solicitud. No obstante lo anterior, adjuntó la nómina contenida en el archivo institucional en la cual constan reconocimientos salariales al señor Herrera desde el 1 de abril hasta el 30 de julio de 1991⁷.

D. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN

Primera instancia: Sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, Caldas del 12 de agosto de 2016.

12. El juzgado declaró improcedente la acción de tutela porque el accionante no acreditó la vulneración al mínimo vital para la configuración de un perjuicio irremediable, y además, porque dispone de otros medios de protección judicial del derecho, a saber: la acción de nulidad y restablecimiento del derecho con medidas cautelares que decreten la suspensión provisional del acto acusado⁸.

Impugnación

13. El 19 de agosto de 2016, el accionante impugnó el fallo de tutela argumentando que su único medio de subsistencia era el ingreso que recibía por su salario y que ello bastaba para acreditar la vulneración al mínimo vital⁹. También alegó que al ser una persona de 65 años no puede esperar el tiempo que se tarda un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho.

14. De acuerdo con los anteriores argumentos, el accionante solicitó que se revoque el fallo de primera instancia, las Resoluciones No. 3182-6 y No. 4266-6 de la Secretaria de Educación del Departamento de Caldas y, en

⁶ Ver respuesta de accionado.

⁷ Cf. Folio 28 del cuaderno tercero.

⁸ Cf. Folio 27a del cuaderno principal.

⁹ Folio 35 del cuaderno principal.

consecuencia, lo reintegren al cargo hasta cumplir las 1300 semanas para obtener la pensión de vejez. Además, pidió que le sea pagado el salario que dejó de percibir desde su desvinculación.

Segunda instancia: Sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, el 22 de septiembre de 2016.

15. El *ad quem* confirmó el fallo de tutela de primera instancia argumentando que no procede la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, porque no existen pruebas sumarias que identifiquen la dificultad de reclamar el derecho en la vía ordinaria materializada en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho.

E. ACTUACIONES ADELANTADAS ANTE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y PRUEBAS RECAUDADAS EN SEDE DE REVISIÓN

Expediente T-5965236 (David Herrera contra el Departamento de Caldas-Secretaría de Educación)

16. El Magistrado Sustanciador, con fundamento en el artículo 64 del Acuerdo 02 de 2015 (Reglamento de la Corte Constitucional), profirió el Auto del 10 de marzo de 2017 en el cual ordenó:

“PRIMERO. Por Secretaría General de esta Corporación, **OFÍCIESE** al señor David Herrera¹⁰, para que dentro del término de tres (3) días siguiente al recibo de la notificación de esta providencia, informe y/o acredite:

- (a) ¿Quiénes integran actualmente su núcleo familiar?
- (b) ¿Cuál es la fuente actual de sus recursos económicos y de qué manera sufragan los gastos familiares?
- (c) ¿Tiene personas a cargo? En caso positivo indique ¿quiénes y cuántas personas?
- (d) ¿Es propietario de bienes inmuebles o muebles o, tiene alguna participación en sociedades? En caso afirmativo, ¿cuál es su valor y la renta que puede derivar de ellos?
- (e) ¿Cuenta con el apoyo económico de un familiar? En caso afirmativo, detalle en qué consiste.
- (f) Detalle su situación económica actual.

SEGUNDO. Por Secretaría General de esta Corporación, **VINCÚLESE** a la Institución Educativa Normal Superior Rebeca Sierra Cardona del

¹⁰ Recibirá direcciones en la Calle 22 No. 21-40 Edificio Jaramillo Oficina 305. Celular: 3117291238.

Municipio de Anserma, Caldas en el presente proceso para que dentro del término de 48 horas se pronuncie sobre esta acción de tutela.

TERCERA. Por Secretaría General de esta Corporación, **OFÍCIESE** a la Institución Educativa Normal Superior Rebeca Sierra Cardona del Municipio de Anserma, Caldas, así como a la Gobernación de Caldas para que dentro del término de tres (3) días siguiente al recibo de la notificación de esta providencia, informen y/o acrediten:

- (a) ¿Bajo qué modalidad de vinculación se encontraba el señor David Herrera Trejos con Institución Educativa Normal Superior Rebeca Sierra Cardona del Municipio de Anserma, Caldas? Para el efecto, deberá aportar todos los documentos que acrediten el contenido de su respuesta...”¹¹.

17. En atención al Auto del magistrado sustanciador, se pronunciaron (i) la señora Claudia Sáenz Olivar, Rectora de la Escuela Normal Superior Rebeca Sierra Cardona; (ii) el Grupo Jurídico de la Secretaría de Educación Departamental de Manizales y (iii) el señor David Herrera Trejos.

Rectora de la Escuela Normal Superior Rebeca Sierra Cardona¹²

18. La Rectora dio respuesta al cuestionario del Magistrado Sustanciador e informó que no es la representante legal de la Institución Educativa, por lo cual ha remitido el cuestionario a la oficina Administrativa y Financiera de la Secretaría de Educación Departamental para que dé respuesta. Allegó información indicando las Resoluciones de reconocimiento, mediante las cuales le hacían pagos al señor Herrera¹³.

Grupo Jurídico de la Secretaría de Educación Departamental de Manizales¹⁴

19. Informó que el señor Herrera trabajó como celador código 6020 grado 03 en la norma nacional de señoritas del Municipio de Anserma, pagado con recursos de la Nación, desde el 1 de julio de 1992 hasta el 30 de junio de 2016. Sin embargo, relata que fue retirado del servicio mediante la Resolución No. 3182-6 del 19 de abril de 2016 por haber cumplido 65 años de edad y encontrarse en situación de retiro forzoso¹⁵.

David Herrera Trejos

20. Relató que su grupo familiar lo integra su sobrina, sus tres hijos y su esposo. Desde que fue retirado del servicio no recibe ingresos, por lo que depende de la colaboración del esposo de su sobrina para su alimentación y

¹¹ Folios 14 y 15 del cuaderno tercero.

¹² Documento del 21 de marzo de 2017 suscrito por Claudina Sáenz Olivar.

¹³ Folio 28 del cuaderno tercero.

¹⁴ Documento del 22 de marzo de 2017 suscrito por Andrea Soto Suárez.

¹⁵ Folios 25 y 26 del cuaderno tercero.

vivienda. También informó que tiene una casa en La Victoria, Valle, donde vive su hermano y pese a que no está alquilada, su renta la estima en \$350.000 pesos¹⁶. Por último, aportó una declaración juramentada en la que el señor Óscar de Jesús Ramírez manifestó que conoce al señor David Herrera desde hace 30 años y que actualmente el accionante se encuentra en desamparo, imposibilitado económicamente para seguir aportando y viviendo con su sobrina¹⁷.

Expediente T-5964701 (Lucía Duarte Galvis contra la Alcaldía Mayor de Bogotá)

A. HECHOS RELEVANTES

21. La Alcaldía Mayor del Distrito de Bogotá creó una planta temporal de empleo por medio del Decreto Distrital 604 del 27 de diciembre de 2012 y prorrogada hasta el 30 de junio de 2016 por el Decreto Distrital 580 del 24 de diciembre de 2015¹⁸.

22. Por medio de la Resolución No. 025 del 18 de enero de 2013 de la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá¹⁹, fue vinculada la señora Lucía Duarte Galvis a la planta temporal en el cargo de auxiliar administrativa, grado 24, en la dependencia de la Alta Consejería para los Derechos de las Víctimas, la Paz y la Reconciliación de la Alcaldía Mayor del Distrito de Bogotá (“ACDVPR”)²⁰.

23. La vinculación de la accionante tenía una vigencia inicial hasta el 31 de diciembre de 2013²¹ y fue prorrogada²² hasta el 30 de junio de 2016, fecha límite establecida por el Decreto Distrital 580 de 2015 para la duración de la planta temporal²³.

24. En enero de 2016, le diagnosticaron a la accionante cáncer de seno izquierdo²⁴.

25. La accionante estuvo incapacitada desde el 18 de junio hasta el 2 de julio de 2016 y al presentarse a la Alcaldía el 5 de julio de 2016, no le fue permitido su ingreso²⁵, porque su vinculación había terminado el 30 de junio de 2016.

¹⁶ Folio 20 del cuaderno tercero.

¹⁷ Folio 23 del cuaderno tercero.

¹⁸ Folio 54 del cuaderno principal.

¹⁹ Folio 82 del cuaderno principal.

²⁰ Folio 3 del cuaderno principal.

²¹ Folio 78 del cuaderno principal.

²² En el folio 55 del cuaderno principal se explica que estas prórrogas fueron: (i) mediante la Resolución No. 605 del 8 de noviembre de 2013, modificada por la Resolución No. 690 del 31 de diciembre de 2013, le fue prorrogado el nombramiento en el cargo que venía desempeñando hasta el 31 de diciembre de 2014; (ii) mediante la Resolución No. 687 del 8 de noviembre de 2013, le fue prorrogado el nombramiento en el cargo que venía desarrollando hasta el 31 de diciembre de 2015, y (iii) mediante Resolución No. 759 del 30 de diciembre, le fue prorrogado el nombramiento del cargo que venía desempeñando hasta el 30 de junio de 2016.

²³ Folio 55 del cuaderno principal.

²⁴ Folio 2 y 27 del cuaderno principal.

²⁵ Folio 2 y 12 del cuaderno principal.

26. El día 7 de julio de 2016, la accionante le informó a la Alcaldía que había sido diagnosticada con cáncer en enero de ese año y le presentó el certificado de incapacidad por 15 días –comprendidos desde el 18 de junio hasta el 2 de julio de 2016–²⁶.

27. El 1 de septiembre de 2016, la Alcaldía le notificó la Resolución 681 de 2016, en la cual se reconocen y liquidan las prestaciones sociales por retiro del cargo el 30 de junio de 2016²⁷.

28. La accionante tiene 65 años, está afiliada al régimen de pensiones de prima media²⁸ y ha cotizado un total de 1228,57, según el reporte de semanas cotizadas en pensiones emitido por Colpensiones y actualizado al 25 de agosto de 2016²⁹, faltándole 72 semanas para cumplir las 1300 semanas requeridas legalmente para pensionarse. Igualmente, se encuentra afiliada al régimen contributivo de salud como cotizante.

B. RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONADA Y VINCULADAS

Accionado: La Alcaldía Mayor de Bogotá (Secretaría General)

29. Señaló que el Decreto Distrital 604 de 2012 creó una planta temporal desde el 1 de enero de 2013 hasta el 31 de diciembre de 2014 constituida con el objeto de “*garantizar continuidad en la prestación de servicios de los servicios institucionales, así como el logro de los objetivos y metas contempladas en los planes institucionales y en el Plan de Desarrollo Bogotá Humana*”³⁰. No obstante, indicó que el término de vigencia de la planta fue ampliado, por medio del Decreto Distrital 580 de 2015, hasta el 30 de junio de 2016. Asimismo, enfatizó que fue dentro de esta planta que la accionante fue nombrada en el cargo de auxiliar administrativo, código 407, grado 24 en la ACDVPR.

30. Argumentó que la creación de la planta se justificó para el logro “*de objetivos y metas contempladas en el Plan de Desarrollo de Bogotá Humana 2012-2016*”³¹. Sostuvo que el cargo que detentaba la accionante tenía vigencia determinada hasta el 30 de junio de 2016 y que actualmente no existe viabilidad legal, técnica y presupuestal para continuar con la planta temporal. Por lo anterior, informó que la desvinculación de la accionante se dio por una causa legal y objetiva.

31. También señaló que la accionante no se encuentra dentro del supuesto de una estabilidad reforzada por su condición de salud en tanto que no se está

²⁶ Folio 12 del cuaderno principal.

²⁷ Folio 35 del cuaderno principal.

²⁸ Folio 86 del cuaderno principal.

²⁹ Folio 30 del cuaderno principal.

³⁰ Folio 42 en el cuaderno principal.

³¹ *Ibíd.*

probado que tenga una discapacidad o condiciones de limitación física o psicológica³².

32. Finalmente, argumentó que los empleados temporales son (i) de carácter transitorio, (ii) no tienen la misma categoría que un empleado de libre nombramiento y remoción o de carrera administrativa, y (iii) su duración se encuentra supeditada al término para el cual fueron designados³³. En consecuencia, su desvinculación se da automáticamente una vez se cumpla el término de duración por el cual fue vinculado. Por las razones antes expuestas, la Alcaldía Mayor de Bogotá solicitó que se declarara que no existió “*vulneración alguna a los derechos fundamentales de la Accionante (sic) toda vez que su desvinculación obedeció a la culminación del término de duración de la Planta Temporal a la cual estaba adscrito su cargo, situación conocida por el accionante desde el mismo momento de su posesión*”³⁴.

C. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN

Primera instancia: Sentencia proferida por el Juzgado 28 Penal Municipal con Función de Garantías de Bogotá el 3 de octubre de 2016.

33. El juzgado declaró improcedente la acción de tutela como mecanismo definitivo de protección, porque la accionante dispone de otra vía judicial para proteger sus derechos ante la jurisdicción contencioso administrativa. Asimismo, adujo que tampoco procede como mecanismo transitorio, ya que la accionante no acredita la existencia de un perjuicio irremediable.³⁵ Por último, consideró el *a quo* que no es posible verificar que la señora Duarte se encontraba en un estado de debilidad manifiesta, toda vez que su estado de salud no le impidió continuar sus labores hasta la fecha de la desvinculación y no “*se cuentan con pruebas que demuestren su situación de discapacidad*”³⁶.

34. El fallo de primera instancia no fue impugnado por ninguna de las partes.

D. ACTUACIONES ADELANTADAS ANTE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y PRUEBAS RECAUDADAS EN SEDE DE REVISIÓN

Expediente T-5964701 (Lucía Duarte Galvis contra la Alcaldía Mayor de Bogotá)

35. El Magistrado Sustanciador, conforme al artículo 64 del Acuerdo 02 de 2015 (Reglamento de la Corte Constitucional), profirió el Auto del 10 de marzo de 2017 en el cual ordenó:

³² Folio 43 del cuaderno principal.

³³ Folio 53 del cuaderno principal.

³⁴ Folio 58 del cuaderno principal.

³⁵ Folio 106 del cuaderno principal.

³⁶ Folio 107 del cuaderno principal.

PRIMERO. Por Secretaría General de esta Corporación, OFÍCIESE a la señora Lucía Duarte Galvis, para que dentro del término de tres (3) días siguiente al recibo de la notificación de esta providencia, informe y/o acredite:

- (a) ¿Quiénes integran actualmente su núcleo familiar?
- (b) ¿Cuál es la fuente actual de sus recursos económicos y de qué manera sufraga sus gastos familiares?
- (c) ¿Tiene personas a cargo? En caso positivo indique ¿quiénes y cuántas personas son?
- (d) ¿Es propietaria de bienes inmuebles o muebles o tiene alguna participación en sociedades? En caso afirmativo, ¿cuál es su valor y la renta que puede derivar de ellos?
- (e) ¿A qué tratamiento se encuentra actualmente sometida por motivo de su estado de salud? y ¿cuánto debe pagar por ese tratamiento médico?
- (f) ¿Cuenta con el apoyo económico de un familiar? En caso afirmativo, detalle en qué consiste.
- (g) Detalle su situación económica actual.

SEGUNDO. Por Secretaría General de esta Corporación, OFÍCIESE a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), para que dentro del término de tres (3) días siguiente al recibo de la notificación de esta providencia:

- (a) ¿En qué régimen pensional se encuentra la señora Lucia Duarte Galvis identificada con la cédula de ciudadanía No. 41540.817?
- (b) Explique si la señora Lucía Duarte Galvis ha dejado de cotizar y, en caso afirmativo, precise las fechas y los intervalos en los que ello fue así.

TERCERO. Por Secretaría General de esta Corporación, OFÍCIESE a la Alcaldía Mayor de Bogotá, para que dentro del término de tres (3) días siguientes al recibo de la notificación de esta providencia, explique y/o acredite, presentando los documentos que se requieran:

- (a) ¿Bajo qué modalidad estaba vinculada la señora Lucia Duarte Galvis identificada con la cédula de ciudadanía No. 41540.817?
- (b) ¿Cuánto era el salario u honorarios que devengaba la señora Duarte durante el término que trabajó en la entidad?
- (c) El pago de la liquidación de la señora Lucía Duarte Galvis en los términos de la Resolución 681 de 2016 y su monto.

(d) Si han abierto o abrirán cargos similares a los que ocupaba la Accionante.

(e) Si el cargo que desempeñaba la señora Duarte y/o las funciones que ella desempeñaba fueron asignadas, trasladadas o asumidas por otra persona.

(f) ¿Cuáles son las medidas que han implementado la Alcaldía Mayor de Bogotá para proteger a los prepensionados en los casos de desvinculación por terminación de su contrato?

(g) ¿Por qué no se adelantaron los estudios previos para determinar si era necesario o no continuar con la planta temporal de la Alta Consejería para los Derechos de las Víctimas, la Paz y la Reconciliación de la Alcaldía de Bogotá (ACDVPR)?

CUARTO. Por Secretaría General de esta Corporación, OFÍCIESE a EPS Famisanar, para que dentro del término de tres (3) días siguientes al recibo de la notificación de esta providencia, explique y/o acredite:

(a) Si la patología oncológica en el seno izquierdo que tiene la señora Lucia Duarte Galvis identificada con la cédula de ciudadanía No. 41540.817 imposibilita o afecta gravemente la posibilidad de trabajar de quien tiene esa enfermedad.

(b) ¿Cuáles son los tratamientos a los que debe someterse un paciente con la enfermedad de cáncer de mama y cuál es el costo que debe asumir?

(c) Si la señora Duarte presenta alguna calificación de pérdida de capacidad laboral.

QUINTO. Por Secretaría General de esta Corporación, OFÍCIESE al Hospital Juan Bautista y la doctora Adriana Prieto, médica que suscribió el certificado de aptitud laboral de la señora Lucía Duarte Galvis identificada con la cédula de ciudadanía No.41.540.817, para que dentro del término de tres (3) días siguientes al recibo de la notificación de esta providencia, explique y/o acredite:

(a) Si la patología oncológica en el seno izquierdo imposibilita o afecta gravemente la posibilidad de trabajar de la señora Duarte.

(b) ¿Cuáles son los tratamientos a los que debe someterse un paciente con la enfermedad de cáncer de mama y cuál es el costo que debe asumir?

SEXTO. Por Secretaría General de esta Corporación, OFÍCIESE al Departamento Administrativo de la Función Pública y a la Comisión Nacional del Servicio Civil para que dentro del término de tres (3) días siguientes al recibo de la notificación de esta providencia, conceptúe:

(a) Las instrucciones en materia de empleo público y los trámites a seguir cuando se desvincula un empleado público de planta temporal a término fijo, a pesar de estar en condición de estabilidad laboral...³⁷.

36. En atención al Auto del magistrado sustanciador³⁸, se pronunciaron (i) Lucía Duarte; (ii) la Alcaldía Mayor de Bogotá (Directora Defensa Judicial y Jefe de la Oficina Asesora Jurídica); (iii) Famisanar, (iv) el Hospital Juan Bautista Salud Ocupacional; (v) el Departamento Administrativo de la Función Pública; (vi) la Comisión Nacional de Servicio Civil y (vii) Colpensiones. Se procede a resumir sus pronunciamientos.

Lucía Duarte

37. Informó que su núcleo familiar lo integra con su hija y nieta, quienes pese a que viven con ella, no están a su cargo³⁹. Indicó que no tenía ingresos ni recursos económicos por encontrarse desempleada; sin embargo señaló que la hija le colabora ocasionalmente con los gastos. Aclaró que era propietaria del inmueble donde reside, pero señala que no cuenta con los recursos para sufragar los gastos del inmueble. Concluyó afirmando que inició el tratamiento de quimioterapia el 26 de julio, tratamiento que fue continuado recientemente con las dieciséis radiologías practicadas entre el 9 de febrero hasta el 13 de marzo de 2017⁴⁰. Comunicó que el 22 de marzo de 2017 tiene cita nuevamente con la Oncóloga para continuar el tratamiento, pues considera que las quimio y radioterapias “*cumplen su función*”⁴¹.

Alcaldía Mayor de Bogotá⁴²

38. Señaló que la señora Duarte estaba vinculada a un empleo de carácter temporal en los términos del artículo 2.2.1.1.1. del Decreto 1083 de 2015, el cual unificó las normas del sector de la función pública. Argumentó que, de acuerdo con el artículo 2.2.1.1.4. de dicho Decreto al vencimiento del término, el empleado temporal quedará automáticamente retirado del servicio. Sustentó que en el caso concreto, esa fecha se cumplió el 30 de junio de 2016, según lo fijado por el Decreto Distrital 580 del 24 de diciembre de 2015 y la Resolución No. 759 del 30 del mismo mes⁴³.

39. Informó que la señora Duarte devengaba, al momento de su retiro, la suma de \$2.049.000 mensuales.

40. Sostuvo que la Alcaldía Mayor no abrirá cargos similares a los que ocupaba la accionante, toda vez que el cargo que ella desempeñaba estaba asociado a un proyecto de inversión del Plan de Desarrollo “Bogotá Humana”

³⁷ Folios 14 y 15 del cuaderno segundo.

³⁸ De acuerdo con el oficio No. OPTB-989-996/17 remitido a este despacho por la Secretaría General de la Corte Constitucional.

³⁹ Cf. Folio 185 del cuaderno segundo.

⁴⁰ Cf. Folio 187 del cuaderno segundo.

⁴¹ Folio 187 del cuaderno segundo.

⁴² Documento suscrito por Juliana Valencia Andrade (Jefe de la Oficina Jurídica).

⁴³ Cf. Folio 71 del cuaderno segundo.

que finalizó el 30 de junio de 2016.⁴⁴ Sin embargo, también informó que en el artículo 33 del Acuerdo Distrital 645 del 9 de junio de 2016 se estableció el Programa Mejor para las Víctimas, la Paz y la Reconciliación, cuyo objetivo es consolidar a la ciudad como un referente de paz y reconciliación que brinda atención a las víctimas. A través de este plan, se contempló la necesidad de “*crear una planta de empleos de carácter temporal para el cumplimiento de objetivos y metas, que se materializó a través del Decreto 387 del 16 de septiembre de 2016*”⁴⁵.

41. Aclaró que, si bien se crearon empleos con el mismo código que aquel que tenía la accionante, se trataba de cargos diferentes por cuanto las necesidades de la creación del cargo, el propósito principal del mismo, las funciones esenciales que debía desempeñar y los conocimientos básicos no eran comparables⁴⁶.

42. Llamó la atención de que la accionante no tenía, a su juicio, la condición para ser prepensionada, dado que contaba con 64 años y seis (6) meses y le faltaban 72 semanas de cotización para obtener el derecho a la pensión de jubilación⁴⁷.

EPS Famisanar Ltda.⁴⁸

43. Sostuvo que el costo del tratamiento del cáncer de mama es asumido en su totalidad por Famisanar, de manera que la accionante se encuentra exenta de pago por el concepto de quimioterapia y radioterapia, siempre y cuando su estado de afiliación se encuentre activo⁴⁹. Finalmente afirmó, por medio del médico tratante, que el pronóstico de recuperación funcional es favorable y que se espera que la reintegración al trabajo le tome más de un año⁵⁰.

Hospital Juan Bautista Salud Ocupacional⁵¹

44. Afirmó que de acuerdo con la médica especialista la enfermedad que “*aqueja a la paciente Lucía Duarte, afecta severamente la posibilidad de trabajar, ya que el tratamiento subsiguiente después de la cirugía altera sensiblemente todos los órganos del cuerpo en los cuales requiere incapacidades largas para su recuperación por la quimioterapia más radioterapia*”⁵². Sin embargo, aclaró que la aptitud para trabajar no se pierde⁵³.

⁴⁴ Cf. Folio 72 del cuaderno segundo.

⁴⁵ Folios 72 y 72^a del cuaderno segundo.

⁴⁶ *Ibíd.*

⁴⁷ Cf. Folio 73 del cuaderno segundo.

⁴⁸ El documento del 15 de marzo de 2017 fue suscrito por Elizabeth Fuentes Pedraza (Directora Nivel Básico Gestión en Salud).

⁴⁹ Folios 32 y 33 del cuaderno segundo.

⁵⁰ Folio 34 del cuaderno segundo.

⁵¹ El documento del 16 de marzo de 2017 fue suscrito por Claudia Patricia Oliveros Mondragón.

⁵² Folio 46 del cuaderno segundo.

⁵³ Folio 47 del cuaderno segundo.

Departamento Administrativo de la Función Pública (“DAFP”)⁵⁴

45. El DAFP explicó la normativa relativa a los empleados públicos temporales. Particularmente, señaló que el artículo 21 de la Ley 909 de 2004 habilita la creación de plantas de empleos de carácter temporal o transitorio, los cuales fueron reglamentados en el Decreto 1227 de 2005. Sostuvo que el artículo 4 de dicho Decreto reguló el retiro del servicio de los empleados temporales, permitiendo que antes de cumplirse el término el nominador pueda discrecionalmente declarar la insubsistencia del nombramiento. Hizo referencia a la Sentencia del 19 de junio de 2008⁵⁵, en la cual el Consejo de Estado declaró nula la expresión del artículo 4 del Decreto 1227 de 2005, que permitía declarar la insubsistencia del nombramiento del empleado temporal antes de cumplirse el término de duración de su nombramiento. Enfatizó que, a juicio del Consejo de Estado, al revisar la constitucionalidad del decreto que regula las causales específicas de retiro de los servicios temporales, dijo lo siguiente:

“de la lectura de la ley 909 (sic) se deduce fácilmente que sólo estableció como causal específica de retiro del servicio de los empleados temporales, el término de duración fijado en el acto de nombramiento (...) En otras palabras, el art. 3 inciso 3 del decreto 1227 de 2005 (sic) fue muy claro en precisar que el ingreso a un empleo temporal no genera derechos de carrera, pero por ello tampoco puede concluir que es de libre nombramiento y remoción, lo cual se reafirma con el hecho que prácticamente la única causal de retiro establecida para ellos es la culminación del período para el cual fueron designados”.⁵⁶

46. Por último, concluyó que es necesario en los empleos temporales ocupados por servidores públicos cobijados por la condición de estabilidad laboral reforzada evaluar las condiciones especiales que ha señalado la Corte Constitucional antes de proceder al retiro por el vencimiento del término de estos empleados⁵⁷.

Comisión Nacional de Servicio Civil⁵⁸

47. Señaló que la terminación del empleo temporal se encuentra sometida a la vigencia fijada en el acto administrativo de la designación y no a la determinación que de manera privativa puedan adoptar las entidades para continuar con una planta transitoria, pues “*la culminación de un empleo temporal opera por ministerio de la ley*”⁵⁹. Por lo anterior, cuando ha

⁵⁴ El documento del 15 de marzo de 2017 fue suscrito por Mónica Liliana Herrera Medina (Directora Jurídica).

⁵⁵ Consejo de Estado. Sentencia del 19 de junio de 2008. Rad. 11001-03-25-000-2006-00087-00(1475-06).

⁵⁶ Folio 65 del cuaderno segundo.

⁵⁷ Cf. Folio 67 del cuaderno segundo.

⁵⁸ El documento es del 16 de marzo de 2017, suscrito por Víctor Hugo Gallego (Asesor Jurídico).

⁵⁹ Folio 69 del cuaderno segundo.

terminado el periodo de un empleado temporal, la entidad debe surtir nuevamente los requisitos del artículo 21 de la Ley 909 de 2004⁶⁰.

*Colpensiones*⁶¹

48. Informó que la accionante no cumple con el régimen de transición. Igualmente, sostuvo que la señora Duarte no cumple con los requisitos previstos para el reconocimiento de una pensión de vejez, pues ha cotizado 1262 semanas y requiere de 1300⁶².

II. CONSIDERACIONES

A. COMPETENCIA

49. Esta Corte es competente para conocer la presente acción de tutela, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, así como en virtud del Auto del 14 de febrero de 2016, expedido por la Sala de Selección de Tutela Número Dos de esta Corte, que decidió someter a revisión las decisiones adoptadas por los jueces de instancia.

B. CUESTIONES PREVIAS –PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Procedencia de la acción de tutela –Caso concreto

50. *Legitimación por activa*: El artículo 86 de la Constitución Política⁶³ y los artículos 1 y 10 del Decreto 2591 de 1991⁶⁴ establecen que cualquier persona estará legitimada para interponer la acción de tutela cuando alegue la violación de un derecho constitucional fundamental.

Expediente T-5965236 (David Herrera Trejos contra el Departamento de Caldas-Secretaría de Educación)

⁶⁰ Folio 69 del cuaderno segundo.

⁶¹ El documento del 27 de marzo de 2017 suscrito por Juanita Durán Vélez (Gerente Nacional de Defensa Judicial).

⁶² Folio 208^a del cuaderno segundo.

⁶³ Artículo 86 de la Constitución Política: “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...”.

⁶⁴ Artículo 1 del Decreto 2591 de 1991: “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 por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señale este Decreto. Todos los días y horas son hábiles para interponer la acción de tutela...”. Artículo 10 del Decreto 2591 de 1991: “La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos...”.

51. El señor David Herrera Trejos actúa a nombre propio como titular de los derechos invocados, razón por la cual se encuentra legitimado para interponer el amparo de tutela.

Expediente T-5964701 (Lucía Duarte Galvis contra la Alcaldía Mayor de Bogotá)

52. La señora Lucía Duarte Galvis actúa a nombre propio como titular de los derechos invocados, razón por lo que se encuentra legitimada para promover la acción de tutela.

53. ***Legitimación por pasiva:*** De acuerdo con el artículo 5 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede, entre otras, contra la acción u omisión de autoridades públicas⁶⁵.

Expediente T-5965236 (David Herrera Trejos contra el Departamento de Caldas-Secretaría de Educación)

54. El señor David Herrera Trejos interpuso demanda contra el Departamento de Caldas-Secretaría de Educación que es una entidad pública, de manera que existe legitimación por pasiva.

Expediente T-5964701 (Lucía Duarte Galvis contra la Alcaldía Mayor de Bogotá)

55. La señora Lucía Duarte Galvis interpuso la acción de tutela contra la Alcaldía Mayor de Bogotá que es una entidad pública, por lo cual existe legitimación por pasiva.

56. ***Inmediatez:*** Este requisito de procedibilidad exige que la acción de tutela se haya *interpuesto* en un término prudente respecto de la acción u omisión que causó la vulneración de derechos fundamentales. Conforme a lo anterior, la Corte ha dispuesto que se debe presentar la solicitud de amparo dentro de un plazo razonable⁶⁶.

Expediente T-5965236 (David Herrera Trejos contra el Departamento de Caldas-Secretaría de Educación)

57. El señor David Herrera Trejos fue desvinculado de su cargo el **19 de abril de 2016** e interpuso la acción de tutela el **2 de agosto del mismo año**, de manera que se cumple el requisito de inmediatez por considerarse que ese es un plazo razonable para interponer el amparo.

⁶⁵ Artículo 5 del Decreto 2591 de 1991: “La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2 de esta ley. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de este Decreto. La procedencia de la tutela en ningún caso está sujeta a que la acción de la autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico escrito”.

⁶⁶ En la Sentencia SU-391 de 2016 se fijaron los criterios que le permiten al juez evaluar, en cada caso, si se ha cumplido con el requisito de inmediatez y, además, se afirmó como criterio general lo siguiente: “la tutela debe presentarse en un término razonable, pues de lo contrario podrá declararse improcedente”.

Expediente T-5964701 (Lucía Duarte Galvis contra la Alcaldía Mayor de Bogotá)

58. La señora Lucía Duarte Galvis fue desvinculada de la Alcaldía Mayor de Bogotá el día **30 de junio de 2016** e interpuso la acción de tutela el **13 de septiembre de 2016**⁶⁷, lo cual es un plazo razonable para solicitar el amparo.

59. ***Subsidiariedad:*** Para efectos de hacer el análisis de subsidiariedad, es necesario previamente reiterar las reglas de procedencia de la acción de tutela en relación con: (a) actos administrativos de contenido particular cuando se pretende obtener el reintegro a cargos públicos; (b) medidas cautelares en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho y la subsidiariedad de la tutela; (c) solicitudes de reintegro cuando una persona ha sido desvinculada por cumplir la edad de retiro forzoso; (d) la procedencia de la acción tutela para reclamar y solicitar el reintegro por configurarse una debilidad manifiesta por salud.

⁶⁷ Folio 38 del cuaderno primero.

60. Lo anterior teniendo en cuenta que en el expediente *T-5.965.236* (David Herrera Trejos) la pretensión consiste en la protección a la estabilidad laboral por ser prepensionado a fin de que se ordene revocar el acto administrativo por medio del cual fue retirado del servicio y se proceda al reintegro en el cargo. Por otra parte, en el expediente *T-5.964.701* (Lucía Duarte Galvis) la pretensión consiste en la protección a la estabilidad laboral por considerarse prepensionada y por la enfermedad catastrófica que tiene de manera que se ordene su reintegro al cargo que venía desempeñando.

a. Criterios generales de procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos de contenido particular cuando se pretende el reintegro a cargos públicos

Por regla general, este Tribunal ha sostenido que no procede la acción de tutela contra actos administrativos de contenido particular⁶⁸ con el fin de solicitar el reintegro a un cargo público, puesto que existen medios judiciales alternativos, como el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho⁶⁹ en lo contencioso administrativo⁷⁰.

61. A pesar de esta regla general, la Corte ha sostenido que *excepcionalmente*⁷¹ la acción de tutela procede contra actos administrativos cuya finalidad sea solicitar el reintegro del cargo (i) como mecanismo *directo* cuando el mecanismo alternativo se torna ineficaz o inidóneo para proteger los derechos del accionante, máxime si el retiro del trabajo tiene como consecuencia directa generar una afectación al mínimo vital que exija un amparo preferente y definitivo o (ii) como mecanismo *transitorio* cuando

⁶⁸ En la Sentencia T-514 de 2003, la Corte ha señalado que “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”. Ver también: T-451 de 2010, T- 956 de 2011 y T030 de 2015.

⁶⁹ Artículo 138 de la Ley 1437 de 2011: “Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior. Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel”.

⁷⁰ Sobre este punto ver las siguientes sentencias: Corte Constitucional. Sentencia T-595 de 2016; T-357 de 2016; T-972 de 2014; T-326 de 2014; T-223 de 2014; T-186 de 2013; T-017 de 2012; T-487 de 2010 y T-016 de 2008, entre otras. Concretamente, en la Sentencia T-017 de 2012 la Corte sostuvo que “la jurisprudencia constitucional ha entendido que por regla general la acción de tutela es improcedente cuando se solicita el reintegro de empleados públicos a sus cargos, pues para controvertir los actos administrativos, por medio de los cuales la administración decide separarlos de los mismos, existe la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa, la cual desplaza a la acción de tutela”.

⁷¹ En la Sentencia T-016 de 2008 se afirmó lo siguiente: “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”.

exista la amenaza de la existencia de un perjuicio irremediable que sea inminente, grave y que exija medidas urgentes e impostergables⁷².

62. Así, por ejemplo, si el accionante cuenta con los suficientes recursos económicos para vivir sin que se afecte su mínimo vital, la acción de tutela no es procedente; *contrario sensu*, si se acredita una afectación a su mínimo vital, la tutela será el mecanismo más adecuado para proteger sus derechos⁷³. De igual manera, si el juez aprecia que la situación a la cual se ve expuesto el accionante como consecuencia de su desvinculación del cargo es precaria y puede afectar otros derechos fundamentales⁷⁴, también procede la tutela.

b. Las medidas cautelares en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho y la subsidiariedad de la acción tutela.

63. La cuestión jurídica a resolver consiste en saber si la eficacia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no es suficiente para convertir la acción de tutela en improcedente, dado que la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo) consagró un sistema de medidas cautelares nominadas e innominadas que bien podrían tener la finalidad de ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión. Estas medidas buscan proteger y garantizar el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. De manera que resulta pertinente preguntarse si es improcedente la acción de tutela cuando el actor tiene a su disposición un mecanismo judicial que consiste en la solicitud de la adopción de medidas cautelares nominadas e innominadas, es decir, cualquier medida u orden que sea necesaria para proteger el objeto del litigio, evitar un perjuicio y garantizar la ejecutabilidad de la sentencia, en los términos del artículo 230 de la Ley 1437 de 2011.

64. La flexibilidad que trae la Ley 1437 de 2011 para adoptar cualquier medida cautelar necesaria para la protección o conservación del derecho ha facultado a los jueces administrativos para que examinen la necesidad de la medida, incluso de manera autónoma y previa a la interposición de la demanda. Esto significa que cuando existe urgencia, ni siquiera se requiere

⁷² La Corte Constitucional determinó los criterios que definen el perjuicio irremediable en la Sentencia T-225 de 1993 en la cual sostuvo lo siguiente: “En primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable”.

⁷³ Ello se desarrolla a partir del fundamento jurídico 21.

⁷⁴ En la Sentencia T-016 de 2008 se señaló que la situación del accionante es fundamental para determinar si la tutela procede como mecanismo transitorio de protección: “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”.

haber interpuesto la acción de fondo para solicitar la medida cautelar⁷⁵. Lo anterior, junto con la posibilidad que tiene el juez administrativo de decretar medidas de urgencia sin que sea necesaria la notificación y el pronunciamiento de la otra parte, ha intensificado la eficacia la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, para proteger de manera adecuada los derechos fundamentales.

65. Este Tribunal ha señalado unas diferencias importantes entre la acción de tutela y las medidas cautelares del artículo 230 de la Ley 1437 de 2011, que resultan relevantes para efectuar un juicio de efectividad del mecanismo judicial alternativo existente de cara a la protección de los derechos. Estas diferencias son:

- i. La acción de nulidad y restablecimiento del derecho con medidas cautelares debe presentarse mediante apoderado judicial y su procedimiento está sujeto a formalidades procesales, mientras que la acción de tutela por su carácter informal, no solo no requiere de apoderado judicial, sino que tampoco está regulada por estrictas formas procesales⁷⁶.
- ii. Generalmente, la medida cautelar requiere que el solicitante preste caución para que se otorgue el derecho⁷⁷, mientras que la acción de tutela permite que el juez implemente medidas provisionales de protección sin necesidad de que el actor preste caución⁷⁸.
- iii. La medida cautelar es una protección transitoria del derecho, en tanto que la acción de tutela puede ser también un mecanismo de protección definitiva del derecho⁷⁹.
- iv. Incluso cuando la medida cautelar es de urgencia en los términos del artículo 234 de la Ley 1437 de 2011⁸⁰ en la cual se prescinde del trámite

⁷⁵ La Sala Plena del Consejo de Estado ha señalado en relación con las facultades del juez para decretar medidas cautelares que: "(...) el juez podrá pronunciarse sobre la solicitud de la medida cautelar, inclusive sin haber admitido la demanda, supeditando la continuidad del proceso a que se demuestre el cumplimiento del requisito de procedibilidad, en los términos establecidos para el efecto, en virtud de que este mismo precepto lo autoriza cuando no sea posible agotar el trámite previsto en el artículo 233 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es decir, proferir simultáneamente el auto admisorio de la demanda junto con la medida cautelar" (Consejo de Estado. Sentencia Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Sentencia del cinco (5) de marzo de dos mil catorce (2014). Radicación 25000-23-42-000-2013-06871-01).

⁷⁶ Cf. Corte Constitucional. Sentencia T-376 de 2016.

⁷⁷ Artículo 232 de la Ley 1437 de 2011: "El solicitante deberá prestar caución con el fin de garantizar los perjuicios que se puedan ocasionar con la medida cautelar. El Juez o Magistrado Ponente determinará la modalidad, cuantía y demás condiciones de la caución, para lo cual podrá ofrecer alternativas al solicitante. La decisión que fija la caución o la que la niega será apelable junto con el auto que decreta la medida cautelar; la que acepte o rechace la caución prestada no será apelable. No se requerirá de caución cuando se trate de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, de los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos, de los procesos de tutela, ni cuando la solicitante de la medida cautelar sea una entidad pública."

⁷⁸ *Ibíd.*

⁷⁹ *Ibíd.*

⁸⁰ Artículo 234 de la Ley 1437 de 2011: "Desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el Juez o Magistrado Ponente podrá adoptar una medida cautelar, cuando cumplidos los requisitos para su adopción, se evidencie que por su urgencia, no es posible agotar el trámite previsto en el artículo anterior. Esta decisión será susceptible de los recursos a que haya lugar. La medida así adoptada deberá

de notificación de la otra parte y puede ordenarse de manera previa a la notificación del auto admisorio, existe aún la condición de prestarse caución, carga adicional que no implica la tutela⁸¹.

66. Estas diferencias son criterios que le permiten al juez de tutela determinar si en un caso concreto, teniendo en cuenta las circunstancias subjetivas (la condición del sujeto involucrado), objetivas (el contenido de la pretensión) y otras particulares del caso, el mecanismo de control de nulidad y restablecimiento del derecho con la solicitud de medidas cautelares es idóneo y eficaz para la protección de los derechos amenazados del accionante.

c. Procedencia de la acción de tutela por solicitudes de reintegro frente a decisiones de desvinculación por cumplir la edad de retiro forzoso

67. Cuando se trata de solicitudes de reintegro de personas que han sido retiradas de su cargo por haber alcanzado la edad de retiro forzoso, este Tribunal ha reiterado que la acción de tutela procede excepcionalmente como *mecanismo definitivo* cuando (i) al momento de su desvinculación no había logrado el reconocimiento de una pensión que garantizara su derecho al mínimo vital y (ii) no cuenta con otra fuente de ingresos que le permita satisfacer sus necesidades básicas⁸².

68. El mínimo vital como expresión *iusfundamental* del Estado Social de Derecho y por su estrecha relación con la dignidad humana no se reduce, como lo ha sostenido la jurisprudencia constitucional, únicamente a la satisfacción de necesidades básicas, sino que “*tiene un contenido más amplio, de tal manera que comprende lo correspondiente a la satisfacción de las necesidades básicas de la persona o de su grupo familiar para su subsistencia, como también lo necesario para garantizarle una vida en condiciones dignas*”⁸³. En este mismo sentido, la Corte ha señalado que se comprueba un atentado grave contra la dignidad humana cuando “*el Estado, pudiéndolo hacer, ha dejado de concurrir a prestar apoyo material mínimo sin el cual la persona indefensa sucumbe ante su propia impotencia*”⁸⁴.

69. En este sentido, la jurisprudencia ha establecido dos requisitos que, de cumplirse, acreditan la afectación del mínimo vital de un trabajador, estos son: que “*(i) el salario o mesada sea el ingreso exclusivo del trabajador o*

comunicarse y cumplirse inmediatamente, previa la constitución de la caución señalada en el auto que la decreta”.

⁸¹ El Consejo de Estado ha entendido que la medida cautelar de urgencia es una protección a graves violaciones de derechos humanos. En sus términos, “Esta disposición constituye una protección reforzada al derecho convencional de toda persona de contar con un recurso judicial efectivo en caso de graves violaciones de derechos humanos, dejando la medida de ser accesorio y subordinada al proceso contencioso administrativo principal y adquiriendo unas características y particularidades diferenciadas, pues en sí misma constituye, a la luz del procedimiento contencioso, un recurso judicial sui generis de urgencia para la protección de los derechos de los asociados. Es en estos términos, como una medida autónoma garante de los Derechos Humanos, que se debe interpretar y aplicar, por parte de los Jueces Administrativos, la tutela cautelar de urgencia” (Consejo de Estado. Expediente 11001-03-26-000-2015-00174-00 (55953) del 26 de febrero de 2016.

⁸² Corte Constitucional. Sentencia T-294 de 2013.

⁸³ Corte Constitucional. Sentencia T-865 de 2009.

⁸⁴ Corte Constitucional. Sentencia SU-111 de 1997.

pensionado o existiendo ingresos adicionales sean insuficientes para la cobertura de sus necesidades básicas y que (ii) la falta de pago de la prestación genere para el afectado una situación crítica tanto a nivel económico como psicológico, derivada de un hecho injustificado, inminente y grave”⁸⁵.

70. La Corte Constitucional ha tratado específicamente el caso de la afectación al mínimo vital de una persona que la retiran del servicio por cumplir la edad de retiro⁸⁶ y ha concluido que la acción de tutela es procedente cuando el salario que devengaba era el único ingreso que tenía para satisfacer sus necesidades básicas. Así lo dispuso este Tribunal en la Sentencia T-718 de 2014:

“En los casos en que se invoca la protección del derecho al mínimo vital, a propósito de que a un trabajador lo retiran del servicio activo por haber cumplido la edad de retiro forzoso, la Corte ha sostenido como regla general que la tutela no es el mecanismo de defensa principal en tanto existe otro medio de defensa en la jurisdicción contenciosa administrativa para censurar el acto de desvinculación, como lo es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Sin embargo, **ha establecido como excepción que la protección constitucional sí procede, cuando al momento de la desvinculación el trabajador no ha logrado el reconocimiento de una pensión que garantice su derecho al mínimo vital y no cuenta con otra fuente de ingresos que le permita satisfacer sus necesidades básicas**” (énfasis añadido)⁸⁷.

71. La Sala concluye que la acción de tutela procede *excepcionalmente* como *mecanismo definitivo* cuando el accionante formula su pretensión contra un acto administrativo de contenido particular y pretende el reintegro a cargos públicos pese a cumplir la edad de retiro forzoso, siempre que (i) al momento de su desvinculación no haya logrado el reconocimiento de una pensión que garantice su derecho al mínimo vital y (ii) no cuente con otra fuente de ingresos que le permita satisfacer sus necesidades básicas⁸⁸.

d. Procedencia de la acción de tutela para solicitar el reintegro por configurarse una situación de debilidad manifiesta por salud

72. Recientemente esta Sala de Revisión en la Sentencia T-151 de 2017 reiteró la regla de procedencia para obtener el reintegro de una persona al lugar de trabajo por haber sido desvinculado, pese a encontrarse en una situación de debilidad manifiesta por salud, así:

“(…) esta Corte ha señalado, por regla general, que la acción de tutela no es la vía judicial idónea, dado que existe una jurisdicción especializada,

⁸⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-865 de 2009.

⁸⁶ La procedencia de la tutela cuando afecta el mínimo vital de personas retiradas de su cargo por llegar a la edad de retiro forzoso ha sido tratada en estas sentencias. “T-628 de 2006, T-016 de 2008 y T-839 de 2012, T-734 de 2015, T-595 de 2016 y T-718 de 2014.

⁸⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-376 de 2016.

⁸⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-294 de 2013.

que en los últimos años ha sido fortalecida con la implementación del sistema de oralidad (...) introducido con la Ley 1149 de 2007. No obstante, “(...) *de manera excepcional, la jurisprudencia de este Tribunal ha contemplado la viabilidad del amparo constitucional para obtener el reintegro de un trabajador, en aquellos casos en que se encuentra inmerso en una situación de debilidad manifiesta, con la capacidad necesaria de impactar en la realización de sus derechos al mínimo vital o a la vida digna. En este escenario, la situación particular que rodea al peticionario impide que la controversia sea resuelta por las vías ordinarias, requiriendo de la procedencia de la acción de tutela, ya sea para brindar un amparo integral o para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable en su contra*” (...) (énfasis añadido)⁸⁹.

En efecto, ciertos factores pueden llegar a ser particularmente representativos en la determinación de un estado de debilidad manifiesta, tales como: (i) la edad del sujeto, (ii) su desocupación laboral, (iii) la circunstancia de no percibir ingreso alguno que permita su subsistencia, la de su familia e impida las cotizaciones al régimen de seguridad social y (iv) la condición médica sufrida por el actor (...).”

73. En este sentido, se deben tener en cuenta las condiciones especiales de vulnerabilidad para determinar si procede como mecanismo definitivo o transitorio.

Expediente T-5965236 (David Herrera Trejos contra el Departamento de Caldas-Secretaría de Educación)

74. De acuerdo con las reglas expuestas sobre subsidiariedad de la tutela contra un acto administrativo de contenido particular que solicite el reintegro a cargos públicos por cumplir la edad de retiro forzoso, procede como mecanismo definitivo siempre que (i) al momento de su desvinculación no haya logrado el reconocimiento de una pensión que garantice su derecho al mínimo vital y (ii) no cuente con otra fuente de ingresos que le permita satisfacer sus necesidades básicas.

75. En este caso, el señor Herrera declaró que su única fuente de ingresos es el salario que percibía por su trabajo como celador al servicio de la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas⁹⁰. Los ahorros que había conservado por sus ingresos laborales ya se agotaron⁹¹ y tuvo que acudir a su sobrina y su esposo, quienes le han ofrecido vivienda y comida, para superar la situación económica en la que se encuentra⁹².

76. Aclaró también que tiene una casa que no está alquilada porque se la ha ofrecido a su hermano para que viva en ella sin pagar arrendamiento, pero estima que, en caso de ser arrendada, el canon ascendería aproximadamente a

⁸⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-151 de 2017.

⁹⁰ Folio 3 cuaderno primero y folio 20 del cuaderno segundo.

⁹¹ Folio 20 del cuaderno tercero.

⁹² Folio 21 del cuaderno tercero.

trescientos cincuenta mil pesos, monto bastante inferior a un salario mínimo mensual legal vigente. Para complementar su declaración, presentó la declaración juramentada del señor Oscar de Jesús Escobar, quien afirmó conocer al señor Herrera hace treinta años y confirmó que a este “*le tocó irse a vivir con una sobrina, dependiendo de su caridad*” y “*quedó en total desamparo, quedando imposibilitado económicamente para poder hacer las cotizaciones pertinentes de pensión, salud y velar por su manutención*”⁹³.

77. Cabe señalar que el señor Herrera tiene actualmente 66 años y ha cotizado 1161 semanas, faltándole aproximadamente 139 semanas para cumplir los requisitos para pensionarse⁹⁴.

78. De acuerdo con las anteriores pruebas, la Sala estima que, incluso si el accionante pusiera a rentar su casa, ello no sería suficiente para su sustento, por ser una suma muy inferior al salario mínimo mensual legal vigente. Ello se demuestra, como lo indica el accionante y lo confirma la declaración juramentada aportada al expediente de un tercero⁹⁵, en el hecho de que sin su salario el accionante se vio forzado a vivir de la caridad de su sobrina quien no tiene, según el artículo 411 del Código Civil, obligaciones de alimentos con el accionante, situación que refuerza potencialmente su afectación al mínimo vital y dignidad del accionante, ya que no puede depender de sí mismo, sino de un familiar que no tiene la obligación legal de asistirlo⁹⁶.

79. Por lo anterior, en vista de que el señor Herrera no ha obtenido el reconocimiento de la pensión y no cuenta con otra fuente de ingresos que le permita satisfacer sus necesidades básicas, la Sala concluye que se cumple el requisito de subsidiariedad.

Expediente T-5964701 (Lucía Duarte Galvis contra la Alcaldía Mayor de Bogotá)

80. La señora Lucía Duarte tiene una enfermedad catastrófica (cáncer de seno). Además, informó que su núcleo familiar está compuesto por ella, su hija y su nieto quienes, según explica, no están a su cargo⁹⁷. Insistió que no recibe ingresos económicos y que su hija se encuentra desempleada⁹⁸. Debido a que se encuentra en el tratamiento de quimioterapia y radioterapia, debe sufragar costos adicionales de transporte y de exámenes⁹⁹. Por último, acreditó

⁹³ Folio 23 del cuaderno tercero.

⁹⁴ Folio 10 cuaderno primero.

⁹⁵ Folio 23 del cuaderno tercero.

⁹⁶ El artículo 411 del Código Civil establece a quiénes se deben alimentos, entre ellos, los numerales 2 y 3 prescriben p que a los descendientes y ascendientes. Para precisar quiénes quedan comprendidos dentro de la categoría de descendientes y ascendientes se debe acudir al artículo 43 del Código Civil, según el cual “cuando en la línea recta se cuenta bajando del tronco a los otros miembros, se llama descendiente, por ejemplo: padre, hijo, nieto, biznieto, tataranieto, etc.; y cuando se cuenta subiendo de uno de los miembros al tronco, se llama ascendiente, por ejemplo: hijo, padre, abuelo, bisabuelo, tatarabuelo, etc.”. De acuerdo con lo anterior, los sobrinos y tíos no quedan comprendidos dentro de la categoría de ascendientes o descendientes, pues de su relación no hay una línea recta. La definición efectuada en el artículo 43 del Código Civil debe preponderar por virtud del mandato del artículo 28 según el cual “cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal”.

⁹⁷ Folio 189^a cuaderno segundo.

⁹⁸ Folio 189^a cuaderno segundo.

⁹⁹ Folio 190 cuaderno segundo.

que tiene 1262 semanas cotizadas, faltándole 38 semanas para cumplir con las requeridas para obtener su pensión¹⁰⁰.

81. Lo anterior es suficiente para considerar que, en este caso, se cumple con el requisito de subsidiariedad por sus especiales condiciones de vulnerabilidad, toda vez que (i) el salario de la accionante es su única fuente de ingresos; (ii) se encuentra en una situación de precariedad económica y (iii) su enfermedad catastrófica tiene consecuencias para obtener un nuevo trabajo. En conclusión, procede la tutela como mecanismo definitivo en atención a las circunstancias especiales de vulnerabilidad en las que se encuentra y a la ineficacia, de cara a esas circunstancias, del medio judicial disponible.

C. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO, MÉTODO Y ESTRUCTURA DE LA DECISIÓN

82. Acorde con los fundamentos fácticos expuestos en la Sección I anterior de esta providencia, le corresponde a la Sala Tercera de Revisión determinar si:

¿Vulnera la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas los derechos al mínimo vital, al trabajo, a la seguridad social y a la vida digna del señor Herrera, al retirarlo del servicio por haber cumplido la edad de retiro forzoso, sin realizar previamente un examen o valoración de sus circunstancias particulares, como el hecho de que se vería privado de un ingreso para satisfacer sus necesidades básicas por faltarle poco tiempo para pensionarse?

¿Vulnera la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, al mínimo vital, a la seguridad social y al trabajo de la señora Duarte por desvincularla de su empleo en la planta transitoria, creada por el Decreto Distrital 604 de 2012 de la Alcaldía Mayor de Bogotá, por cumplirse la fecha establecida para la terminación de la planta transitoria del empleo temporal, sin tener en cuenta que tenía una enfermedad catastrófica?

83. Con el fin de resolver los problemas jurídicos planteados la Sala seguirá el siguiente orden. En primer lugar, reiterará la jurisprudencia de reintegro por casos de retiro forzoso. Seguidamente, se referirá al régimen legal de los empleados temporales. A continuación, la Corte señalará el alcance de la jurisprudencia sobre la estabilidad laboral reforzada de personas en estado de debilidad manifiesta por salud para, finalmente, solucionar los casos planteados.

D. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA DE OBLIGACIÓN EXCEPCIONAL DE REINTEGRO EN CASOS DE DESVINCULACIÓN POR CUMPLIMIENTO DE LA EDAD DE RETIRO FORZOSO

¹⁰⁰ Folio 208º cuaderno segundo.

84. El retiro de los empleos públicos tiene un fundamento constitucional y otro legal. El primero se encuentra en el artículo 125 de la Constitución Política que establece que el retiro de los empleados de carrera “*se hará: por calificación no satisfacción en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley*”. El segundo fundamento se encuentra contenido, según la clase de trabajador que se trate, en diferentes normas. El Decreto-Ley 2400 de 1968, expedido en el ejercicio de facultades extraordinarias conferidas por la Ley 65 de 1967, reguló la edad de retiro de las personas que trabajasen en la Rama Ejecutiva del Poder Público, particularmente el artículo 31:

“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. Exceptúense de esta disposición los empleos señalados por el inciso 2 del artículo 29 de este decreto”

85. Esta Corte se pronunció frente a la exequibilidad del artículo 31 del Decreto 2400 de 1968 que fijó en 65 años la edad de retiro forzoso. En efecto, en la Sentencia C-351 de 1995 se declaró que la disposición normativa estaba conforme a la Constitución Política señalando, entre otras razones que:

“El artículo 31 del decreto 2400 de 1968 no ha perdido vigencia con la expedición de la Carta Política de 1991, porque, como se ha establecido, no la contradice. En efecto, la única tacha de inconstitucionalidad que podría impugnársele, en gracia de discusión, es que discrimina a los mayores de determinada edad, impidiéndoles su realización laboral. **Pero el legislador como ya se expresó, es autónomo para fijar el tope de edad, porque la Constitución misma prevé estas situaciones, cuando confiere al legislador la potestad de señalar la edad, sin darle ninguna pauta específica. Luego no puede ser inconstitucional una especificación que goza de amparo constitucional**” (énfasis añadido)¹⁰¹.

86. En la aplicación de la regla de la desvinculación por el cumplimiento de la edad de retiro forzoso, la Corte Constitucional ha identificado una regla según la cual “*la aplicación de las normas que establecen el retiro forzoso como causal de desvinculación debe hacerse de forma razonable, valorando las circunstancias especiales de cada caso, para evitar la vulneración de derechos fundamentales*”¹⁰². Esto exige que al momento de desvincular a una

¹⁰¹ Corte Constitucional. Sentencia C-351 de 1995.

¹⁰² Corte Constitucional. Sentencia T-294 de 2013. Esta regla ha sido enunciada en numerosas providencias entre las que se encuentran, por ejemplo, las sentencias T-643 de 2015, T-682 de 2014, T-905 de 2013 y T-294 de 2013.

persona que ha cumplido la edad de retiro forzoso, la entidad debe evaluar si la persona ha logrado garantizar su mínimo vital¹⁰³.

87. La Corte al revisar la norma¹⁰⁴ que establecía como edad de retiro forzoso los 65 años sostuvo que dicha medida reforzaba la efectividad del principio de igualdad de oportunidades en el acceso a los cargos públicos¹⁰⁵ y no ponía en riesgo *prima facie* el mínimo vital, en tanto el retiro de los empleados se compensaba por el derecho que adquirirían para disfrutar de la pensión¹⁰⁶. Sin embargo, *“al examinar la aplicación de estas normas en situaciones concretas, la Corte ha podido constatar que el progresivo endurecimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, debido al aumento en la edad y el número de semanas de cotización requeridas, sumado a las dificultades institucionales para dar respuesta oportuna a las solicitudes de reconocimiento pensional, ha llevado a que en no pocos casos las personas alcancen la edad de retiro forzoso y sean separados de sus cargos sin que aún hayan logrado acceder a una pensión que garantice su mínimo vital”*¹⁰⁷.

88. El problema identificado por la Corte y que, en modo alguno, es imputable al empleador ni al trabajador, no puede pasar inadvertido para este Tribunal cuando tiene un efecto directo en la garantía del mínimo vital de personas que, por su edad, son desvinculadas de su empleo y pueden ver frustradas las posibilidades de obtener una pensión.

89. Para solucionar este problema y armonizar el principio de igualdad de oportunidades en el acceso a los cargos públicos –materializado en este caso en la fijación de una edad de retiro forzoso– con la protección al mínimo vital del empleado retirado forzosamente, este Tribunal consideró pertinente flexibilizar la aplicación de la regla de retiro forzoso a fin de evaluar si la persona ha logrado garantizar su mínimo vital o no. En caso de que no haya logrado garantizar su mínimo vital adquiriendo sus derechos pensionales, la entidad deberá mantenerlo en su cargo hasta que se le reconozca su pensión y se produzca su registro en nómina.

90. Cabe precisar que recientemente el legislador extendió la edad de retiro forzoso, por medio de la Ley 1821 de 2016¹⁰⁸, de 65 a 70 años. Así lo consagró el artículo 1 de la citada ley:

“La edad máxima para el retiro del cargo de las personas que desempeñen funciones públicas será de setenta (70) años. Una vez

¹⁰³ En la Sentencia T-905 de 2013 se declaró improcedente la acción de tutela interpuesta por una persona con 66 años de edad que estuvo vinculada a la Procuraduría General de la Nación y que fue declarado insubsistente sin que hubiera cumplido los requisitos para pensionarse. En esa oportunidad, la Corte afirmó que “la aplicación de las normas que establecen el retiro forzoso como causal de desvinculación debe hacerse de forma razonable, valorando las circunstancias especiales de cada caso, para evitar la vulneración de derechos fundamentales

¹⁰⁴ Artículo 31 (parcial) del Decreto-Ley 2277 de 1979.

¹⁰⁵ Artículos 13 y 40.7 de la Constitución Política.

¹⁰⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-563 de 1997.

¹⁰⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-294 de 2013.

¹⁰⁸ La ley entró en vigencia el 31 de diciembre de 2016.

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 funcionarios de elección popular ni a los mencionados en el artículo 1 ° del Decreto-ley 3074 de 1968”.

91. En suma, la edad de retiro forzoso es una causal de desvinculación del cargo para los empleados públicos¹⁰⁹ que prestan, con vinculación legal o reglamentaria, sus servicios personales remunerados en las entidades u organismos de los niveles Nacional, Departamental, Distrital diferentes al Distrito Capital, Municipal y sus entes descentralizados, en las Asambleas Departamentales, en los Concejos Municipales y Distritales y en las Juntas Administradoras Locales, excepto las Unidades de Apoyo que requieran los diputados y Concejales. Se trata en definitiva de una causal de naturaleza objetiva, puesto que se activa con el cumplimiento de los 70 años (antes 65 años) o de una edad determinada en los regímenes especiales, sin que, en principio, puedan ser reintegrados bajo ninguna circunstancia.

92. No obstante lo anterior, este Tribunal también ha establecido que una aplicación inflexible de la causal de retiro forzoso, sin tener en cuenta criterios de razonabilidad en su aplicación, puede traer como consecuencia la desprotección de la persona desvinculada del empleo público, ya que es posible que haya cumplido la edad de retiro forzoso pero no cuente con su mínimo vital asegurado. Por ello, esta Corte ha formulado la siguiente regla jurisprudencial:

“la aplicación de las normas que establecen el retiro forzoso como causal de desvinculación debe hacerse de forma razonable, valorando las circunstancias especiales de cada caso, con el fin de evitar la violación de los derechos fundamentales de los adultos mayores. Específicamente **se ha entendido que su aplicación objetiva, sin verificar el contexto en el que tiene lugar su exigibilidad, puede llevar a efectos contrarios a la Carta, al poner a sus destinatarios ante el desconocimiento de su mínimo vital, cuando éstos carecen de las condiciones para asegurar la satisfacción de sus necesidades básicas y todavía no acreditan los requisitos para acceder a una pensión de vejez, existiendo por lo menos una expectativa legítima sobre su reconocimiento**”(énfasis añadido)¹¹⁰.

¹⁰⁹ El artículo 1 de la Ley 909 de 2004 define los empleos públicos, así: “... Quienes prestan servicios personales remunerados, con vinculación legal y reglamentaria, en los organismos y entidades de la administración pública, conforman la función pública. En desarrollo de sus funciones y en el cumplimiento de sus diferentes cometidos, la función pública asegurará la atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad. De acuerdo con lo previsto en la Constitución Política y la ley, hacen parte de la función pública los siguientes empleos públicos:

- a) Empleos públicos de carrera;
- b) Empleos públicos de libre nombramiento y remoción;
- c) Empleos de período fijo;
- d) Empleos temporales”.

¹¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-643 de 2015.

93. La verificación del contexto y de la situación del trabajador como presupuesto para la aplicación razonable de la causal de desvinculación del retiro forzoso, es adecuada y razonable para prevenir una afectación grave al mínimo vital.

En la Sentencia T-495 de 2011¹¹¹, la Corte consideró que “[e]n otras palabras, 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”¹¹². Posteriormente, y siguiendo esa orientación, la Corte dispuso en la Sentencia T-294 de 2013¹¹³ que:

“no se considera razonable la decisión de desvincular del servicio a una persona mayor que ha alcanzado la edad de retiro forzoso, cuando antes no se ha logrado garantizar su mínimo vital a través de alguna de las prestaciones que para el efecto dispone el sistema de seguridad social”¹¹⁴.

94. Así las cosas, la regla jurisprudencial para no aplicar automáticamente la desvinculación por cumplir la edad de retiro forzoso sin antes evaluar la situación concreta de la persona supone la verificación de algunas de las condiciones que a continuación se enuncian y, adicionalmente, la verificación de la afectación al mínimo vital del accionante. Se trata, en consecuencia, de establecer una solución que haga posible el tránsito entre la culminación de la actividad laboral y la obtención de los beneficios de la pensión, puesto que esto último se desprende de la Carta Política al establecer en el segundo inciso del artículo 48 que se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social. Ahora bien, esta regla no impide la desvinculación de trabajador si se configura otro tipo de causal que lo justifique asociada, por ejemplo, al incumplimiento de sus obligaciones.

95. Las condiciones que deben verificarse para no aplicar automáticamente la causal del cumplimiento de la edad de retiro forzoso son las siguientes:

- (a) Que no haya sido reconocida la pensión por mora en el fondo de pensiones, pese a cumplir con los requisitos para recibir la pensión de vejez o jubilación,¹¹⁵ o

¹¹¹ En esta providencia, la Corte ordenó el reintegro de un vigilante que trabajaba en la Institución Educativa Liceo Departamental San Antonio del Departamento de Antioquia por haber sido retirado de la entidad en tanto que cumplió la edad de retiro forzoso, a pesar de que le faltaban dos meses para completar los años requeridos para acceder a la pensión.

¹¹² Corte Constitucional. Sentencia T-495 de 2011.

¹¹³ En esta providencia, la Corte ordenó el reintegro de un docente en situación de discapacidad al Institución Educativa Francisco José de Caldas del municipio de Corozal (Sucre) por haber sido declarado insubsistente al cumplir la edad de retiro forzoso sin tener en cuenta que estaba próximo a pensionarse y su salario era el único ingreso que devengaba para satisfacer sus necesidades y las de su familia.

¹¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-294 de 2013.

¹¹⁵ Cf. Corte Constitucional. Sentencia T-643 de 2015.

- (b) Que le falte un corto período de tiempo para completar el número de semanas de cotización requeridas para acceder al derecho a la pensión de vejez¹¹⁶.

96. Para efectos de la valoración de la afectación al mínimo vital, el juez deberá tener en cuenta, por lo menos, los siguientes criterios¹¹⁷:

- (i) *Criterio económico.* Consiste en evaluar (a) si el salario es el único ingreso del trabajador; (b) si éste tiene bienes o propiedades que puedan servirle para satisfacer sus necesidades básicas; (c) si su salario permite proyectar unos ahorros razonables mientras el trabajador obtiene su pensión; (d) si los ingresos actuales permiten o no sufragar los gastos del núcleo familiar y (e) si el trabajador tiene deudas contraídas tiempo atrás.
- (ii) *Criterio laboral.* Consiste en evaluar (a) cuál es el vínculo laboral que tiene el empleado con la entidad (empleado de carrera, libre nombramiento y remoción, etc.) y (b) cuál es la profesión o trabajo que desempeña el accionante, pues el juez debe considerar *prima facie* las probabilidades de que el trabajador vuelva a ingresar al mercado laboral¹¹⁸.

97. La Sala concluye que cuando se cumplen las condiciones referidas, puede ordenarse de manera excepcional, el reintegro del servidor público al cargo que desempeñaba o a uno equivalente.

E. RÉGIMEN LEGAL DE LOS EMPLEADOS TEMPORALES

98. El artículo 125 de la Constitución Política establece que “[l]os empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley”. Dentro de la categoría de los empleados públicos “que determine la ley” están comprendidos los empleados temporales del empleo público.

99. El artículo 21 de la Ley 909 de 2004 determina, como una de las excepciones a la carrera administrativa, la figura de empleados temporales públicos en los siguientes términos:

“Artículo 21. Empleos de carácter temporal.

¹¹⁶ Cf. *Ibíd.*

¹¹⁷ Estos criterios son utilizados en las sentencias T-643 de 2015, T-905 de 2013, T-708 de 2011, T-660 de 2011 y T-294 de 2013.

¹¹⁸ La Corte ha sostenido frente a estos casos que “el examen que le compete al juez de tutela es el de verificar las condiciones de afectación del mínimo vital, a partir de criterios entrelazados con los ingresos, rentas, deudas y gastos, así como la expectativa de obtener un empleo según el tipo de profesión, las condiciones psicofísicas que se puedan convertir en barreras de acceso y la vocación de permanencia que existía en la labor a su cargo” (Corte Constitucional. Sentencia T-643 de 2015).

1. De acuerdo con sus necesidades, los organismos y entidades a los cuales se les aplica la presente Ley, podrán contemplar excepcionalmente en sus plantas de personal empleos de carácter temporal o transitorio. Su creación deberá responder a una de las siguientes condiciones:

a) Cumplir funciones que no realiza el personal de planta por no formar parte de las actividades permanentes de la administración;

b) Desarrollar programas o proyectos de duración determinada;

c) Suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo, determinada por hechos excepcionales;

d) Desarrollar labores de consultoría y asesoría institucional de duración total, no superior a doce (12) meses y que guarde relación directa con el objeto y la naturaleza de la institución.

2. La justificación para la creación de empleos de carácter temporal deberá contener la motivación técnica para cada caso, así como la apropiación y disponibilidad presupuestal para cubrir el pago de salarios y prestaciones sociales.

3. El ingreso a estos empleos se efectuará con base en las listas de elegibles vigentes para la provisión de empleos de carácter permanente, sin que dichos nombramientos ocasionen el retiro de dichas listas. De no ser posible la utilización de las listas se realizará un proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos”.

100. En la exposición de motivos de la Ley 909 de 2004 se justifica la posibilidad de crear empleos públicos temporales para *“flexibilizar las plantas de personal y poder hacer frente a programas coyunturales o necesidades transitorias de la administración, sin tener que acudir a la creación de nuevos empleos de planta de personal”*¹¹⁹. La Corte Constitucional argumentó en la Sentencia C-288 de 2014 que *“la finalidad de la consagración de un procedimiento especial para la selección de los empleos temporales, distinto del concurso público es dotar a la administración pública de una herramienta para garantizar la eficiencia en la selección de funcionarios para eventos especiales en los cuales no sea posible realizar un concurso público”*.

101. Dicho artículo consagra, como requisito adicional para la creación de estos cargos, la existencia de una *“justificación para la creación de empleos de carácter temporal deberá contener la motivación técnica para cada caso, así como la apropiación y disponibilidad presupuestal para cubrir el pago de salarios y prestaciones sociales”*.

¹¹⁹ Exposición de motivos del Proyecto de Ley 262 de 2003 Cámara.

102. La Comisión Nacional del Servicio Civil es la entidad encargada de proveer las listas de elegibles vigentes para los empleos temporales, según el literal e del artículo 11 de la Ley 909 de 2004, pues si bien *“los empleos temporales no son de carrera administrativa, las listas que deben utilizarse para la provisión de estos empleos son las de la carrera administrativa, por lo cual las mismas deberán solicitarse a la Comisión Nacional del Servicio Civil”*¹²⁰. En el evento de ausencia de listas de elegibles, *“se deberá permitir que aquellas personas que se encuentren en carrera administrativa, cumplan los requisitos para el cargo y trabajen en la misma entidad pública, puedan acceder de manera preferente a los empleos temporales, pues su previa selección a través de un procedimiento de concurso garantiza su idoneidad”*¹²¹.

103. El Decreto 1083 de 2015 (por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública) define en el artículo 2.2.1.1.3¹²² el empleo temporal como aquellos *“creados en las plantas de cargo para el ejercicio de las funciones previstas en el artículo 21 de la Ley 909 de 2004, por el tiempo determinado en el estudio técnico y en el acto de nombramiento”*. Adicionalmente, el Decreto establece que el régimen salarial, prestacional y los demás beneficios salariales de los empleados temporales son los mismos que los de empleos de carácter permanente¹²³.

104. Indica también dicho Decreto en el artículo 2.2.1.1.4¹²⁴ que *“[e]l nombramiento deberá efectuarse mediante acto administrativo en el que se indicará el término de su duración, al vencimiento del cual quien lo ocupe quedará retirado del servicio automáticamente. El término de duración del nombramiento en el empleo de carácter temporal deberá sujetarse a la disponibilidad presupuestal”*. Esta norma establece que el cumplimiento del término de duración de la vinculación del empleado temporal será la causa para el retiro del servicio automático del empleado.

105. El Consejo de Estado en la Sentencia del 19 de junio de 2008 al revisar el artículo antes mencionado, en una acción de nulidad por inconstitucionalidad, declaró nulo un fragmento que adicionaba una causal de terminación del contrato a los empleados temporales, ya no por acaecimiento del término, sino porque el nominador, en ejercicio de la facultad discrecional, declare la insubsistencia del nombramiento. A juicio del Consejo de Estado:

¹²⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-288 de 2014.

¹²¹ Corte Constitucional. Sentencia C-288 de 2014.

¹²² El artículo completo que reitera el artículo 1 del Decreto 1227 de 2005: “Se entiende por empleos temporales los creados en las plantas de cargos para el ejercicio de las funciones previstas en el artículo 21 de la Ley 909 de 2004, por el tiempo determinado en el estudio técnico y en el acto de nombramiento./ Los empleos temporales deberán sujetarse a la nomenclatura y clasificación de cargos vigentes para cada entidad y a las disposiciones relacionadas con la elaboración del plan de empleos, diseño y reforma de plantas de que trata la Ley 909 de 2004. / En la respectiva planta se deberán identificar los empleos que tengan la naturaleza de temporales. El estudio técnico deberá contar con el concepto previo favorable del Departamento Administrativo de la Función Pública.”

¹²³ Cf. Artículo 2 del Decreto 1227 de 2005 que reza: “El régimen salarial, prestacional y demás beneficios salariales de los empleos temporales será el que corresponda a los empleos de carácter permanente que rige para la entidad que va a crear el cargo y se reconocerá de conformidad con lo establecido en la ley”.

¹²⁴ Reitera lo establecido en el artículo 4 del Decreto 1227 de 2005.

“En otras palabras: el art. 3° inciso 3° del Decreto 1227 de 2005 fue muy claro en precisar que el ingreso a un empleo temporal no genera derechos de carrera, pero por ello tampoco se puede concluir que es de libre nombramiento y remoción, lo cual se reafirma con el hecho de que prácticamente la única causal de retiro establecida para ellos es la culminación del periodo para el cual fueron designados.

Pero además, es evidente que la frase acusada viola el principio de confianza legítima, como extensión del de la buena fe, pues el empleado que ha sido nombrado en un cargo temporal por un periodo determinado, tiene la idea de permanencia y estabilidad en el empleo, porque existe la expectativa cierta y fundada de conservarlo en cuanto cumpla fiel y eficientemente con sus obligaciones laborales, hasta cuando se venza tal periodo”¹²⁵.

106. En la Sentencia del 16 de agosto de 2012, el Consejo de Estado aclaró que el empleo temporal es una nueva modalidad de vinculación a la función pública, distinta de los cargos de libre nombramiento y remoción, y de carrera administrativa:

“El empleo temporal constituye una nueva modalidad de vinculación a la función pública, diferente a las tradicionales de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa; tiene carácter transitorio y excepcional y, por ende, su creación sólo está permitida en los casos expresamente señalados por el legislador; ello exige un soporte técnico que justifique su implementación, el cual debe ser aprobado por el Departamento Administrativo de la Función Pública; además, se debe contar con la apropiación y disponibilidad presupuestal necesaria para cubrir el pago de salarios y prestaciones sociales”.

*“Desde el punto de vista del cargo, la esencia del empleo temporal está en su transitoriedad, de lo cual se derivan otras diversas consecuencias, tales como: (i) **no crea una vinculación definitiva con el Estado;** (ii) **no genera derechos de carrera administrativa;** y (iii) **está circunscrito exclusivamente a las labores para las cuales fue creado**” (énfasis añadido)¹²⁶.*

107. De acuerdo con las anteriores sentencias, la Sala concluye que la esencia del empleo temporal reside en su *transitoriedad temporal y la excepcionalidad* de modo que está circunscrito a las labores y al tiempo para las cuales fue creado¹²⁷, por lo cual la desvinculación del empleado temporal por llegar el

¹²⁵ Consejo de Estado. Sentencia del 19 de junio de 2008. Radicado No. 11001-03-25-000-2006-00087-00(1475-06).

¹²⁶ Consejo de Estado. Sentencia del 16 de agosto de 2012. Radicado No. 11001-03-06-000-2011-00042-00.

¹²⁷ El Departamento Administrativo de la Función Pública sostiene que “la terminación de la vinculación de los empleados temporales procede de conformidad con las directrices establecidas en la Ley 909 de 2004, esto es, la terminación del periodo señalado en el Acto Administrativo de vinculación (Departamento Administrativo de la Función Pública. Respuesta al Oficio No. OPTB-995/17. Folio 66ª del cuaderno tercero).

vencimiento del término fijado en el acto de desvinculación es una razón objetiva e incluso automática.

108. No podrá entenderse como una violación al mandato de estabilidad en el empleo, si un empleado temporal es desvinculado por el acaecimiento del término en el que pierde vigencia el acto administrativo de vinculación, pues en esa situación no se puede hablar de despido sino de desvinculación automática. Incluso, según el artículo 91 de la Ley 1437 de 2011, el acto administrativo de vinculación perderá obligatoriedad y no podrá ser ejecutado cuando se cumpla su vigencia¹²⁸, la cual será aquella fijada como la fecha en la que venza su periodo. En este caso, tal y como ocurre también con los funcionarios que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción, aquellos designados en provisionalidad y los desvinculados por la llegada a la edad de retiro forzoso, en principio, no estarán protegidos por el mandato de estabilidad en el empleo.

109. En resumen, la Sala precisa que la vinculación de los empleados temporales surge (i) por la necesidad de realizar funciones que no lleva a cabo el personal de planta; (ii) por proyectos de duración determinada; (iii) para suplir necesidades del personal de planta por sobrecarga y (iv) para desarrollar labores de consultoría por un término no superior a doce meses, siempre que la asesoría esté ligada al objeto de la entidad. La desvinculación de los empleados temporales será automática una vez se cumpla el término del servicio establecido en el acto administrativo.

F. SOLUCIÓN DEL CASO CONCRETO

Expediente T-5965236 (David Herrera contra el Departamento de Caldas-Secretaría de Educación)

110. El señor Herrera tenía 65 años a la fecha de su desvinculación y su salario era su única fuente de ingresos, pese a que le faltaban 139 semanas para obtener el reconocimiento de la pensión de vejez y, con ello, un ingreso para sostenerse a sí mismo.

111. En la respuesta al cuestionario formulado por esta Corte, el accionante sostuvo que fue retirado del servicio como celador y que no contaba con recursos económicos para su subsistencia, salvo unos ahorros producto de su sueldo pero que ya se habían agotado¹²⁹. Adicionalmente, el accionante informó que desde que la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas lo retiró de su cargo comenzó a vivir con su sobrina, de quien depende económicamente¹³⁰ a pesar de que ella no tenga una obligación legal de proveer alimentos -según se explicó en el fundamento 78 de esta providencia-. Finalmente, se evidencia que en el expediente obra una declaración

¹²⁸ El artículo 91 de la Ley 1437 de 2011 establece que un acto administrativo pierde obligatoriedad y no puede ser ejecutado, entre otras causales, “5. Cuando pierdan vigencia”.

¹²⁹ Folios 20 a 22 del cuaderno tercero.

¹³⁰ Folios 20 a 22 del cuaderno tercero.

juramentada de un tercero que conoce al accionante y que respalda los hechos narrados por éste relacionados con su situación económica.

112. La Sala considera que la decisión de desvincular del servicio a una persona por el hecho de cumplir la edad de retiro forzoso sin evaluar la situación particular de la persona, puede apartarse de parámetros de razonabilidad si previamente no se evaluó la situación particular de la persona y el impacto del retiro en su mínimo vital. Este Tribunal ha reiterado en que deben considerarse las condiciones específicas del empleado para apartarlo de su cargo por el cumplimiento de la edad de retiro forzoso, a fin de evitar una afectación a sus derechos fundamentales, y particularmente, a su mínimo vital¹³¹. En la Sentencia T-174 de 2012, la Corte afirmó que

“la causal de desvinculación de un servidor público por haber cumplido la edad de retiro forzoso es constitucional, pero al momento de su aplicación, **las entidades públicas deben considerar las condiciones particulares de cada persona para evitar que el retiro del servicio del adulto mayor implique una vulneración a sus derechos fundamentales, especialmente su derecho al mínimo vital, ya que en aquellos eventos en los que la remuneración por el ejercicio de sus funciones constituye su única fuente de ingresos, existen elementos fácticos y normativos que permiten inferir con un alto grado de certeza que tiene derecho a acceder a la pensión**, aunque no se haya determinado cuál es la prestación económica a la que tiene derecho para garantizar su derecho a la seguridad social, este tendrá derecho a permanecer en su cargo hasta que se resuelva de fondo y en forma aceptable su situación pensional”.

113. Teniendo en cuenta que (i) el salario que recibía el accionante era su único ingreso; (ii) que depende de la caridad de su sobrina para sostenerse a sí mismo, quien no se encuentra jurídicamente obligada, en virtud de lo dispuesto en el artículo 411 del Código Civil a proveer alimentos, (iii) que lleva desempeñándose como celador desde 1992 en la Institución Educativa Superior Rebeca Sierra Cardona en Anserma, Caldas, circunstancia que permite inferir que podrá tener dificultades para acceder a un empleo u obtener ingresos de la prestación de sus servicios profesionales, y, por último, (iv) que está cerca de recibir la pensión de vejez, se considera que su desvinculación no fue razonable en la medida que no se evaluó su situación particular previo a la aplicación de la causal del cumplimiento de la edad de retiro forzoso para verificar que no se afectara su mínimo vital. No obstante lo anterior, la Sala advierte que la accionada desvinculó de conformidad con un mandato legal, por lo cual su actuar es objetivo, pero se abstuvo de realizar una evaluación previa exigida por la jurisprudencia de esta Corte.

114. La Sala ha utilizado en el caso *sub examine* los criterios económicos y laborales, mencionados en el fundamento 96, junto con lo acreditado en el

¹³¹ Ver Corte Constitucional. T-643 de 2015.

acervo probatorio, para concluir que se ampararán los derechos fundamentales al mínimo vital del accionante. Ello en tanto que fue retirado de su cargo por cumplir la edad de retiro forzoso sin que se evaluara su situación particular y se advirtiera que no tiene una fuente de ingresos distinta a su salario; no tiene los medios para depender económicamente de sí mismo, y porque su edad y el trabajo de celador que ha desempeñado durante varios años, disminuyen sus posibilidades de conseguir empleo.

115. La Sala concluye que la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, pese a haber desvinculado al accionante en cumplimiento de un mandato legal, vulneró su derecho fundamental al mínimo vital, al terminar su vínculo del servicio tras alcanzar la edad de retiro forzoso, sin valorar las circunstancias particulares de su caso y sin que previamente el actor hubiera obtenido una prestación que le asegurara ingresos periódicos para satisfacer sus necesidades básicas. Con base en lo anterior, la Corte concederá el amparo del derecho fundamental al mínimo vital y, en consecuencia, ordenará el reintegro del accionante en el mismo cargo o uno similar hasta que cumpla las semanas requeridas para obtener la pensión de vejez y se produzca su inclusión en nómina de la pensión¹³². Ahora bien, esta regla no impide la desvinculación del trabajador si se configura otro tipo de causal que lo justifique asociada, por ejemplo, al incumplimiento de sus obligaciones.

Expediente T-5964701 (Lucía Duarte Galvis contra la Alcaldía Mayor de Bogotá)

116. La accionante alega que la Alcaldía Mayor de Bogotá le vulneró su derecho por desvincularla de su empleo temporal al cumplimiento del término previsto en el acto administrativo de vinculación y creación del cargo temporal (Decreto 604 de 2012 y prorrogado por el Decreto 580 de 2015), pese a su enfermedad catastrófica¹³³ y a estar próxima a pensionarse. La Sala verificará si hubo o no una desvinculación por razón objetiva.

117. De acuerdo con el informe de Colpensiones¹³⁴, la señora Duarte se encuentra en el régimen pensional de la Ley 797 de 2003 que establece como requisitos para obtener la pensión de vejez: (i) 57 años de edad para la mujer y (ii) 1300 semanas cotizadas. De manera que le faltaban a la fecha de desvinculación, 72 semanas para cumplir con la pensión de vejez.

118. En los cargos de empleos temporales, dada la transitoriedad y excepcionalidad de esa vinculación, no puede alegarse la violación al mandato constitucional de protección a la estabilidad laboral reforzada por la desvinculación en razón del cumplimiento del período previsto en el acto

¹³² En la sentencia C-1037 de 2003, la Corte concluyó 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°) (...) 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”.

¹³³ La accionante fue diagnosticada con cáncer del seno izquierdo.

¹³⁴ Folios 208 y 209 del cuaderno segundo.

administrativo de vinculación. Cabe resaltar que una vez llegada la fecha de desvinculación del empleo temporal, ella operará automáticamente, lo que indica que su desvinculación no obedece a la situación de vulnerabilidad por salud de la persona.

119. En ese sentido, la Sala considera que en el caso *sub examine* la Alcaldía sí contaba con una razón objetiva para desvincular a la accionante, la cual no es otra que el vencimiento del término contenido en el acto administrativo de vinculación y de creación de la planta temporal donde laboró la accionante. En el cuadro que se ilustra a continuación se aclara cuál era el término de vigencia de la vinculación de la señora Duarte con la Alcaldía Mayor de Bogotá:

ACTO ADMINISTRATIVO QUE VINCULA O PRORROGA LA VINCULACIÓN DE LA ACCIONANTE	TÉRMINO DE VIGENCIA DE LA VINCULACIÓN DE LA ACCIONANTE
Resolución No. 025 del 18 de enero de 2013	31 de diciembre de 2013.
Resolución No. 605 del 8 de noviembre de 2013 (modificada por el artículo 1 de la Resolución No. 690 del 31 de diciembre de 2013).	31 de diciembre de 2014.
Resolución No. 687 del 24 de diciembre de 2014.	31 de diciembre de 2015.
Resolución No. 759 del 30 de diciembre de 2015.	30 de junio de 2016, inclusive.

120. El Decreto 1083 de 2015 –mediante el cual se expidió el Decreto Único Reglamentario del Sector de la Función Pública– en su artículo 2.2.1.1.4¹³⁵ establece en relación con los empleados temporales que su “*nombramiento deberá efectuarse mediante acto administrativo en el que se indicará el término de su duración, al vencimiento del cual quien lo ocupe quedará retirado del servicio automáticamente*”. Esto significa que, al vencimiento del término, por disposición de la norma citada, el servidor quedará *automáticamente* retirado del servicio por mandato legal. Esto demuestra que el vencimiento del término en empleados temporales es una razón objetiva para su desvinculación, consagrada por lo demás en una norma que regula a todos los empleados de carácter temporal con el Estado y es ajena al arbitrio del empleador. En estos casos, la fijación del término en una disposición imperativa, releva a la administración de exponer una razón diferente a la llegada del término establecido.

121. Por lo anterior, la Sala concluye que la Alcaldía Mayor de Bogotá desvinculó a la accionante por el acaecimiento del término de su vinculación que, de acuerdo con la Resolución No. 759 del 30 de diciembre de 2015, era el 30 de junio de 2016, lo que es una razón objetiva y legítima. Por lo anterior, no existe violación a la estabilidad en empleo.

¹³⁵ Reitera lo establecido en el artículo 4 del Decreto 1227 de 2005.

122. Cabe aclarar que la desvinculación no ocurrió por motivos discriminatorios o por su situación de vulnerabilidad, pues aquella, como se dijo anteriormente, tuvo como fundamento la norma imperativa que reglamenta los empleos de carácter temporal y que obliga a la administración a desvincular automáticamente a todos los empleados temporales cuando llegue la fecha prevista¹³⁶.

G. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

123. El señor David Herrera Trejos (T.5965236) y la señora Lucía Duarte Galvis (T.5964701) interpusieron acción de tutela contra el Departamento de Caldas (Secretaría de Educación) y la Alcaldía Mayor de Bogotá, respectivamente, por ser desvinculados de los cargos que ocupaban, en un caso por cumplir la edad de retiro forzoso sin evaluar que su salario era su única fuente de ingresos y en otro caso por haberse cumplido el término de vinculación como empleada temporal, pese a que la señora Duarte había sido diagnosticada con cáncer de seno.

124. El señor Herrera fue desvinculado por cumplir la edad de retiro forzoso (65 años), situación que, a juicio de Sala, no está justificada en la medida que la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas no valoró la situación del accionante e ignoró que su salario era su única fuente de ingresos para sostenerse a sí mismo y se encontraba próximo a pensionarse. Por su parte, la señora Duarte fue desvinculada de su cargo por cumplirse la fecha de vigencia de su cargo como empleada temporal del Distrito Capital, el cual se fijó, por medio del Decreto 580 de 2015, el 30 de junio de 2016. La Sala encontró que la accionada acreditó que su desvinculación obedeció a que, tal como lo consagra el decreto que reglamenta los empleos temporales de la función pública, una vez cumplida la fecha de vigencia del empleo temporal, las personas vinculadas a través de esa modalidad deben automáticamente desvincularse de su empleo.

125. Como resultado de las sub-reglas jurisprudenciales analizadas en la parte motiva de esta providencia, observa la Sala lo siguiente:

- (a) La acción de tutela no es el medio procedente para solicitar el reintegro de un servidor público que fue desvinculado por cumplir con la edad de retiro forzoso encontrándose próximo a pensionarse, a menos de que tal situación afecte su mínimo vital por ser, entre otras circunstancias, el salario su única fuente de ingresos o que los otros ingresos sean insuficientes para satisfacer las condiciones básicas para vivir dignamente.

En estos casos procederá ordenar el reintegro de un servidor público al cargo que desempeñaba o a uno equivalente, cuando fue desvinculado por el cumplimiento de la edad de retiro forzoso sin haber evaluado el hecho de que su salario era la única fuente de ingresos que tenía y que

¹³⁶ Artículo 4 del Decreto 1227 de 2005.

estaba próximo a pensionarse. Para dicha valoración, el juez de tutela deberá valorar rigurosamente, por lo menos, los criterios económico y laboral, expuestos en el numeral 95. Ahora bien, esta regla no impide la desvinculación del trabajador si se configura otro tipo de causal que lo justifique asociada, por ejemplo, al incumplimiento de sus obligaciones.

- (b) Los empleados temporales no son empleados de carrera administrativa ni de libre nombramiento y remoción. La desvinculación de los empleados temporales solo puede configurarse por el cumplimiento del término de la vinculación establecida en el acto administrativo de vinculación o por la configuración de otra justa causa.

La desvinculación del empleado temporal por el cumplimiento del período fijado en el acto administrativo de vinculación no puede entenderse como una vulneración a la estabilidad en el empleo, dado que se trata de una causal objetiva e independiente del arbitrio del empleador.

126. Sobre la base de lo anterior, la Sala procede a conceder el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y al trabajo del señor David Herrera Trejos, protección que se materializa con la orden de reintegro al cargo que ocupaba o uno similar, hasta que le sea reconocida la pensión de vejez y se produzca su inclusión en nómina. Por otra parte, no es posible que la Corte acceda a las pretensiones de la señora Lucía Duarte al amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y al trabajo en la medida que su desvinculación como empleada temporal obedeció a una razón objetiva, ajena a la voluntad del empleador y materializada en la llegada de la fecha de vigencia fijada en el acto administrativo de vinculación, término a partir del cual, por disposición del Decreto 1227 de 2005, se desvinculará automáticamente.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- En relación con el expediente T-5965236, **REVOCAR** la sentencia proferida el 12 de agosto de 2016 por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, confirmada el 22 de septiembre de 2016 por el Tribunal Administrativo de Caldas. En su lugar, **CONCEDER** el amparo del derecho al mínimo vital y a la seguridad social del señor David Herrera Trejos.

Segundo.- En consecuencia, **ORDENAR** a la Secretaría de Educación de la Gobernación de Caldas que, dentro de cinco (5) días siguientes a la notificación de la presente providencia, **reintegre** al señor David Herrera

Trejos al cargo que venía desempeñando u otro similar al que ocupaba, hasta tanto le sea reconocida la pensión de vejez y se produzca su inclusión en nómina. En cualquier caso, le será aplicable al accionante lo dispuesto en la Ley 1821 de 2016.

Tercero.- En relación con el expediente T-5964701, **REVOCAR** la sentencia proferida el 12 de agosto de 2016 por el Juzgado Veintiocho Penal Municipal con Función de Control de Garantías, la cual negó por improcedente el amparo y, en su lugar, **NEGAR** el amparo por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

Cuarto.- LIBRAR las comunicaciones –por la Secretaría General de la Corte Constitucional–, así como **DISPONER** las notificaciones a las partes –a través de los juzgados de instancia, previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO
Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada

ROCÍO LOAIZA MILIAN
Secretaria General (E)