

Sentencia T-376/16

Referencia: expediente T-5.445.224

Acción de tutela instaurada por Jairo Álvarez Montoya contra la Procuraduría General de la Nación y Colpensiones.

Magistrado Ponente:
ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Bogotá, D.C., quince (15) de julio de dos mil dieciséis (2016).

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

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo proferido en segunda instancia por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia el diecisiete (17) de febrero de dos mil dieciséis (2016), que confirmó la providencia de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, del veintinueve (29) de octubre de dos mil dieciséis (2016).

I. ANTECEDENTES

Demanda de tutela¹

Jairo Álvarez Montoya interpuso acción de tutela contra la Procuraduría General de la Nación y Colpensiones por el presunto desconocimiento de los derechos a la salud, la seguridad social y el mínimo vital, al haber sido desvinculado de la primera por llegar a la edad de retiro forzoso sin que se le hubiera reconocido la pensión de vejez, pese a sufrir de un tumor neuroendocrino que lo obliga a permanecer en continuo tratamiento médico. En consecuencia, el actor solicitó el reintegro a la entidad mientras se le reconoce la pensión especial para ex-trabajadores del Ministerio Público contemplada en el artículo 10 del Decreto 546 de 1971.

Hechos relevantes

1. El 7 de julio de 2009, Jairo Álvarez Montoya tomó posesión en el cargo de Sustanciador Código 4 SU, grado 11, de la Procuraduría 101 Judicial I para

¹ Acción de tutela presentada el 16 de octubre de 2015 (Folio 25 del cuaderno principal).

Asuntos Administrativos de Bucaramanga “(...) en provisionalidad hasta por seis (6) meses, según [el] Decreto No. 1220 del 17 de junio de 2009”². Manifiesta el actor que permaneció en este cargo hasta el 11 de diciembre de 2013.

2. El 11 de diciembre de 2013, el actor se posesionó en provisionalidad en el cargo de Sustanciador Código 4 SU, grado 11 de la Procuraduría 51 Judicial II Penal de Bucaramanga³.

3. Indicó el accionante que a través del Decreto 4139 del 17 de octubre de 2014, se decidió que a partir del 19 de abril de 2015, sería apartado del cargo por haber llegado a la edad de retiro forzoso.

4. El 3 de marzo de 2015, se hace efectivo el Decreto 1043 del 24 de febrero de 2015 en el que, de nuevo, se nombró en provisionalidad al actor en el cargo de Sustanciador Código 4 SU, grado 11 de la Procuraduría 51 Judicial II Penal de Bucaramanga. En consecuencia, el señor Jairo Álvarez Montoya se posesionó ante el Juzgado Primero Municipal de Bucaramanga⁴.

5. El 27 de marzo de 2015, el accionante radicó una petición en la Procuraduría General de la Nación en la que informó que desde el año 2011 ha padecido de un tumor neuroendocrino y en el año 2014 fue intervenido quirúrgicamente, circunstancias que lo han llevado a recibir “*tratamiento antineoplásico sistémico con sandostanina*”. Manifestó el peticionario su preocupación por el hecho de ser desvinculado de esta entidad y quedar sin los controles necesarios para su enfermedad de alto costo⁵.

6. Pese al interés del señor Jairo Álvarez Montoya en continuar con su tratamiento y de no haber obtenido pensión alguna, fue desvinculado de la Procuraduría General de la Nación por haber llegado a la edad de retiro forzoso. El accionante trabajó hasta el 19 de abril de 2015.

7. El 21 de mayo de 2015, la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones- confirmó la Resolución GNR 89027 del 25 de marzo de 2015, que negó la pensión de vejez en consideración a lo siguiente:

“(...) aunque el señor ÁLVAREZ MONTOYA, JAIRO acredita la edad (tiene 65 años de edad), no cumple con el número de semanas estipulado en la Ley 797 de 2003 (tiene 1.018 semanas); razón por la cual, no puede reconocerse la pensión de vejez solicitada”⁶.

Respuesta de las entidades accionadas

² Folio 12 del cuaderno principal.

³ Folio 13 del cuaderno principal.

⁴ Folio 14 del cuaderno principal.

⁵ Folio 5 y 6 del cuaderno de Revisión.

⁶ Folio 22 del cuaderno principal.

8. La Procuraduría General de la Nación, por conducto de la Jefe de la Oficina Jurídica, contestó la acción de tutela interpuesta en su contra e indicó que el Decreto No. 4139 del 17 de octubre de 2014 expedido por el Procurador, a través del que se desvinculó al accionante de esta entidad con fundamento en haber llegado a la edad de retiro forzoso, obedeció a la facultad que le asiste al nominador en virtud de las disposiciones contenidas en el numeral 6° del artículo 278 de la Constitución, en armonía con otras disposiciones como el numeral 7° del artículo 7 del Decreto Ley 262 del 2000.

Agregó la entidad que la acción presentada es improcedente, en consideración a que su carácter subsidiario impone al interesado el deber de desplegar los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del proceso. Debe entenderse que esta acción constitucional no es una herramienta judicial que pueda desplazar los demás mecanismos. A la luz de lo anterior, el alcance de las medidas cautelares contenidas en la Ley 1437 de 2011, que pueden suspender de forma provisional los efectos del acto administrativo, son la vía eficaz para cuestionar los derechos que se consideran afectados como consecuencia de la desvinculación de la Procuraduría General de la Nación por haber llegado a la edad de retiro forzoso.

9. Afirmó que tampoco existe un perjuicio irremediable, dado que el señor Jairo Álvarez Montoya se ha mostrado renuente a adelantar las labores pertinentes dirigidas a optimizar su situación frente a su reconocimiento pensional. En ese sentido, no se puede pretender que se declare la nulidad de un acto emitido conforme con el imperativo de efectuar el retiro de una persona que, en el sector público, ha llegado a los 65 años de edad.

10. Aunado a lo anterior, no se acredita el cumplimiento del presupuesto de inmediatez propio de esta acción ya que el acto administrativo cuestionado data del 17 de octubre de 2014, es decir que, el amparo solicitado tardó más de un año en impugnar el acto administrativo proferido y notificado. En consecuencia, no puede predicarse una situación de inminencia o de urgencia en contra del peticionario.

11. Concluyó esta entidad que la enfermedad padecida por el actor sólo fue puesta en conocimiento de ella el trece (13) de abril de dos mil quince (2015) y que la desvinculación del accionante fue necesaria para cumplir con un mandato de la ley:

“(...) el cumplimiento de normas de carácter imperativo, por parte del Procurador General de la Nación, no puede asimilarse de ninguna manera a arbitrariedad o a desconocimiento de determinado derecho. Si bien señala el tutelante que no cuestiona la legalidad del acto, lo cierto es que dicha situación no altera la posibilidad de retirar al servidor del servicio, una vez ha cumplido la edad de retiro forzoso. El hecho de que haya interpuesto solicitud de pensión, tampoco cambió la naturaleza del cargo, ni le aseguró un fuero especial al accionante, que impidiera al nominador realizar actos diverso al de separarlo del cargo, de conformidad con su naturaleza y mandatos descritos anteriormente”.

12. La Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones- fue notificada de la admisión de la acción de tutela⁷, no obstante guardó silencio en el proceso de amparo iniciado por el señor Jairo Álvarez Montoya.

Decisiones judiciales objeto de revisión

Primera instancia: *Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, sentencia del veintinueve (29) de octubre de dos mil quince (2015)*

13. El juez de primera instancia declaró improcedente el amparo de los derechos solicitados por Jairo Álvarez Montoya. Como fundamento de esta decisión, se expuso que el actor tenía a su alcance la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que incluye la posibilidad de solicitar medidas cautelares, de conformidad con la Ley 1437 de 2011.

Encuentra la Sala que la acción de tutela no es el medio idóneo y expedito para decretar el reintegro de un servidor público, ni para ordenar el reconocimiento y pago de una prestación pensional derivada de la Ley 100 de 1993 o de la pensión especial consagrada en el Decreto 546 de 1971. En consecuencia, se declaró improcedente la protección solicitada por el actor.

Impugnación:

14. Jairo Álvarez Montoya impugnó la sentencia de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bucaramanga para que “(...) *el superior revise la decisión de primera instancia*”⁸.

Segunda instancia: *Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia a través de sentencia del diecisiete (17) de febrero de dos mil dieciséis (2016)*

15. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia confirmó en su integridad la providencia dictada por el juez de primera instancia, al asegurar que después de efectuar un análisis completo de la decisión recurrida, se podía establecer que este mecanismo excepcional no es el escenario para resolver la controversia planteada.

No cabe duda que el medio judicial adecuado para resolver el problema jurídico propuesto por el actor es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en la que las partes pueden solicitar y controvertir pruebas, así como desvirtuar los argumentos de la contraparte con pleno respeto del debido proceso.

Además, es necesario indicar que el retiro forzoso por haber llegado a la edad de los 65 años se encuentra avalado por la Carta Política y por sentencias de la Corte Constitucional como la C-563 de 1993 y la C-351 de 1995, en las que se afirmó que es una medida dispuesta para que el Estado renueve los empleos, con el fin de

⁷ Notificación visible en el folio 32 del cuaderno principal.

⁸ Folio 84 del cuaderno principal.

garantizar la igualdad de oportunidades y el derecho al trabajo de los ciudadanos que aspiran a desempeñarse como sus trabajadores.

Actuación adelantada en la Corte Constitucional y pruebas recaudadas en Sede de Revisión

16. Mediante auto del veintitrés (23) de mayo de dos mil dieciséis (2016)⁹, proferido por el Magistrado Alejandro Linares Cantillo, se ofició a Jairo Álvarez Montoya para que precisara los periodos en los que estuvo vinculado a la Procuraduría General de la Nación y confirmara cuál es su estado de salud, aportara su historia clínica y las prescripciones médicas relacionadas con su tratamiento.

A su vez, se ofició a la Procuraduría General de la Nación para que (i) remitiera el Decreto 4139 del 17 de octubre de 2014, por medio del que se dispuso el retiro del actor a partir del 19 de abril de 2015, por haber llegado a la edad de retiro forzoso y (ii) se indicara cuáles son los requisitos específicos para acceder a la pensión especial para funcionarios del Ministerio Público (artículo 10 del Decreto 546 de 1971). Del mismo modo, se le preguntó a esta entidad (iii) si en el pasado se ha extendido la vinculación de un funcionario público en condiciones similares a las del actor.

También, se remitió una copia de la acción de tutela al Departamento Administrativo de la Función Pública para que le informaran a esta Sala de Revisión si existen alternativas previstas para las personas que al llegar a la edad de retiro forzoso no han adquirido la pensión y se encuentran en una circunstancia de debilidad manifiesta como el accionante.

Por último, en esta providencia se ofició al Tribunal Administrativo de Santander para que remitiera los autos que se han pronunciado sobre la solicitud de medidas cautelares en vigencia de la Ley 1437 de 2011, en aras de analizar la efectividad del medio judicial de nulidad y restablecimiento del derecho.

17. En respuesta a los anteriores requerimientos del auto de pruebas, se recibieron las siguientes comunicaciones y documentos aportados por los intervinientes:

Procuraduría General de la Nación¹⁰

18. En relación con las preguntas formuladas, la Procuraduría General de la Nación manifestó que el Decreto 546 de 1971 regulaba los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez a funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público. No obstante, esto rigió hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, salvo para aquellas personas que se encontraban cobijadas por el régimen de transición y que contrario a lo que sucede con el accionante, estuvieran vinculadas a estas entidades al momento de promulgarse el Sistema Integral de Seguridad Social.

⁹ Folio 17 del cuaderno de Revisión.

¹⁰ Folios 24 al 34 del cuaderno de Revisión.

Agregó el Ministerio Público que las reglas contenidas en los artículos 171 del Decreto Ley 262 de 2000 así como los artículos 128 y 130 del Decreto 1660 de 1978 son imperativos legales, que no son facultativos para el nominador. Por ende, no existe caso alguno en el que, por vía administrativa, se haya extendido la vinculación de un servidor público más allá de la edad de retiro forzoso en esta entidad. Mucho menos si, como sucede con el accionante, le faltan 282 semanas de aportes, es decir, un poco más de cinco (5) años de cotizaciones.

Como fundamento de lo anterior, aportó la resolución de Colpensiones que negó la prestación ordinaria de vejez solicitada por el señor Jairo Álvarez Montoya, la respuesta al recurso de reposición contra el anterior acto administrativo y la Resolución VPB 44601 del 21 de mayo de 2015, en la que se confirmó en todas sus partes el acto inicial que negaba el reconocimiento pensional por faltarle este tiempo de cotización.

Por último, se aportó por la parte accionada el Decreto 4139 del 17 de octubre de 2014, por medio del cual el nominador dispuso el retiro del servicio de la entidad al actor con fundamento en haber llegado a la edad de retiro forzoso.

Departamento Administrativo de la Función Pública¹¹

19. El Departamento Administrativo de la Función Pública advierte que los servidores públicos que cumplieron con la edad de retiro forzoso y les falta un tiempo considerable para acreditar las semanas exigidas para consolidar el derecho pensional y que, además declaren su imposibilidad de continuar cotizando, deberán ser retirados del servicio y tendrán derecho a la indemnización sustitutiva de vejez, en los términos del artículo 37 de la Ley 100 de 1993.

De cualquier forma, la facultad de la Administración para retirar a un servidor que cumple la edad de retiro forzoso debe responder a una valoración de las circunstancias concretas de cada trabajador y debe atender al tiempo de cotizaciones que le falte, dado que si es relativamente corto la entidad podrá permitirle continuar laborando, en consideración a la dificultad que para estas personas representa emplearse y percibir un ingreso que les permita proveerse su subsistencia y la de su familia.

Tribunal Administrativo de Santander¹²

20. El Tribunal Administrativo de Santander remitió dos discos compactos en los que se aportaron una multiplicidad de autos que han concedido o negado las medidas cautelares en vigencia de la Ley 1437 de 2011. No obstante, después de analizar las providencias aportadas no existe una medida cautelar decretada en un caso similar al estudiado.

¹¹ Folios 35 al 48 del cuaderno de Revisión.

¹² Folios 51 y 52 del cuaderno de Revisión.

Jairo Álvarez Montoya¹³

21. El actor presentó un escrito en esta Corporación, dando respuesta a las preguntas que se habían formulado en el auto de pruebas. Al respecto, aclaró los tiempos en los que estuvo vinculado en la Procuraduría General de la Nación y adjuntó las constancias correspondientes de nombramiento y posesión en los cargos desempeñados, que acreditan que laboró desde el 7 de julio de 2009 hasta el 18 de abril de 2015.

Para el efecto se aportaron los siguientes documentos:

- (i) Los Decretos No. 1220 del 17 de junio de 2009, No. 2778 del 27 de noviembre de 2009, No. 3202 del 29 de noviembre de 2010, No. 1657 de junio de 2011, No. 3538 del 25 de noviembre 2011, No. 1965 del 29 de mayo de 2012, No. 1935 del 27 de mayo de 2013 y No. 3971 del 10 de octubre de 2013, por medio de los cuales se nombra en provisionalidad a Jairo Álvarez Montoya y de manera sucesiva se renueva el vínculo en el cargo de Sustanciador Código 4 SU, grado 11, de la Procuraduría 101 Judicial I para asuntos administrativos de Bucaramanga.
- (ii) Las actas de posesión No. 0026 de 2009, No. 049 de 2009, No. 046 de 2010, No. 093 de 2011, No. 057 de 2012, No. 121 de 2012, No. 057 de 2013 y No. 115 de 2013, en las que tras comprobarse el cumplimiento de los requisitos para ejercer el anterior empleo público, éste es asumido por el accionante.
- (iii) Los Decretos No. 5170 del 2 de diciembre de 2013, No. 3440 del 25 de agosto de 2014 y No. 1043 del 24 de febrero de 2015, por medio de los que se nombra en provisionalidad y de forma sucesiva al actor en el cargo de Sustanciador, Código 4 SU, grado 11, de la Procuraduría 51 Judicial II Penal de Bucaramanga.
- (iv) El acta de posesión No. 133 de 2013 en donde consta su vinculación en el último cargo ocupado en esta entidad público.

Manifestó Jairo Álvarez Montoya que en el mes de abril de 2011, fue sometido a un procedimiento quirúrgico en el que se le encontró un tumor neuroendocrino en el intestino delgado. En consecuencia, fue remitido al oncólogo que ha estado a cargo de su tratamiento desde ese momento, quien en su historia clínica consignó el compromiso de múltiples lesiones hepáticas, peritoneales y retroperitoneales¹⁴.

II. FUNDAMENTOS

Competencia

La Corte Constitucional es competente para revisar las decisiones judiciales estudiadas con fundamento en el artículo 86 y numeral 9 del artículo 241 de la

¹³ Folios 53 al 90 del cuaderno de Revisión.

¹⁴ Folio 55 del cuaderno de Revisión.

Constitución Política de 1991, desarrollados por los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 del mismo año.

De acuerdo con el Auto de la Sala de Selección de Tutelas Número Cuatro del catorce (14) de abril de dos mil dieciséis, el expediente T-5.445.224 fue seleccionado y repartido por sorteo al Magistrado Alejandro Linares Cantillo.

Procedencia de la demanda de tutela

22. Antes de analizar el objeto de la acción de tutela interpuesta, es necesario estudiar los requisitos de procedencia de la demanda relativos a (i) la alegación de una presunta afectación de un derecho fundamental, (ii) la legitimación por activa y por pasiva, (iii) la subsidiariedad y (iv) la observancia del requisito de inmediatez.

La Corte se ocupará, de manera especial, del presupuesto de subsidiariedad, cuyo incumplimiento fue planteado por los jueces que conocieron en primera y segunda instancia de la acción de tutela interpuesta por el señor Jairo Álvarez Montoya, quienes realizaron en las providencias estudiadas un énfasis especial en la efectividad de las medidas cautelares que con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, fueron reforzadas.

Alegación de afectación de un derecho fundamental

23. El actor aduce la presunta trasgresión por parte de las accionadas de los derechos fundamentales a la salud¹⁵, a la seguridad social¹⁶ y al mínimo vital¹⁷.

Legitimación por activa

¹⁵ La Corte Constitucional mediante Sentencia C-754/15 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado) reiteró el carácter fundamental del derecho a la salud en los siguientes términos: “(...) *esta Corporación ha determinado que el derecho a la salud es un **derecho fundamental y autónomo** esencial para la garantía de la dignidad humana, que comprende el derecho al nivel más alto de salud física, mental y social posible, y que algunas de sus facetas son susceptibles de ser reclamadas mediante la acción de tutela*”.

¹⁶ Se estableció en la Sentencia T-414/09 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva) que “(...) el derecho a la seguridad es un verdadero derecho fundamental cuya efectividad y garantía se deriva de (i) su carácter irrenunciable, (ii) su reconocimiento como tal en los convenios y tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano en la materia y (iii) de su prestación como servicio público en concordancia con el principio de universalidad. Sin embargo, el carácter fundamental del derecho a la seguridad social no puede ser confundido con su aptitud de hacerse efectivo a través de la acción de tutela. En este sentido, la protección del derecho fundamental a la seguridad social por vía de tutela solo tiene lugar cuando (i) adquiere los rasgos de un derecho subjetivo; (ii) la falta o deficiencia de su regulación normativa vulnera gravemente un derecho fundamental al punto que impide llevar una vida digna; y (iii) cuando la acción satisface los requisitos de procedibilidad exigibles en todos los casos y respecto de todos los derechos fundamentales. De ahí que las situaciones del orden sustancial deban ser diferentes de las consideraciones de orden procesal que permiten analizar la procedibilidad de la acción y que, para efectos de determinar su prosperidad, no dependen de la verificación de la transmutación del derecho en el caso concreto o de su conexidad con otro derecho fundamental”. Esta postura jurisprudencial fue expresamente reiterada en la Sentencia T-164/13 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

¹⁷ En la Sentencia T-184/09 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez) se hizo referencia al mínimo vital en los siguientes términos: “(...) *es un derecho fundamental que tiene como característica ser cualitativo, por lo que supone que cada quien viva de acuerdo al estatus adquirido durante su vida. Sin embargo, esto no significa que cualquier variación en los ingresos implique necesariamente una vulneración de este derecho. Por el contrario, existe una carga soportable para cada persona, que es mayor entre mejor haya sido la situación económica de cada quien. Por esto, entre mayor sea el estatus socioeconómico, es más difícil que variaciones económicas afecten el mínimo vital y, por ende, la vida digna*”.

24. Jairo Álvarez Montoya interpone acción de tutela en nombre propio acorde con el artículo 86 de la Carta Política¹⁸, que establece que toda persona que considere que sus derechos fundamentales han sido vulnerados o se encuentren amenazados, podrá acudir a la acción de tutela en nombre propio o a través de un representante que actúe en su nombre.

Legitimación por pasiva

25. El artículo 5° del Decreto 2591 de 1991¹⁹ establece que la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de una autoridad pública que haya violado, viole o amenace un derecho fundamental. En el caso estudiado, al dirigirse la acción de tutela contra la Procuraduría General de la Nación²⁰ y la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-²¹, que tienen la naturaleza de entidades públicas, se entiende acreditado este requisito de procedencia.

Subsidiariedad

26. El artículo 86 de la Constitución Política de 1991 establece que la acción de tutela sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo en los casos en los cuales sea interpuesta como mecanismo transitorio para evitar la configuración de un perjuicio irremediable. De igual forma, se ha aceptado la procedencia del amparo de tutela en aquellas situaciones en las que existiendo recursos judiciales, los mismos no sean idóneos para evitar la vulneración del derecho constitucional fundamental²².

En el caso puesto a consideración de esta Corporación, el análisis del requisito de subsidiariedad tiene una importancia significativa. En atención a ello, la Corte (i) caracterizará los cambios introducidos por la Ley 1437 de 2011²³ que consagró un grupo de medidas cautelares y amplió las causales para la procedencia de la suspensión provisional; (ii) analizará cómo ha sido entendido por la jurisprudencia

¹⁸ El artículo 86 de la Constitución Política dispone que: “*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 (...)*”.

¹⁹ De conformidad con el 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 2o. de esta ley*”. CP, art 86°; D 2591/91, art 1°.

²⁰ El artículo 17 de la Constitución preceptuó que el Ministerio Público es un órgano de control. Por su parte, en el artículo 275 se indicó que el Procurador General de la Nación es el supremo director.

²¹ De conformidad con el artículo 2° del Acuerdo 9 de 2011: “*La Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, es una Empresa Industrial y Comercial del Estado organizada como entidad financiera de carácter especial, vinculada al Ministerio del Trabajo, con la finalidad de otorgar los derechos y beneficios establecidos por el sistema general de seguridad social consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política*”.

²² En la Sentencia T-291/14 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio) se afirmó que: “*(...) la Corte Constitucional también ha destacado que no basta con la mera existencia de otro mecanismo de defensa judicial para determinar la improcedencia de la tutela, sino que el juez debe valorar la idoneidad y la eficacia del mismo de cara a cada caso en particular, sin que ello implique el desconocimiento de la prevalencia y validez de los medios ordinarios de protección judicial como instrumentos legítimos para la salvaguarda de los derechos. Es así como, con miras a obtener la protección de sus garantías, los ciudadanos están obligados a acudir de manera preferente a los mecanismos ordinarios y extraordinarios, cuando ellos se presenten como conducentes para conferir una eficaz protección constitucional, y solo en caso de que dichos mecanismos carezcan de idoneidad o eficacia, es que procedería la acción de tutela para su protección*”.

²³ “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

el nuevo régimen; (iii) precisará las diferencias entre el mecanismo propio de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y la acción de tutela; y (iv) examinará si, en el presente caso, el medio indicado en las decisiones de instancia, esto es, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, es idónea para examinar la situación del accionante.

27. El Capítulo XI de la Ley 1437 de 2011 reguló, entre los artículos 229 y 241, las medidas cautelares que podrán ser concedidas en todos los procesos declarativos que se adelanten ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Para su procedencia se estableció que la solicitud debe encontrarse debidamente sustentada y presentada en cualquier estado del proceso. Prescribió además que el juez o magistrado podrá decretarlas si las considera necesarias con el fin de proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. En todo caso, por disposición legal expresa la decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.

No obstante, la posibilidad de decretarlas está supeditada a la relación directa con la demanda presentada y con su tipología. En ese sentido, en el artículo 230 de la Ley 1437 de 2011, se determinó que pueden ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión por lo que se podrán decretar una o varias de ellas:

- “1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible.*
- 2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.*
- 3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.*
- 4. Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos.*
- 5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer”.*

La medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos se encuentra regulada en el artículo 231 en el que se contempló para su procedencia la comprobación de una contradicción entre el acto demandado y una norma superior o entre el acto cuestionado y el estudio de las pruebas allegadas a la solicitud. Para las otras medidas cautelares, el mismo artículo establece que su decreto será procedente cuando concurren los siguientes requisitos: (i) la demanda presentada debe estar razonablemente fundada en derecho; (ii) el demandante debe demostrar, así sea sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados; (iii) el demandante debe haber allegado los documentos, argumentos y la justificación que permita concluir, mediante un

juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla; y (iv) se debe demostrar que al no otorgarse la medida se causaría un perjuicio irremediable o en su defecto, que existen serios motivos para considerar que de no hacerlo los efectos de la sentencia serían nugatorios.

Sumado a ello, prevé el artículo que para la concesión de medidas cautelares se deberá prestar una caución con el fin de garantizar los perjuicios que se puedan ocasionar con su decreto. Están exceptuados de la anterior exigencia, la petición de suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, los procesos que tengan por finalidad la defensa y la protección de los intereses colectivos, así como las medidas solicitadas por una entidad pública.

Por último, con la regulación de la Ley 1437 de 2011 se creó un mecanismo con una efectividad especial como consecuencia del procedimiento célere para su adopción, que diferenció entre las medidas cautelares de urgencia y las demás. En el primer caso, es decir cuando se evidencie que por su premura no sea posible correrle traslado a la contraparte, deberán ser decretadas siempre que el solicitante cumpla con la caución previa fijada por el juez, sin que se exija la notificación al demandado. Mientras que, en la adopción de las demás medidas cautelares se deberá correr traslado de la solicitud a la contraparte para que en el lapso de cinco (5) días se pronuncie y una vez se ha vencido este término, el auto que las decida deberá proferirse dentro de los diez (10) días siguientes.

La medida cautelar sólo podrá hacerse efectiva a partir de la ejecutoria del auto que acepte la caución prestada y deberá ser cumplida por la parte obligada o de lo contrario, procederá la apertura de un desacato en los términos del artículo 241²⁴ de la Ley 1437 de 2011.

28. El Consejo de Estado se ha ocupado en múltiples providencias de precisar el alcance de la regulación contenida en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y el cambio que ella representó. Así las cosas y con el propósito de reflejar “el derecho viviente” a continuación la Corte precisará el alcance general que la jurisprudencia del Consejo de Estado le ha conferido al nuevo régimen de medidas cautelares²⁵. Un examen de varias providencias que se han ocupado de la materia, permite identificar cinco (5) diferencias transversales

²⁴ El artículo 241 de la Ley 1437 de 2011 preceptúa que: “El incumplimiento de una medida cautelar dará lugar a la apertura de un incidente de desacato como consecuencia del cual se podrán imponer multas sucesivas por cada día de retardo en el cumplimiento hasta por el monto de dos (2) salarios mínimos mensuales legales vigentes a cargo del renuente, sin que sobrepase cincuenta (50) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

La sanción será impuesta al representante legal de la entidad o director de la entidad pública o al particular responsable del cumplimiento de la medida cautelar por la misma autoridad judicial que profirió la orden, mediante trámite incidental y será susceptible de los recursos de apelación en los procesos de doble instancia y de súplica en los de única instancia, los cuales se decidirán en el término de cinco (5) días.

El incumplimiento de los términos para decidir sobre una medida cautelar constituye falta grave”.

²⁵ En la Sentencia C-463/14 (M.P. María Victoria Calle Correa) se estableció al derecho viviente como una herramienta válida de interpretación que debe hacer énfasis en los órganos de cierre de la jurisdicciones: “(...) Como lo ha sostenido esta Corte, al incorporar entre las herramientas de interpretación del derecho constitucional el concepto de derecho viviente, las normas pueden evolucionar desde sus textos a partir de la forma en que los operadores jurídicos las conciben y, especialmente, cuando son interpretadas con autoridad por los órganos de cierre del sistema jurídico”.

entre el régimen de medidas cautelares contenidas en el Decreto 01 de 1984 y la nueva regulación:

- (i) La Ley 1437 de 2011 consagró una serie de posibilidades entre las que se cuentan el restablecimiento de un derecho, la suspensión de un procedimiento, la orden de adopción a la Administración de una decisión, la demolición de una obra o las órdenes de imponer obligaciones de hacer o no hacer. En contraposición, en la legislación anterior, sólo se contemplaba la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos²⁶.
- (ii) La expresión “*manifiesta infracción*”²⁷ que estaba contenida en el Decreto 01 de 1948 como condición para decretar la medida de suspensión provisional de los efectos del acto administrativo fue suprimida. Este cambio, en vigencia de la Ley 1437 de 2011, ha sido interpretado por el Consejo de Estado como una variación significativa en la regulación dado que se obliga al juez administrativo a realizar un análisis entre el acto y las normas que se asumen como trasgredidas, así como a estudiar las pruebas allegadas con la solicitud, sin que esta última posibilidad signifique un prejuzgamiento: “(...) [e]sta es una reforma sustancial, si se tiene en cuenta que ello habilita al juez a realizar un estudio no simplemente superficial de la solicitud de la medida sino que incluye la apreciación de las pruebas aportadas al efecto. Todo esto, lógicamente, sin incurrir en una valoración de fondo más propia de la fase de juzgamiento (...)”²⁸.
- (iii) El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo estableció un sistema innominado de medidas cautelares, como así se extrae de las expresiones contenidas en el artículo 230 que las

²⁶ En el Auto del veintinueve (29) de marzo de dos mil dieciséis (2016) del Consejo de Estado, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Sección Tercera, Subsección B, al resolver el expediente con radicación número 11001-03-27-000-2015-00035-00 (21767) (C.P. Danilo Rojas Betancourth) consideró que como garantía del acceso a la administración de justicia: “[c]on la expedición de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -CPACA-, se produjo un cambio trascendental desde el punto de vista de las facultades cautelares y preventivas que a petición de parte puede ejercer el juez contencioso administrativo en los procesos que se tramitan ante esta jurisdicción especializada, puesto que las mismas fueron ampliamente aumentadas en relación con aquellas que le atribuía el Decreto Ley 01 de 1984 -que sólo contemplaba la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos”.

²⁷ En el Auto del doce (12) de febrero de dos mil dieciséis (2016) del Consejo de Estado, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Sección Tercera, Subsección A, tras conocer el expediente con radicado número 11001-03-26-000-2014-00101-00 (51754)A (C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera) advirtió que: “(...) quizá el cambio más significativo que introdujo el artículo 231 del C.P.A.C.A. respecto de la suspensión provisional de los actos administrativos es la eliminación del requisito que consistía en que, para que se pudiera conceder esta medida cautelar, era necesario que la norma demandada vulnerara la norma superior de manera manifiesta, ostensible o palmaria”.

²⁸ La Corte Constitucional en la Sentencia SU-355/15 (M.P. Mauricio González Cuervo) retomó lo afirmado por la Sección Primera del Consejo de Estado en providencia del nueve (9) de junio de dos mil catorce (2014) en la que se afirmó que: “Como la jurisprudencia ha resaltado, se trata de “una reforma sustancial, si se tiene en cuenta que (...) habilita al Juez a realizar un estudio no simplemente superficial de la solicitud de la medida sino que incluye la apreciación de las pruebas aportadas al efecto” (...). Esto, por cuanto en el marco de la nueva normatividad establecida en el CPACA, para la suspensión provisional se prescindió de la “manifiesta infracción” hasta allí vigente, lo cual se ha interpretado en el sentido que “la nueva normativa presenta una variación significativa en la regulación de esta figura, por cuanto la norma obliga al Juez administrativo a realizar el análisis entre el acto y las normas invocadas como trasgredidas y a estudiar las pruebas allegadas con la solicitud” (...).”

contempló²⁹. Esto implica que, se puede adoptar por el juez una medida de cualquier tipo que se ajuste a las necesidades de la situación específica.

- (iv) Se conciben las medidas cautelares de forma autónoma a la demanda presentada, a tal punto que el requisito de conciliación prejudicial no le es aplicable a ellas, aunque sea necesaria su acreditación para la admisión de la demanda. Según se estableció en sentencia de tutela de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado: *“(...) 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”*³⁰.
- (v) Finalmente, se destaca del nuevo régimen jurídico aplicable, la inclusión de las medidas cautelares de urgencia, que por la finalidad que persiguen, fueron estructuradas como medios preliminares dotados de eficacia inmediata para la protección de los derechos fundamentales. Esta circunstancia, implica para el juez administrativo el deber de *“(...) remover los obstáculos eminentemente formales que llegaren a impedir la adopción de estas medidas en los casos en que exista una seria y verdadera amenaza de vulneración de derechos, bienes o intereses jurídicos”*³¹. En otras palabras, las medidas cautelares y en especial las de urgencia, se conciben como una garantía efectiva y material del acceso a la administración de justicia que deben tener en cuenta no sólo presupuestos legales, sino también constitucionales y convencionales para su procedencia.

A partir de lo expuesto, se concluye que el cambio introducido por la ley estudiada dotó a los procesos que se tramitan ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo de una perspectiva constitucional, dado que amplió la procedencia de las medidas cautelares que pueden ser decretadas en el ejercicio de cualquier

²⁹ Auto del trece (13) de mayo de dos mil quince (2015) del Consejo de Estado, en el que la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Sección Tercera, Subsección C, expediente número 11001-03-26-000-2015-00022-00(53057) (C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa) advirtió que: “[E]s preciso resaltar que el Código no establece un *numerus clausus* de medidas cautelares, por el contrario, se trata de un sistema innominado de medidas con el que se persigue adoptar unas decisiones inmediatas de cualquier tipo con el fin de responder a las necesidades que demande una situación específica; lo que se corrobora con una revisión al artículo 230 que establece que se puede: “ordenar que se mantenga la situación...”, “suspender un procedimiento o actuación administrativa...”, “suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo”; hasta llegar a aquellas en las cuales se permite “ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos” y, por último, “impartir ordenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer”.

³⁰ 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. (C.P. Alfonso Vargas Rincón).

³¹ Auto del trece (13) de mayo de dos mil quince (2015) del Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo de la Sección Tercera, Subsección C, expediente número 11001-03-26-000-2015-00022-00(53057) (C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa).

acción propia de esta jurisdicción lo que admite, entre otras cosas, que la protección de los derechos constitucionales pueda llevarse, al menos *prima facie*, de manera efectiva. Estas consideraciones permiten, en abstracto, afirmar que el legislador realizó un esfuerzo importante para conferirle efectividad a los medios de control contemplados en la Ley 1437 de 2011, a fin de fortalecerla de cara a la protección de los derechos constitucionales. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado ha dicho, en ese sentido:

“(...) con el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo nació una nueva relación entre acción de tutela y los medios de control judicial ordinarios que se ejercen ante la justicia administrativa. El resultado es que la intervención positiva sobre las medidas cautelares debe desplazar a la acción de tutela cada vez más –pero en un sentido de lo correcto, a la luz del art. 86-, pues al interior de las acciones ordinarias se puede resolver la problemática de la protección efectiva y pronta de los derechos fundamentales”³².

29. La Corte Constitucional comparte la necesidad de que la Carta Política influya en la totalidad del ordenamiento, así como en las demás jurisdicciones como reflejo de su supremacía. En todo caso, si bien la acción de tutela debe darle un lugar prevalente, de forma paulatina, a los mecanismos creados por el legislador para resolver cuestiones *iusfundamentales* en la jurisdicción ordinaria y en la administrativa, la realidad es que subsisten ciertas diferencias entre la idoneidad que para la protección ofrece la acción de tutela y las medidas cautelares desarrolladas por el actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

29.1. En primer lugar, cualquiera que sea el medio de control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, debe presentarse con abogado y el procedimiento, a pesar de su amplitud, está regido por la formalidad. Por su parte, la acción de tutela no requiere de apoderado judicial y se rige, en contraposición, por el principio de informalidad.

29.2. Otra diferencia se centra en que por regla general es necesario -de conformidad con el artículo 232 de la Ley 1437 de 2011- prestar caución con el fin de garantizar los perjuicios que pueda ocasionar el decreto de la medida solicitada. De este requisito procedimental están exentas las medidas de suspensión provisional de los efectos del acto administrativo, los procesos con la finalidad de proteger derechos o intereses colectivos y cuando el solicitante de la medida sea una entidad pública.

29.3. Además, tal y como lo indicó la Corte Constitucional en la sentencia C-284 de 2014³³, al juzgar la constitucionalidad del parágrafo del artículo 229 de la Ley 1437 de 2011, los jueces de tutela cuentan con una facultad para proteger los derechos fundamentales, que los habilita para decretar medidas provisionales más

³² 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. (C.P. Alfonso Vargas Rincón).

³³ Corte Constitucional. Sentencia C-284/14 (M.P. María Victoria Calle Correa).

amplias que las administrativas y que están sujetas a estándares abiertos: “(...) *la Constitución, tal como ha sido interpretada por la Corte, les ha asignado a los jueces de tutela una facultad amplia para proteger los derechos fundamentales. Esto los habilita para decretar medidas provisionales, sujetas principalmente a estándares abiertos no susceptibles de concretarse en reglas inflexibles que disciplinen en detalle su implementación puntual en los casos individuales*”.

29.4. Existe también una diferencia en el amparo suministrado por la acción de tutela, que en general se ha estructurado como un mecanismo definitivo de protección de derechos, mientras que la medida cautelar por su naturaleza es en esencia transitoria y busca conjurar situaciones urgentes, sin que necesariamente la controversia de fondo sea resuelta.

30. El reconocimiento de las diferencias existente entre la acción de tutela y los medios de control que se tramitan ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, de ninguna manera implica desconocer la importancia de las medidas cautelares de la Ley 1437 de 2011. Por el contrario, ello pone de presente los esfuerzos legislativos por establecer en las otras jurisdicciones instrumentos que pueden tener una idoneidad y eficacia equivalente a la acción de tutela.

Así las cosas la jurisdicción de lo contencioso administrativo tiene en la actualidad no solo la vocación sino también la obligación de proteger derechos fundamentales de forma igual o superior al de la acción de tutela al permitir a los sujetos procesales, en el marco de un proceso con amplias garantías y con el concurso de un abogado, resolver las diferentes controversias. En consecuencia, los jueces de tutela tienen la obligación de determinar, de conformidad con el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, la idoneidad y eficacia -en concreto- de los otros medios de defensa judicial atendiendo las circunstancias particulares del solicitante, en particular, (i) el contenido de la pretensión y (ii) las condiciones de los sujetos involucrados.

31. Analizado el caso sometido a examen de esta Corte, se advierte que los medios previstos en la Ley 1437 de 2011, no tienen la idoneidad suficiente para anular la procedencia de la acción de tutela. Si bien el actor hubiera podido, en abstracto, solicitar la suspensión provisional del acto administrativo que determinó su desvinculación del Ministerio Público, mientras que se dirimía la controversia final, la realidad es que las condiciones del sujeto involucrado y el precedente fijado por esta Corte en la materia, determinan la falta de idoneidad de las medidas cautelares de la jurisdicción de lo contencioso administrativo para contener el riesgo en los derechos fundamentales del actor. Esta conclusión se apoya en las siguientes razones.

31.1. En primer lugar, el señor Jairo Álvarez Montoya se encuentra en una especial condición de vulnerabilidad derivada del tumor neuroendocrino que padece y que lo obliga a permanecer en tratamiento. En ese sentido, el otro medio que estaría al alcance del señor Jairo Álvarez Montoya, en este caso la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, aun con la posibilidad de solicitar las medidas cautelares estudiadas, no satisface sus pretensiones, en tanto con la desvinculación de la entidad podría enfrentarse a una grave afectación de su mínimo vital y a un

deterioro en su salud. La acción de tutela es el único medio que, además de otorgar de forma célere la protección, brinda una solución definitiva a la problemática *iusfundamental* del actor.

Las condiciones de inminencia y urgencia del amparo que es requerido por el accionante, un sujeto de especial protección, exigen la inmediata y definitiva intervención del juez de tutela con el fin de evitar la interrupción del tratamiento para su enfermedad. De suspenderse podría causar un detrimento irreversible en sus condiciones vitales y de salud. Esta cuestión, por sí sola, es imposible de tolerar por el juez constitucional y hace presumir la falta de idoneidad de los mecanismos ordinarios. Ha dicho la Corte:

“(...) la procedibilidad de la acción de tutela se fortalece cuando el afectado es un sujeto de especial protección constitucional, pues en razón de su edad, estado de salud o condición de madre cabeza de familia, estas personas se encuentran en una situación de vulnerabilidad, que permite al juez constitucional presumir que los mecanismos ordinarios de defensa judicial no son idóneos para garantizar de manera efectiva el ejercicio de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados”³⁴.

31.2. En segundo lugar, existen decisiones previas de esta Corporación que en vigencia de la Ley 1437 de 2011 y al conocer casos similares, determinaron la ineficacia en concreto de las medidas cautelares. En la Sentencia T-822 de 2014³⁵ se afirmó, al analizar un caso de un docente desvinculado por llegar a la edad de retiro forzoso sin que al momento recibiera prestación pensional alguna y quien padecía de carcinoma folicular, que el recurso debía otorgarse como mecanismo definitivo de protección. Para ello la Corte indicó que: *“(...) ni la medida cautelar de la suspensión provisional que acompaña generalmente la nulidad de un acto administrativo se consideraría apta como herramienta procesal idónea para precaver cualquier potencial menoscabo que pueda llegar a producirse, sobre todo porque más allá de la discusión en materia de estabilidad laboral y trabajo, se encuentra de por medio el goce efectivo de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna”*.

Incluso, en casos que no revestían la misma gravedad que el estudiado en esta oportunidad, la Corte ha determinado la procedencia de la acción constitucional. Así al ocuparse de la solicitud de amparo presentada por una persona retirada de su cargo por haber cumplido la edad de retiro forzoso -pese a no haber consolidado el derecho a una pensión- advirtió que el juez de tutela debía pronunciarse de forma definitiva, puesto que imponerle a un sujeto de avanzada edad y cuyo mínimo vital se encontraba en riesgo la carga de acudir a la acción contenciosa, resultaba desproporcionado:

³⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-594/15 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

³⁵ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

“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. /En tales casos, la Corte ha considerado que la avanzada edad de los solicitantes, sumada a la falta de recursos económicos para asumir los costos de sus necesidades básicas mientras aguardan los resultados de un proceso judicial, hace que resulte desproporcionado someterlos a esperar el pronunciamiento de la jurisdicción administrativa, por lo que de manera excepcional se ha abierto camino a la procedencia de la acción de tutela”³⁶.

En síntesis debe seguirse el precedente fijado en las sentencias T-718 de 2014, T-822 de 2014 y T-734 de 2015, conforme al cual en este tipo de casos la acción de tutela procede como mecanismo definitivo. El seguimiento de dicha postura garantiza la seguridad jurídica, la igualdad y la confianza legítima.

Inmediatez

32. En relación con el presupuesto de inmediatez exigido para la procedencia de la demanda presentada en ejercicio de la acción de tutela, que presupone que ella se interponga en un término razonable desde la afectación del derecho, se advierte que, según lo informa la Procuraduría General de la Nación, el acto administrativo que decidió la desvinculación del actor data del 17 de octubre de 2014, es decir, que el amparo solicitado se presentó más de un año después de que la resolución correspondiente fuera proferida y notificada.

Sin embargo, en este análisis el Ministerio Público omite considerar que la eventual conducta vulneradora no fue en sí misma el hecho de informarle al actor su desvinculación por haber llegado a la edad de retiro forzoso, sino que su retiro se presentara sin que el accionante hubiera podido obtener su pensión de vejez. Así, se debe indicar que para el momento en el que se le notificó al actor su retiro de la entidad, él tenía la expectativa de recibir su prestación pensional por estar en trámite su reconocimiento.

³⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-718/14 (M.P. María Victoria Calle Correa). Un similar precedente fue retomado en la Sentencia T-734/15 (M.P. María Victoria Calle Correa) que determinó que los medios ordinarios no son eficaces para una persona que al exceder los 65 años y verse privada de su único ingreso, exigen y legitiman la intervención urgente del juez constitucional.

Pese a lo anterior, la Resolución GNR 89027 del 25 de marzo de 2015 proferida por Colpensiones negó el reconocimiento de la pensión solicitada y en realidad sólo quedó en firme, después de resolverse el recurso de reposición y de apelación, con la Resolución VPB 44601 del 21 de mayo de 2015 que la confirmó en todas sus partes. Estas circunstancias concurrieron para hacer que el diecinueve (19) de abril del dos mil quince (2015), fecha en la que el actor fue definitivamente retirado del cargo, no se encontrara recibiendo pensión alguna.

En ese orden de ideas, dado que la solicitud de amparo fue presentada el dieciséis (16) de octubre de dos mil quince (2015), incluso desde la primera resolución de Colpensiones que negó el reconocimiento de la pensión y desde el retiro efectivo del actor, trascurrieron menos de seis (6) meses. Por lo anterior, esta Sala considera que el lapso acaecido entre los hechos que originaron el presente trámite y la interposición del amparo de tutela es razonable.

Problema jurídico a resolver y método de la decisión

33. En esta oportunidad le corresponde a la Sala Tercera de Revisión determinar si la Procuraduría General de la Nación vulneró los derechos fundamentales del actor a la seguridad social, a la salud y al mínimo vital por disponer su retiro efectivo del servicio, con fundamento en el cumplimiento de la edad de retiro forzoso, a pesar de no haberle sido reconocida la pensión de vejez y de padecer de un tumor neuroendocrino por el que debe permanecer en tratamiento médico.

Con la finalidad de resolver el anterior problema jurídico, en la presente sentencia se reiterarán las reglas jurisprudenciales relativas (i) a la especial protección en el empleo de las personas con cáncer; (ii) al fundamento constitucional y legal de la edad de retiro forzoso como causal de desvinculación del servicio activo; y por último, (iii) a la forma en la que se ha compatibilizado por la jurisprudencia constitucional el retiro de funcionarios que habiendo llegado a los 65 años se encuentran en una circunstancia de debilidad manifiesta. Luego de ello, la Corte procederá a resolver la situación planteada por el accionante.

Especial protección en el empleo de las personas con cáncer. Reiteración jurisprudencial

34. La Corte Constitucional se ha referido en distintas oportunidades a la protección especial de las personas con cáncer en temas de salud, con fundamento en el artículo 13 de la Constitución, que exige de las entidades del Estado una protección más amplia a favor de las personas en estado de debilidad manifiesta³⁷.

³⁷ En la Sentencia T-648/15 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo) se indicó frente a este tema que: “(...) en virtud del derecho fundamental a la salud, el Estado está en la obligación de adoptar aquellas medidas necesarias para brindar a las personas este servicio de manera efectiva e integral, derecho que, de encontrarse de alguna manera amenazado, puede ser protegido por vía de acción de tutela./Lo anterior cobra mayor importancia cuando se trata de sujetos que se encuentran en situación de debilidad manifiesta, como es el caso de los niños, las personas de la tercera edad, quienes sufren de enfermedades catastróficas, entre otras, como por ejemplo, todo tipo de cáncer, y también sujetos que padecen algún tipo de discapacidad puesto que, sumado a la prestación de un servicio de calidad y un tratamiento eficiente e integral para la enfermedad que se padezca, estos merecen una especial protección por parte del Estado”. Por su parte, en la Sentencia T-142/16 (M.P. Alejandro Linares Cantillo) se afirmó

Esta circunstancia se ha proyectado, entre otras, en dos esferas: (i) la flexibilización de los requisitos de procedencia de la acción de tutela³⁸ y (ii) la protección en el empleo de las personas con cáncer.

De manera especial, esta Corporación ha destacado la importancia de la no interrupción del tratamiento de las personas que sufren esta enfermedad. Sobre el particular ha señalado:

“[t]ratándose de sujetos de especial protección con afecciones de salud, la continuidad en la atención médica cobra vertebral trascendencia como quiera que desatender dicho principio compromete peligrosamente la eficacia en el goce de sus derechos fundamentales. Por tanto, el Estado tiene en tales casos una obligación reforzada en virtud de diversos preceptos constitucionales, como el artículo 2 que consagra la efectividad de los derechos y el cumplimiento de los deberes sociales del Estado como fines esenciales a este, el artículo 13 que prescribe el imperativo de protección para las personas en estado de debilidad manifiesta, y el artículo 49 que define la salud como un servicio público a cargo del Estado que lo conmina a garantizar a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”³⁹.

Asimismo, a partir del derecho constitucional al trabajo y de la protección especial derivada del inciso 3° del artículo 13 a favor de las personas en estado de debilidad manifiesta, la Corte Constitucional ha desarrollado la estabilidad laboral reforzada en el empleo de los sujetos que por su condición de salud, se encuentren en una posición de desventaja respecto de la generalidad de personas, entre las que se incluyen las personas con cáncer.

35. El fundamento internacional de esta protección ha encontrado apoyo, entre otras disposiciones que hacen parte del bloque de constitucionalidad, en el numeral 1 del artículo 3° de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación⁴⁰ y el literal a) del numeral 1° del artículo 27 de la

que la Corte Constitucional al estudiar distintos casos ha considerado que por la gravedad, la complejidad y la magnitud del cáncer, las personas que lo sufren gozan de una especial protección constitucional.

³⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-081/16 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

³⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-029/16 (M.P. Alberto Rojas Ríos).

⁴⁰ El literal 1° del artículo 13 de esta Convención que fue aprobada mediante la Ley 1346 de 2009 que indica: “Para lograr los objetivos de esta Convención, los Estados parte se comprometen a:

1. Adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad, incluidas las que se enumeran a continuación, sin que la lista sea taxativa: a) Medidas para eliminar progresivamente la discriminación y promover la integración por parte de las autoridades gubernamentales y/o entidades privadas en la prestación o suministro de bienes, servicios, instalaciones, programas y actividades, tales como el empleo, el transporte, las comunicaciones, la vivienda, la recreación, la educación, el deporte, el acceso a la justicia y los servicios policiales, y las actividades políticas y de administración;

b) Medidas para que los edificios, vehículos e instalaciones que se construyan o fabriquen en sus territorios respectivos faciliten el transporte, la comunicación y el acceso para las personas con discapacidad;

c) Medidas para eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos arquitectónicos, de transporte y comunicaciones que existan, con la finalidad de facilitar el acceso y uso para las personas con discapacidad; y

d) Medidas para asegurar que las personas encargadas de aplicar la presente Convención y la legislación interna sobre esta materia, estén capacitados para hacerlo”. Asimismo, es necesario indicar que esta Convención y su ley aprobatoria fueron declaradas exequibles mediante la sentencia C-401/03 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

Convención de la Naciones Unidas Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁴¹, éste último que al respecto preceptuó que:

“Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. Los Estados Partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación, entre ellas: a) Prohibir la discriminación por motivos de discapacidad con respecto a todas las cuestiones relativas a cualquier forma de empleo, incluidas las condiciones de selección, contratación y empleo, la continuidad en el empleo, la promoción profesional y unas condiciones de trabajo seguras y saludables (...)”.

36. Al analizar la vinculación laboral entre particulares, la Corte Constitucional ha determinado que *“(...) la relación empleador – empleado, denota un conjunto de obligaciones recíprocas que no sólo tienen el propósito de aumentar la productividad, ya sea en términos económicos o de eficiencia en los procesos, sino que fomentan la solidaridad”*⁴². Con mayor razón, si en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997⁴³ se prescribe que (i) en ningún caso la discapacidad podrá obstaculizar la vinculación de una persona, a menos que se demuestre una incompatibilidad insuperable en el cargo que va a desempeñar; (ii) ninguna persona en este estado de discapacidad podrá ser retirada del servicio por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la Oficina de Trabajo⁴⁴; y (iii) en todo caso, quien fuere despedido omitiendo el cumplimiento de esta autorización tendrá derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta (180) días de salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a las que hubiera lugar.

El artículo 26 de la Ley 361 de 1997 fue demandado argumentando que establecía el pago de una indemnización como una opción para que el empleador pudiera despedir a un trabajador en condición de discapacidad, aun sin la autorización del Ministerio de Trabajo. La Corte Constitucional en Sentencia C-531 de 2000⁴⁵ la declaró exequible *“(...) bajo el entendido de que el despido del trabajador de su empleo o terminación del contrato de trabajo por razón de su limitación, sin la autorización de la oficina de Trabajo, no produce efectos jurídicos y sólo es eficaz en la medida en que se obtenga la respectiva autorización. En caso de que el*

⁴¹ Esta convención fue aprobada e incorporada al derecho interno mediante la Ley 1346 de 2009 y fue declarada exequible por la Sentencia C-293 /10 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla).

⁴² Corte Constitucional. Sentencia T-594/15 (Luis Ernesto Vargas Silva).

⁴³ “Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas en situación de discapacidad y se dictan otras disposiciones”.

⁴⁴ Esta disposición fue modificada por el artículo 137 del Decreto Ley 19 de 2012, que determinó que no se requería autorización del Ministerio de Trabajo cuando el trabajador en estado de discapacidad incurra en una de las causales de justa causa para dar por terminado el trabajo. Sin embargo, mediante Sentencia C-744/2012 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla) se declaró la inexecutable de este decreto con fuerza de ley.

⁴⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-531/00 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

empleador contravenga esa disposición, deberá asumir además de la ineficacia jurídica de la actuación, el pago de la respectiva indemnización sancionatoria". Además, como así se advirtió en esta providencia, la indemnización contenida en dicho artículo es adicional a la de la normativa sustantiva laboral.

Conforme a lo expuesto, existe un derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada a favor de las personas que por sus circunstancias físicas, sensoriales o psicológicas están en condiciones de debilidad manifiesta en aras de evitar actos discriminatorios en su contra. Entre los sujetos a quienes se les debe garantizar este tipo de estabilidad en el empleo se encuentran las personas con cáncer. Al respecto, en la Sentencia T-185 de 2016⁴⁶, que estudió la acción de tutela presentada por una trabajadora dedicada al servicio doméstico, que había estado vinculada con un empleador durante veintiséis (26) años y a quien se le terminó su contrato laboral, se concluyó que este derecho se predica de la persona que padezca de serios problemas de salud a pesar de no existir un derecho fundamental a permanecer en el trabajo *"(...) es decir, que el empleador no está obligado a mantener a un empleado de manera perpetua en el cargo que desarrolla, ello no significa que la terminación del contrato de trabajo de una persona que se encuentra en una situación de vulnerabilidad manifiesta pueda realizarse de forma arbitraria"*⁴⁷.

37. Finalmente, es necesario advertir que en diferentes sentencias de esta Corporación se ha establecido un sólido precedente sobre la materia. En la Sentencia T-594 de 2015⁴⁸ la Corte sistematizó las reglas jurisprudenciales relativas a la estabilidad laboral en los siguientes términos:

"(...) (i) la estabilidad en el empleo, constituye una medida que permite que las personas que han sufrido una disminución física en vigencia de un contrato de trabajo, no sean discriminadas en razón a su estado de salud, asimismo, garantiza que puedan obtener los recursos necesarios para subsistir y asegurar la continuidad del tratamiento médico de la enfermedad que presenta el trabajador. (ii) Por regla general, la garantía de este derecho debe reclamarse en la jurisdicción ordinaria laboral. Sin embargo, en forma excepcional, procede la acción de tutela, cuando el trabajador que reclama el amparo, se encuentra en situación de vulnerabilidad por causa de una disminución física, sensorial o psíquica que afecta el normal desempeño de su actividad laboral. (iii) Tienen derecho a la estabilidad laboral reforzada, todos los trabajadores que presenten alguna disminución física, sensorial o psíquica siempre que el empleador tenga conocimiento de esta circunstancia, y que la desvinculación se hubiere efectuado sin autorización del Ministerio de Trabajo. (iv) Cuando se produce la desvinculación de un trabajador disminuido física, sensorial o psíquicamente, se presume que el despido tiene relación con el deterioro del estado de salud del trabajador y por lo tanto, corresponde al empleador desvirtuar dicha presunción. (v) En los contratos a término fijo, el vencimiento del plazo pactado, no es una

⁴⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-185/16 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-594/15 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

causal que permita el despido de un trabajador que presenta alguna limitación, y por lo tanto, el empleador que decida desvincularlo en esa condición, solo podrá hacerlo si existe autorización ante Ministerio de Trabajo. En caso de que incumpla esta obligación, el empleador deberá pagar una indemnización equivalente a 180 días de salario, sin que esto habilite el despido del trabajador”

38. De lo expuesto, se concluye que los enfermos de cáncer cuentan con una especial protección constitucional que busca garantizar la continuidad en su tratamiento de salud. Además, la estabilidad laboral reforzada se ha reconocido con el fin de dotar de efectividad a los derechos otorgados a esta población y en general, a cualquier trabajador con una disminución física, sensorial o psíquica.

Fundamento constitucional y legal de la edad de retiro forzoso en el sistema jurídico colombiano. Reiteración jurisprudencial.

39. El artículo 233 de la Constitución, relativo a los Magistrados de las Altas Cortes, fue el único precepto de la Carta Política que consagró, de forma expresa, la edad de retiro forzoso como causal de desvinculación de un cargo público. A su vez, el inciso 4º del artículo 125 establece que el retiro de los funcionarios del Estado procederá “(...) *por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley*”. Con fundamento en esta última disposición el legislador estableció que la edad era un criterio relevante para determinar la desvinculación de la Función Pública.

40. El Decreto Ley 2400 de 1968, en su texto original, estipuló la edad de sesenta y cinco (65) años como una causal de desvinculación del personal civil de la Rama Ejecutiva, que fue recogida en similar sentido en el Decreto 1083 de 2015⁴⁹:

“Artículo 2.2.11.12 Edad de retiro forzoso. La edad de sesenta y cinco (65) años constituye impedimento para desempeñar cargos públicos, salvo para los empleos señalados en el inciso segundo del artículo 29 del Decreto Nacional 2400 de 1968, adicionado por el 3074 del mismo año”.

Por otra parte, el artículo 41 de la Ley 909 de 2004⁵⁰ indicó que el retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce, entre otros motivos, por llegar a la edad de retiro forzoso. En similar sentido, quedó estipulado que los docentes que se encuentren al servicio del Estado conservaran sus cargos siempre que no hayan sido excluidos del escalafón o hayan cumplido sesenta y cinco (65) años⁵¹.

⁴⁹ “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública”.

⁵⁰ “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”.

⁵¹ En efecto, el Decreto 2277 de 1979, “por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente”, en su artículo 31, agregó: “Permanencia. El educador tiene derecho a permanecer en el servicio mientras no haya sido excluido del escalafón o no haya alcanzado la edad de sesenta y cinco (65) años para su retiro forzoso”.

Esta causal fue consignada, adicionalmente, en otros regímenes especiales como en el numeral 4° del artículo 149 de la Ley 270 de 1996⁵² para los servidores de la Rama Judicial, en el artículo 149 de la Ley 106 de 1993⁵³ para la Contraloría General de la República y, finalmente, para la Registraduría Nacional del Estado Civil en el artículo 100 del Decreto 3492 de 1986⁵⁴.

De manera particular, el numeral 11 del artículo 158 del Decreto Ley 262 de 2000, dispuso que el retiro de los servidores de la Procuraduría General de la Nación se produce por la llegada a la edad de retiro forzoso, la que había sido fijada por el Decreto 1660 de 1978 en sesenta y cinco (65) años. Como procedimiento para la desvinculación del servidor se indicó que podrá darse “(...) a solicitud del interesado o del Ministerio Público, o se decretará de oficio por la autoridad nominadora en cuanto haya sido reconocida la pensión que le corresponda. Seis (6) meses después de ocurrida la causal de retiro, este deberá producirse necesariamente, aunque no se haya reconocido la pensión”⁵⁵.

En desarrollo de la amplia potestad de configuración del legislador en esta materia, reconocida por el artículo 125 de la Carta, se consagró la causal de retiro forzoso de la función pública para los docentes del Estado, el personal civil de la Rama Ejecutiva, así como para quienes ocupen empleos de libre nombramiento y remoción, de carrera administrativa y para los servidores públicos de la Procuraduría General de la Nación, la Rama Judicial y la Registraduría.

41. La inclusión legislativa de esta causal de retiro del servicio público suscitó algunas controversias. Así se puede extraer de las distintas demandas conocidas por la Corte Constitucional que se dirigían a cuestionar el fundamento de esta facultad, por considerarlo discriminatorio y contrario a los postulados del Estado Social de Derecho.

41.1. En la Sentencia C-351 de 1995⁵⁶, que declaró exequible el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968, esta Corporación estudió si podía el Congreso de la República -o el Ejecutivo en ejercicio de facultades extraordinarias- señalar una edad de retiro forzoso en desarrollo de la Constitución o si por el contrario esta causal de retiro del servicio público infringía los preceptos constitucionales. Se concluyó en esta oportunidad, que la facultad de desarrollar la Constitución que le está asignada al legislador, como órgano de representación popular en un sistema democrático, incluye la potestad de adoptar normas en esta materia. En efecto, la edad de retiro forzoso no representa un factor discriminatorio por cuanto:

⁵² Ley Estatutaria de Administración de Justicia.

⁵³ “Por la cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República, se establece su estructura orgánica, se determina la organización y funcionamiento de la auditoría externa, se organiza el Fondo de Bienestar Social, se determina el sistema de personal, se desarrolla la carrera administrativa especial y se dictan otras disposiciones”.

⁵⁴ “Por el cual se expiden normas sobre la Carrera de la Registraduría Nacional del Estado Civil y se dictan otras disposiciones”.

⁵⁵ Inciso 2° del artículo 30 del Decreto 1660 de 1978. “Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 15 y 20 de 1972, los Decretos 250 y 762 de 1970, 546 de 1971 y 717 de 1978, y otras disposiciones sobre administración del personal de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de las Direcciones de Instrucción Criminal”.

⁵⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-351 de 1995 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa).

“(...) se trata de una figura constitucional, y porque, además, deben brindarse oportunidades laborales a otras personas, que tienen derecho a relevar a quienes ya han cumplido una etapa en la vida. Los cargos públicos no pueden ser desarrollados a perpetuidad, ya que la teoría de la institucionalización del poder público distingue la función del funcionario, de suerte que éste no encarna la función, sino que la ejerce temporalmente. La función pública es de interés general, y en virtud de ello, la sociedad tiene derecho a que se consagren garantías de eficacia y eficiencia en el desempeño de ciertas funciones. Por ello es razonable que exista una regla general, pero no absoluta, que fije una edad máxima para el desempeño de funciones, no como cese de oportunidad, sino como mecanismo razonable de eficiencia y renovación de los cargos públicos”.

Con todo, se adujo por esta Corte que el Decreto 2400 de 1968 no dejaba a las personas mayores de esta edad en un estado de indefensión, en tanto es de esperar que para este momento fueran acreedores de la pensión de vejez. No se ajustaría a la Constitución que para proteger la vejez, los funcionarios mayores de 65 años no pudieran ser retirados, sin importar los criterios de eficiencia y el derecho de renovación generacional que, por demás, está implícito en el numeral 7° del artículo 40.

41.2. En una oportunidad posterior, al juzgar la constitucionalidad del artículo 31 (parcial) del Decreto Ley 2277 de 1979⁵⁷, en la Sentencia C-563 de 1997⁵⁸ se estableció que *“(...) la fijación de una edad de retiro forzoso como causal de desvinculación del servicio público, constituye una medida gracias a la cual el Estado redistribuye y renueva un recurso escaso, como son los empleos públicos, con la finalidad de que todos los ciudadanos tengan acceso a éste en condiciones de equidad e igualdad de oportunidades”.*

42. De modo que es posible afirmar que existe, como así se ha reconocido de forma reciente, una facultad amplia del legislador para regular la carrera administrativa⁵⁹. Ella incluye la posibilidad de fijar la edad como un criterio relevante para el retiro del servicio con el fin de privilegiar la renovación del ejercicio de la función pública.

Razonabilidad en la aplicación de la causal de desvinculación de la función pública por llegar a la edad de retiro forzoso

43. En el momento en que fueron adoptadas las decisiones contenidas en las sentencias C-351 de 1995 y la C-563 de 1997 la regla general consistía en que a la edad de sesenta y cinco (65) años los servidores públicos ya hubieran adquirido su derecho a la pensión. Posteriormente, tal punto de partida fue modificado debido a

⁵⁷ “Por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente”.

⁵⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-563/97 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

⁵⁹ En la Sentencia C-288/14 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) la Corte estableció que: “[e]l Constituyente dejó en cabeza del legislador, la facultad de regular la carrera administrativa, como mecanismo de acceso a las entidades y órganos del Estado, teniendo como único parámetro, garantizar los principios y valores que inspiran la Carta fundamental, entre ellos el derecho a la igualdad”⁵⁹.

las sucesivas reformas pensionales que se han implementado. Tal circunstancia fue así reconocida por la Corte Constitucional.

“(…) la Corte ha podido constatar que el progresivo endurecimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, debido al incremento en la edad y el número de semanas de cotización requeridas, aunado a las barreras institucionales para dar respuesta oportuna a las solicitudes de reconocimiento pensional, ha conducido a que, en ocasiones, las personas alcancen la edad de retiro forzoso sin que hubiesen logrado acceder a una prestación que garantice su mínimo vital. En este tipo de casos, debe realizarse una valoración razonable de las circunstancias especiales que rodean a la persona que se encuentra en la edad límite para el retiro de sus labores, con el objeto de evitar la eventual vulneración de derechos fundamentales, pues este tipo de ciudadanos o ciudadanas, al llegar a la tercera edad, pueden llegar a tener dificultades para procurarse los mínimos existenciales, además de hallarse, en condición de desventaja, ante el mercado laboral”⁶⁰.

44. Con el fin de no desconocer las garantías constitucionales de los sujetos que al llegar a esta edad son desvinculados, sin considerar la existencia o no de un reconocimiento pensional, la Corte Constitucional ha determinado que la aplicación de esta causal debe ser razonable. Con fundamento en ello ha señalado que, no puede ser aplicada de manera automática y, en cualquier caso, deberán analizarse las condiciones particulares del funcionario público. Estas reglas jurisprudenciales se pueden extraer de los siguientes precedentes:

45.1. En la Sentencia T-012 de 2009⁶¹ se estudió si la Secretaría de Educación de Bogotá había vulnerado los derechos fundamentales al trabajo, al mínimo vital, a la salud y a la seguridad social de una persona, al disponer su retiro del servicio tras haber cumplido la edad de retiro forzoso sin que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio hubiera decidido sobre su solicitud pensional. Para la Corte, pese a la constitucionalidad de esta causal de desvinculación, su aplicación debe ser razonable:

[L]a Corte debe precisar, tal y como se señaló, que si bien la fijación de una edad de retiro como causal de desvinculación del servicio es constitucionalmente admisible, su aplicación debe ser razonable de tal manera que, en cada caso concreto, responda a una valoración de las especiales circunstancias de los trabajadores, toda vez que ella no puede producir una vulneración de sus derechos fundamentales, máxime teniendo en cuenta que se trata de personas de la tercera edad, y que por esa causa merecen una especial protección constitucional. De otra forma, una aplicación objetiva de la medida, sin atender a las

⁶⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-734/15 (M.P. María Victoria Calle Correa). Esta providencia reiteró esta consideración que ha sido ampliamente retomada por la Corte Constitucional, entre otras, en la Sentencia T-643/15 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez), T-718/14 (M.P. María Victoria Calle Correa); T-294/13 (M.P. María Victoria Calle Correa).

⁶¹ Corte Constitucional. Sentencia T-012/09 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

particularidades de cada situación, tendría un efecto perverso para sus destinatarios, porque podría desconocer sus garantías fundamentales de los trabajadores, en razón a que se les privaría de continuar trabajando y percibiendo un ingreso, sin que su solicitud de pensión hubiese sido decidida de fondo, avocándolos inclusive de manera eventual a una desprotección en lo relacionado con su servicio de salud”.

45.2. En similar sentido, esta Corporación al estudiar una acción de tutela presentada por el señor Luis Aníbal Cardona, quien estuvo vinculado al cargo de celador del Departamento de Antioquía y fue retirado del servicio con sustento en la causal de retiro forzoso, a pesar de restarle sólo dos meses y medio para efectos de completar las cotizaciones requeridas para la pensión de vejez, advirtió que ello no podía llevarse a cabo de manera automática sin analizar antes las particularidades de cada caso. Al respecto, indicó la Corte Constitucional que la aplicación de esta causal de retiro debe ser proporcional y razonable:

“la desvinculación de los trabajadores por el motivo de alcanzar la edad de retiro forzoso, sin haber alcanzado a cumplir los requisitos para obtener su pensión, debe hacerse con base en argumentos razonables y medidas de proporcionalidad entre la posibilidad legal del empleador de tomar dicha decisión, y la situación de desprotección en que pueda quedar el trabajador; ello porque la omisión del empleador en evaluar las circunstancias particulares del adulto mayor, puede devenir en vulneración de los derechos al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas”⁶².

45.3. También deben valorarse por las entidades públicas, al momento de su aplicación, las condiciones particulares de la persona para evitar que el retiro del servicio termine por desconocer derechos fundamentales. Así, se determinó en la Sentencia T-174 de 2012⁶³ en la que se estudió la acción de tutela interpuesta por la señora María Celmira Sánchez en la que solicitaba la protección de sus derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital, al debido proceso y a la estabilidad laboral reforzada por el hecho de haber sido retirada de la Gobernación del Tolima del cargo que ejercía como docente, sin que, para ese momento, se le hubiera reconocido la pensión de vejez.

Conforme a ello, en los casos en los que la remuneración por el ejercicio constituye su única fuente de ingresos y existe un alto grado de certeza sobre el derecho pensional -con independencia de que se trate de la pensión de vejez, la indemnización sustitutiva o la devolución de saldos-, el sujeto tendrá derecho a permanecer en su cargo hasta que sea resuelta su situación.

45.4. De modo que, como se concluyó en la Sentencia T-822 de 2014⁶⁴ en la que se estudió un caso similar, de un docente desvinculado por haber cumplido la edad de retiro que no había adquirido derecho pensional alguno y padecía de carcinoma

⁶² Corte Constitucional. Sentencia T-495/11 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez).

⁶³ Corte Constitucional. Sentencia T-174/12 (M.P. María Victoria Calle Correa).

⁶⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-822/14 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

“(...) la sub-regla construida por la doctrina constitucional es que la causal de la edad de retiro forzoso puede aplicarse cabalmente a un servidor público siempre que responda a una valoración de sus particulares circunstancias, para evitar así una eventual afectación de sus derechos fundamentales a la vida digna y al mínimo vital”⁶⁵.

45.5. Es relevante, que en el análisis de las circunstancias puntuales del sujeto se determine si puede presentarse alguna especial condición de discapacidad o debilidad manifiesta. Ésta será determinante para evaluar el tipo de protección que se debe otorgar y en particular, si existe una afectación al derecho a la salud:

“(...) existe en tales casos la obligación de introducir las modificaciones y adaptaciones necesarias para garantizar los derechos al mínimo vital y a la seguridad social de las personas con discapacidad que llegan a la edad de retiro forzoso sin alcanzar aún los requisitos para obtener una pensión que les asegure una vida en condiciones dignas. La denegación de tales ajustes razonables, cuando estos no impliquen una carga desproporcionada o indebida, puede dar lugar a una discriminación por motivos de discapacidad que debe ser corregida por el juez constitucional”⁶⁶.

46. La solución fijada por la Corte Constitucional para enfrentar la tensión que se presenta entre la obligación de aplicar esta causal y el deber de protección de los derechos fundamentales, ha variado en consideración al grado o nivel de cumplimiento de los requisitos para acceder a la prestación pensional o a la certeza sobre su acreditación.

Cuando se encuentre que el trabajador que ha llegado a la edad de retiro del servicio cumple con los requisitos para acceder a la pensión de vejez, pero no se ha reconocido por negligencia del empleador o por una dilación del fondo de pensiones, esta Corporación ha ordenado su reintegro hasta tanto sea incluido en la nómina de pensiones. De la misma manera, si se encuentra probado que al empleado le resta poco tiempo para cumplir con las cotizaciones requeridas, se ha ordenado el reintegro hasta que logre acreditarlas.

En el segundo escenario, es decir, cuando existan dudas sobre el cumplimiento estricto de las exigencias legales y no exista un pronunciamiento de la entidad pensional *“(...) y dado que en dicho caso la Corte no estudia si el demandante en tutela cumple o no con los requisitos para pensionarse, es decir que la Corte no cuenta con los elementos de juicio suficientes que le permitan inferir con certeza que el accionante será beneficiado con el reconocimiento de una pensión de vejez, su decisión no va más allá de ordenar el reintegro hasta que la entidad obligada a reconocer y pagar los derechos pensionales no resuelva de fondo la solicitud pensional, resolución que, naturalmente, puede reconocer o no la pensión”⁶⁷.*

⁶⁵ Al respecto ver también la Sentencia T-842/15 (M.P. María Victoria Calle Correa).

⁶⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-294/13 (M.P. María Victoria Calle Correa).

⁶⁷ *Ibidem*.

Una tercera hipótesis, se presenta cuando además de estar en curso una discusión sobre el derecho pensional del actor, existe una respuesta negativa del fondo de pensiones o se comprueba que no existe el derecho por faltarle un considerable tiempo de cotizaciones para adquirir la pensión. En la Sentencia T-668 de 2012⁶⁸ se advirtió que frente a la incertidumbre de la pensión del servidor a quien se le va a aplicar la causal de retiro o de comprobarse que no cumple con los requisitos, el juez constitucional no debe ordenar el reintegro hasta tanto el servidor sea incluido en nómina de pensión porque es posible que esta situación permanezca de forma indefinida, desconociendo los propósitos en los que se funda la regulación sobre edad de retiro forzoso⁶⁹. En este caso, es posible ordenar la indemnización sustitutiva o la devolución de saldos:

“(...) el retiro no puede operar hasta tanto no se reconozca la indemnización sustitutiva o la devolución de saldos, figuras previstas en el literal p del artículo 13 de la Ley 100 para las personas que, al cumplir la edad para pensionarse, no reúnan los demás requisitos para tal efecto. Claramente, el acceso al pago de la indemnización sustitutiva o de la devolución de saldos está sujeto a que la persona no desee continuar trabajando con el ánimo de cotizar o realizar más aportes con miras a reunir los requisitos faltantes para la pensión, como se indicó en la sentencia C-375 de 2004, porque de ser el caso opuesto, esto es, que la persona elija seguir trabajando hasta completar los requisitos que se echan de menos para acceder a la pensión, la entidad pública no puede mantenerla en el empleo hasta que se satisfagan los requisitos de ley de la pensión, debido a que es posible que estos requisitos nunca se cumplan y que, por lo tanto, la permanencia en el empleo sea indefinida en el tiempo, lo cual se observa como una carga desproporcionada para los entes públicos que, de paso, no consulta la teleología de la institución de la edad de retiro forzoso”.

Esta solución para la Corte Constitucional es adecuada. Por el contrario no ha aceptado que se ordene que la persona sea retirada sólo cuando cumpla con los requisitos para pensionarse, dado que esta última solución produciría resultados perversos al incentivar la discriminación en el ingreso de la función pública de las personas que no hayan cotizado al Sistema de Seguridad Social de forma significativa, en abierta contradicción con el artículo 13 de la Constitución.

Para esta Corporación existe un precedente que ha señalado que el retiro del servidor público que cumple la edad de retiro forzoso está condicionado a la definición de la situación pensional a través de una prestación de vejez, o en su defecto, de una indemnización sustitutiva o devolución de saldos⁷⁰, según sea el régimen pensional del que se trate.

⁶⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-668/12 (M.P. Adriana María Guillén Arango).

⁶⁹ Esta solución, para la Corte Constitucional, contrario a si se ordena que la persona sea retirada sólo cuando cumpla con los requisitos para pensionarse, produciría resultados perversos al incentivar la discriminación en el ingreso de la función pública a las personas que no hayan cotizado al sistema de seguridad social de forma significativa, en abierta contradicción con el artículo 13 de la Constitución.

⁷⁰ *Ibidem*.

47. La Sentencia T-294 de 2013, sistematizó las reglas de decisión sobre la materia. Por su pertinencia, se transcriben ampliamente:

“(i) En aquellos casos en los que el trabajador retirado del servicio ya cumple los requisitos para acceder a la pensión de vejez, pero esta no ha sido reconocida por demora del Fondo de Pensiones o por negligencia del empleador en adelantar los trámites o mora en el pago de cotizaciones a su cargo, la Corte ha ordenado el reintegro de la persona hasta tanto tenga lugar el reconocimiento de la pensión y su inclusión en la respectiva nómina de pensionados.

(ii) Cuando está probado que al trabajador en edad de retiro forzoso le falta un corto tiempo para cumplir el tiempo de cotizaciones, ha ordenado su reintegro hasta completar las cotizaciones y se produzca el reconocimiento efectivo de la pensión de vejez. En estos casos, si bien la Corte ha precisado que las normas sobre retén social (Ley 790 de 2002), que establecen estabilidad laboral reforzada para los servidores públicos a quienes les falte un máximo de tres años para cumplir los requisitos para pensionarse, fueron previstas sólo para trabajadores de empresas estatales en liquidación, pueden no obstante ser empleadas como parámetro de interpretación para determinar cuál es el plazo razonable para mantener vinculado al servidor que alcanza la edad de retiro forzoso sin haber completado el tiempo de cotizaciones necesario para obtener el reconocimiento de una pensión⁷¹.

(iii) Cuando exista controversia o vacíos probatorios sobre el tiempo cotizado por el trabajador en edad de retiro forzoso, de modo tal que no se logre establecer si cumple los requisitos para acceder a la pensión de vejez, se ha concedido la tutela como mecanismo transitorio, ordenando el reintegro del peticionario y confiriéndole un plazo para interponer las acciones correspondientes ante la jurisdicción ordinaria.

(iv) Finalmente, en casos de personas de edad avanzada que no lograron cumplir los requisitos para acceder a la pensión de vejez pero si satisfacen las condiciones para obtener la pensión de retiro por vejez, la Corte amparó su derecho ordenando el reconocimiento inmediato de esta última prestación⁷².

⁷¹ En la Sentencia T-839/12 (M.P. María Victoria Calle Correa), se estudió el caso de una persona desvinculada del servicio público por haber llegado a la edad de retiro forzoso sin que le hubiera reconocido la pensión de vejez con sustento en que le faltaban un número de cotizaciones para ello. En esta oportunidad se reiteró la regla consistente en que, si al cotizante le faltan menos de tres (3) años para acceder a su prestación pensional, no puede ser desvinculado hasta que obtenga el mínimo de cotizaciones. No obstante, en el caso concreto se concluyó que: “Así, en el momento en que fue desvinculado, el actor había cumplido la edad mínima para pensionarse, sin embargo, le faltaban aproximadamente doscientas cincuenta (250) semanas de cotización para obtener la pensión de vejez, equivalente a cinco (5) años de aportes. Del anterior análisis, debe concluirse que en la fecha en que fue retirado del servicio, el señor Ortega Coneo no podía ser considerado prepensionado, ya que le faltaban más de tres (3) años para pensionarse. Por lo tanto, la Sala de Revisión no puede acceder a la pretensión del actor de que se le reconozca el derecho a la estabilidad laboral reforzada”.

⁷² Corte Constitucional. Sentencia T-294/13 (M.P. María Victoria Calle Correa).

48. En síntesis, si bien esta Corporación ha declarado la constitucionalidad de distintas disposiciones que han fijado la edad de retiro forzoso en sesenta y cinco (65) años, la aplicación de esta causal deber ser razonable, no puede ser aplicada de forma automática y siempre debe consultar la situación particular del servidor público con el fin de evitar una afectación al mínimo vital. La manera de solucionar el caso dependerá de: (i) la certeza sobre la prestación pensional a la que tiene derecho el actor, (ii) el cumplimiento de todas las cotizaciones exigidas o en defecto de lo anterior, (iii) el tiempo de cotizaciones que le restan.

En este último caso, si son menos de tres (3) años procederá el reintegro del funcionario hasta tanto obtenga la pensión y, de lo contrario, podrá ordenarse el reintegro al cargo que ocupaba, sujetando la orden a que la persona opte por la indemnización sustitutiva o la devolución de saldos. En este último caso, la entidad accionada deberá apoyarla en los trámites tendientes a obtener dicho reconocimiento. En adición a ello, sólo podrá disponerse el retiro cuando efectivamente se produzca el reconocimiento y pago de la prestación económica. En estos casos si el accionante determina que quiere seguir cotizando para alcanzar su derecho pensional, la entidad pública no deberá mantener en el cargo al accionante, dado que siempre es una opción seguir cotizando para obtener la pensión completa⁷³.

Estudio del caso concreto

49. En el caso estudiado por la Sala en esta oportunidad, se debe tener en consideración que Jairo Álvarez Montoya fue desvinculado del cargo que ocupaba como funcionario de la Procuraduría, mediante el Decreto No. 4139 del 17 de octubre 2014, por haber llegado a la edad de retiro forzoso. Por su parte, la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones- mediante la Resolución VPB 44601 del 21 de mayo de 2015, negó la pensión de vejez solicitada por el actor en consideración a no acreditar las mil trescientas (1.300) semanas requeridas de cotización. Sin recibir ninguna prestación pensional el señor Jairo Álvarez Montoya fue retirado del servicio, pese al tumor neuroendocrino que padece y que lo obliga a permanecer en continuo tratamiento médico.

50. Como se expuso en el acápite de subsidiariedad, esta Sala de Revisión no concuerda con las razones expuestas por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bucaramanga y por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por tanto, considera que la acción de tutela es procedente

⁷³ En la Sentencia T-496/10 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) se determinó que: “(...) al hallarse acreditado que con la aplicación objetiva de la norma sobre la edad de retiro forzoso se vulneraron los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas de la actora, se ordenará el reintegro de la señora Magola Quiñones de Rosero al cargo que ocupaba o a uno equivalente al momento en que se produjo su retiro para que en un término prudencial, el cual se considera como un (1) mes, manifieste por escrito (i) si opta por seguir cotizando al sistema de pensiones hasta completar el número de semanas exigidas por la ley para acceder a la pensión de vejez, o exprese (ii) su imposibilidad de seguir cotizando al sistema de pensiones. /No está de más advertir que en el primer evento la Institución no estaría obligada a mantener en el cargo a la actora, pues constituye una opción personal de la trabajadora el querer o no continuar cotizando al sistema hasta alcanzar el requisito del número de semanas para el respectivo reconocimiento pensional./En el caso de que la actora manifieste su imposibilidad de seguir cotizando al régimen de pensiones y decida de forma libre y espontánea solicitar la indemnización sustitutiva de vejez, deberá la entidad accionada apoyarla en los trámites tendientes a obtener dicho reconocimiento y sólo podrá desvincularla hasta que efectivamente se produzca el reconocimiento y pago de dicha prestación económica”.

como mecanismo definitivo de protección en consideración (i) al precedente definido por esta Corporación y (ii) a las especiales condiciones de vulnerabilidad del actor.

51. No obstante, antes de analizar la posible afectación de los derechos fundamentales del accionante debe estudiarse si, como se indicó en la acción de tutela interpuesta, el señor Jairo Álvarez Montoya es beneficiario de la pensión especial contemplada en el artículo 10 del Decreto 546 de 1971, en los siguientes términos:

“Artículo 10. Los funcionarios a que se refiere este Decreto, que lleguen o hayan llegado a la edad de retiro forzoso dentro del servicio judicial o del Ministerio Público, sin reunir los requisitos exigidos para una persona ordinaria de jubilación, pero habiendo servido no menos 5 años continuos en tales actividades, tendrán derecho a una pensión de vejez equivalente a un 25% del último sueldo devengado, más un 2% por cada año servido”.

Al respecto, esta Corporación ha establecido que *“(...) ser beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, no es suficiente per se para determinar la aplicación del régimen especial consagrado en el Decreto 546 de 1971, sino que también es necesario haber estado afiliado al régimen especial en el momento en que el régimen de transición entró en vigencia”*⁷⁴. No se le puede reconocer a una persona un régimen especial que es aplicable a los funcionarios de la Rama Judicial o del Ministerio Público, cuando ella no había adquirido ninguna expectativa de pensión en este marco legal⁷⁵.

El señor Jairo Álvarez Montoya sólo inició su vinculación a la Procuraduría General de la Nación el siete (7) de julio de dos mil nueve (2009), es decir que, no estuvo en un cargo en el Ministerio Público o en la Rama Judicial al momento de la entrada en vigencia del régimen de transición. Por ende, el accionante, no tiene derecho a la pensión especial consagrada en el Decreto 546 de 1971.

52. Una vez agotada la anterior cuestión preliminar, debe advertirse que contrario a lo afirmado por la entidad accionada, la Procuraduría General de la Nación no debió desvincular a Jairo Álvarez Montoya, sin que antes se hubiera garantizado derecho pensional alguno o el accionante hubiera manifestado su voluntad de seguir cotizando al Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

Con independencia del fundamento legal y constitucional de la edad de retiro forzoso, en los términos ya expuestos, la Procuraduría General de la Nación o cualquier entidad pública no puede aplicar irrestrictamente esta causal de retiro. Nadie se encuentra facultado para desconocer derechos fundamentales aun cuando

⁷⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-335/11 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez). En esta oportunidad, se estudió el caso de un ciudadano que trabajó al servicio de distintas entidades públicas, entre las que se encontraba el Ministerio Público y la Rama judicial. El Instituto de Seguros Sociales había negado el reconocimiento de la pensión y por tanto, el actor solicitaba su derecho pensional, de conformidad con el artículo 10º del Decreto 546 de 1971.

⁷⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-080/13 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

su fundamento sea una ley, dado que esto equivaldría a ignorar que “[e]n *todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales*”⁷⁶.

53. En el caso puesto a consideración de la Corte, la tensión constitucional va más allá de lo anterior, en consideración a que no sólo la causal de retiro forzoso ha sido declarada constitucional por esta Corporación, sino también porque se origina en una potestad especial del legislador otorgada expresamente por el inciso 4º del artículo 125 superior. Por su parte, la especial protección en el empleo y la continuidad del tratamiento de la salud de las personas con cáncer deviene de la interpretación armónica de la Carta, que prohíbe la discriminación e impone la especial protección del Estado a favor de las personas que se encuentran en un estado de debilidad manifiesta.

Conforme a lo anterior, se reitera que la única manera de aplicar una causal que tiene finalidades constitucionales legítimas, pero que se ha estructurado en términos de una regla y no de un principio, es que su utilización (i) responda a criterios de razonabilidad, (ii) no sea automática y, en todo caso, (iii) consulte las especiales circunstancias del funcionario desvinculado y su situación pensional. Dichas condiciones fueron omitidas por la Procuraduría General de la Nación, con la expedición del Decreto No. 4139 del 17 de octubre de 2014, que terminó por desconocer los derechos fundamentales a la salud, la seguridad social y el mínimo vital del actor.

Esta actuación se alejó por completo del principio de solidaridad y de la jurisprudencia desarrollada por esta Corporación en casos similares. No de otra forma puede entenderse que a Jairo Álvarez Montoya se le hubiera retirado de su cargo, sin valorar la posible interrupción de su tratamiento de cáncer, y el hecho de que su situación pensional no estaba resuelta. En ese orden de ideas, se hace imperativo advertir que el Estado no puede ser indiferente ante los efectos de sus actos en los derechos fundamentales de sus destinatarios.

54. La Sala Tercera de Revisión por lo expuesto, reiterará el precedente esgrimido por la Corte Constitucional en las providencias estudiadas en el acápite anterior. En efecto, determinará si en el presente caso (i) el señor Jairo Álvarez Montoya cumple con los requisitos para obtener la pensión. En el evento de no ser así, (ii) estudiará si las cotizaciones faltantes equivalen a menos de tres (3) años. En caso contrario (iii) verificará si existe duda sobre el cumplimiento de la prestación pensional a la que tiene derecho, a fin de tomar una decisión.

55.1. De las pruebas recaudadas en Sede de Revisión y de las demás que obran en el expediente, es posible concluir que el actor cumple con la edad requerida para obtener la pensión de vejez, pero no con el número de semanas exigidas por el artículo 33 de la Ley 797 de 2003, que las fija a partir del año 2015 en mil trescientas (1.300) semanas, pues acredita mil dieciocho (1.018)⁷⁷. Es decir que a

⁷⁶ Artículo 4º de la Constitución Política de 1991.

⁷⁷ Folios 28 a 34 del cuaderno de Revisión.

Jairo Álvarez Montoya le hacen falta, en la actualidad, doscientas ochenta y dos semanas (282) semanas para acceder a la pensión de vejez o en otros términos, más de cinco (5) años de cotización, circunstancia que impide a esta Corporación reintegrar al actor hasta el momento del reconocimiento de esta prestación.

55.2. La circunstancia referida implica que la Corte debe ordenar el reintegro del accionante al cargo que ocupaba en la Procuraduría General de la Nación, para que dentro del mes siguiente manifieste por escrito⁷⁸, si decide optar por recibir la indemnización sustitutiva a la que tiene derecho o si prefiere seguir cotizando al Sistema de Seguridad Social para adquirir su pensión completa. En el primer evento deberá la accionada apoyar al actor en los trámites dirigidos a obtener esta prestación pensional y no podrá desvincularlo en tanto reciba su pensión. Pero si la alternativa manifestada por el accionante en el término indicado en la parte resolutive, consiste en seguir cotizando, no estará obligado el Ministerio Público a mantenerlo en su cargo y previo el cumplimiento del debido proceso administrativo podrá adoptar la decisión correspondiente.

55.3. Esta Sala aclara que si bien de acuerdo con lo establecido por las leyes laborales, el reintegro conlleva la no solución de continuidad del vínculo laboral y el pago de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, incluidos los aportes a seguridad social, en este caso, dicha medida no va acompañada de esas consecuencias, bajo el entendido que la misma claramente, no se apoya en una ley ordinaria específica, sino en la materialización de valores y principios constitucionales con los precisos alcances que esta Corte fija o delimita. Sin embargo, ello no impide que esta discusión sea estudiada en el escenario contencioso administrativo⁷⁹.

III. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

56. El señor Jairo Álvarez Montoya solicitó ser reintegrado a la Procuraduría General de la Nación al haber sido desvinculado de ella por llegar a la edad de retiro forzoso, sin que se le hubiera reconocido la pensión de especial consagrada en el artículo 10 del Decreto 546 de 1971 y pese a sufrir de un tumor neuroendocrino que lo obliga a permanecer en continuo tratamiento médico. En consecuencia, le correspondió a la Sala Tercera de Revisión determinar si la Procuraduría General de la Nación vulneró los derechos fundamentales del actor a la seguridad social, a la salud y al mínimo vital por disponer su retiro efectivo del servicio.

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

⁷⁹ En la sentencia T-218 de 2016 esta Sala de Revisión, al referirse al reintegro al Ejército Nacional de un ex soldado que había recuperado su salud, consideró que al estar dicha determinación fundada en valores y principios constitucionales, el pago de los salarios y de las prestaciones sociales dejadas de percibir no era un asunto de la sentencia de tutela.

- (a) Si bien esta Corporación ha declarado la constitucionalidad de distintas disposiciones que han fijado la edad de retiro forzoso en sesenta y cinco (65) años, la aplicación de esta causal deber ser razonable, no puede efectuarse de forma automática y siempre debe consultar la situación particular del servidor público con el fin de evitar una afectación al mínimo vital.
- (b) La manera de solucionar los casos en los que una persona es retirada del servicio por llegar a la edad de retiro forzoso sin haber adquirido la pensión, dependerá (i) de la certeza sobre la prestación pensional a la que tiene derecho el actor, (ii) del cumplimiento de todas las cotizaciones exigidas o en defecto de lo anterior, (iii) del tiempo de cotizaciones que le restan.
- (c) En este último caso, si son menos de tres (3) años procederá el reintegro del funcionario hasta tanto obtenga la pensión y, de lo contrario, podrá ordenarse el reintegro al cargo que ocupaba, sujetando la orden a que la persona opte por la indemnización sustitutiva o la devolución de saldos. Cuando ocurre lo segundo, la entidad accionada deberá apoyarla en los trámites tendientes a obtener dicho reconocimiento. En adición a ello, sólo podrá disponerse el retiro cuando efectivamente se produzca el reconocimiento y pago de la prestación económica. En estos casos si el accionante determina que quiere seguir cotizando para alcanzar su derecho pensional, la entidad pública no deberá mantener en el cargo al accionante, dado que siempre es una opción seguir cotizando para obtener la pensión completa.

58. Sobre la base de lo anterior, la Sala concluye que se deben tutelar los derechos fundamentales invocados por el accionante en consideración a que la Procuraduría General de la Nación retiró de su cargo a Jairo Álvarez Montoya, sin valorar la posible interrupción de su tratamiento de cáncer, y el hecho de que su situación pensional no estaba resuelta. No obstante, debe aclararse que el actor no tiene derecho a la pensión especial para el Ministerio Público y al faltarle en la actualidad, doscientas ochenta y dos semanas (282) semanas para acceder a la pensión de vejez o en otros términos, más de cinco (5) años de cotización, esta Corporación no puede reintegrar al actor hasta el momento del reconocimiento de esta prestación.

59. En consecuencia, no es posible que la Corte acceda a la pretensión inicial del accionante, consistente en el reintegro a la Procuraduría General de la Nación hasta que adquiera el derecho a la pensión. Por el contrario, determinará su reintegro del accionante al cargo que ocupaba en dicha entidad para que, dentro del mes siguiente manifieste por escrito si decide optar por recibir la indemnización sustitutiva a la que tiene derecho o si prefiere seguir cotizando al Sistema de Seguridad Social para adquirir su pensión completa. Esta Corporación revocará los fallos de tutela de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Laboral de Bucaramanga y la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, través de los que se declaró improcedente el amparo solicitado por el actor.

IV. DECISIÓN

La Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR las sentencias de tutela de primera y segunda instancia proferidas respectivamente por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Laboral de Bucaramanga y la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, a través de las que se declaró improcedente el amparo solicitado por el actor. En su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social y al mínimo vital en favor de Jairo Álvarez Montoya.

SEGUNDO: ORDENAR a la Procuraduría General de la Nación que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a partir de la notificación de la presente sentencia, reintegre al accionante al cargo que desempeñaba o a uno de la misma categoría para que manifieste por escrito, en el término máximo de un (1) mes, si considerando el número de semanas que le hace falta cotizar, decide optar por la solicitud de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o si prefiere seguir cotizando al sistema de pensiones hasta alcanzar el número de semanas exigidas por la ley para obtener su prestación completa. Si la decisión consiste en continuar cotizando no estará obligado el Ministerio Público a mantenerlo en su cargo y previo el cumplimiento del debido proceso administrativo, podrá adoptar la decisión que corresponda.

Esta Sala aclara que si bien, de acuerdo con lo establecido por las leyes laborales, el reintegro conlleva la no solución de continuidad del vínculo laboral y el pago de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, incluidos los aportes a seguridad social, en este caso, dicha medida no va acompañada de esas consecuencias, bajo el entendido que la misma claramente, no se apoya en una ley ordinaria específica, sino en la materialización de valores y principios constitucionales con los precisos alcances que esta Corte fija o delimita. Sin embargo, ello no impide que esta discusión sea estudiada en el escenario contencioso administrativo.

TERCERO: Por la Secretaría, líbrese la comunicación de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada
Con salvamento parcial de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General