

Sentencia T-086/11

EDAD DE RETIRO FORZOSO COMO CAUSAL DE DESVINCULACION DE DOCENTES AL SERVICIO DEL ESTADO-Caso en que no se acreditan requisitos para que se configure un perjuicio irremediable/EDAD DE RETIRO FORZOSO COMO CAUSAL DE DESVINCULACION DE DOCENTES AL SERVICIO DEL ESTADO-Caso en que la demandante cuenta con dos pensiones a su favor

La accionante en la actualidad cuenta dos pensiones a su favor, la primera de ellas es una sustitución pensional a cargo de CAJANAL -FOPEP- que asciende a la suma de \$ 660.000 y la segunda es la pensión por vejez a la que se hizo alusión en los párrafos anteriores. Lo hasta aquí establecido, demuestra que si bien la accionante no cuenta con los mismos ingresos que percibía cuando laboraba al servicio del estado, ello no implica que nos encontremos frente a un perjuicio irremediable que amerite la intervención urgente del juez de tutela tendente a conjurar un daño de gran intensidad sufrido por la actora, pues las dos pensiones a su favor le permiten contar con ingresos que no afectan su mínimo vital. Lo anterior, por cuanto de las pruebas aportadas al expediente, se percibe que con los ingresos devengados se alcanzan a satisfacer las necesidades básicas de la accionante, pues si bien estos no ascienden al monto antes devengado, en el escrito de tutela se relacionan egresos como el pago de la especialización de su hija o la universidad de su nieto, los cuales no afectan la dignidad de la accionante o un derecho fundamental de manera irreversible por el hecho de no sufragarlos. Por ello, al no acreditarse los requisitos que configuran un perjuicio irremediable en el caso de la accionante, procederá la Sala en la parte resolutive de esta providencia a declarar la improcedencia de la presente acción de tutela. Lo anterior, no obsta para que la accionante, en caso de considerarlo, interponga las acciones correspondientes ante la jurisdicción contenciosa administrativa a fin de controvertir la Resolución que ordenó su retiro del servicio

Referencia: expediente T-2.687.539

Acción de tutela instaurada por Ana Belén Cruz de Casas contra la Gobernación del Departamento del Cauca -Secretaría de Educación Departamental-.

Magistrado Ponente:

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá D.C., quince (15) de febrero de dos mil once (2011).

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los Magistrados Humberto Antonio Sierra Porto, Luis Ernesto Vargas Silva y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela proferido por el Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca, que revocó la decisión proferida por Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Popayán, en la acción de tutela instaurada por Ana Belén Cruz de Casas contra el Departamento del Cauca, Secretaría de Educación y Cultura.

El pasado siete (7) de diciembre de dos mil nueve (2009), la ciudadana Ana Belén Cruz de Casas, mediante apoderado, interpuso acción de tutela solicitando el amparo de los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, al mínimo vital, a la salud y a la seguridad social, los cuales, en su opinión, han sido vulnerados por la Gobernación del Departamento del Cauca, Secretaría de Educación Departamental.

De acuerdo con la solicitud de tutela y las pruebas obrantes en el expediente, la accionante sustenta su pretensión en los siguientes

Hechos

1.-Refiere la actora que se desempeñaba como docente de la institución educativa Madre de Dios en Piendamó, Cauca.

2.- Cuenta que el día 29 de agosto de 2009, cumplió la edad de retiro forzoso, 65 años, motivo por el cual la Secretaría de Educación del Departamento del Cauca expidió la Resolución No. 7225 del 31 de agosto de 2009, mediante la cual la retiró del servicio activo.

3.-Refiere que la Secretaría de Educación del Departamento del Cauca aplicó de forma objetiva la normativa atinente a la edad como causal para el retiro forzoso del cargo, sin tener en cuenta su situación particular, ni tampoco que le faltaba un año para obtener la

pensión vitalicia de jubilación. En consecuencia, asegura que se transgredieron sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna.

4.-La accionante aduce que sólo cuenta con el ingreso económico proveniente de su trabajo y con una mesada pensional por sustitución que asciende a la suma de \$660.000.00 a cargo de Cajanal -Fo pep-; y que con éstos recursos no alcanza a cubrir todas las necesidades básicas de su familia. Además, también acude a consultas médicas particulares ante la limitada prestación del servicio de salud del magisterio y tiene una obligación crediticia con el banco Bancolombia, por la que paga una cuota mensual de \$300.000.00. Refiere que su único patrimonio es una casa ubicada en la ciudad de Popayán, avaluada en \$32.000.000.00

5-La señora Ana Belén Cruz de Casas discriminó cada una de las obligaciones que tiene a su cargo, así:

Concepto

Valor

Crédito bancario

\$300.000.00

Gastos medicamentos

\$220.000.00

Gastos de educación

Especialización Catalina Casas Cruz

Pregrado Derecho Ana Maritza Casas Cruz

Pregrado Ing. Electrónica Juan Manuel Puyo Casas

\$920.000.00

Vestuario

\$200.000.00

Transporte

\$100.000.00

Alimentación y varios

\$500.000.00

Salud

\$200.000.00

Créditos Personales

\$300.000.00

Total

\$2.740.000.00

6.- Expresa que el hecho de que la accionada no hubiera evaluado sus particulares circunstancias, está generándole consecuencias negativas en su integridad emocional. Relata que la entidad para la cual laboró no le brindó ningún tipo de acompañamiento para su retiro, máxime cuando se encontraba a punto de consolidar su derecho pensional, y que su desvinculación afectó la estabilidad financiera de la familia.

7.- Frente a la decisión adoptada en la Resolución No. 7225 del 31 de agosto de 2009, la peticionaria cuenta que ejerció los recursos de ley para agotar la vía gubernativa, los cuales fueron resueltos desfavorablemente a través de las resoluciones 8952 del 22 de octubre y 9997 del 27 de noviembre de 2009. Sin embargo, alega que la Secretaría de Educación Departamental desconoció el procedimiento para notificar dichos actos administrativos.

8.-Reitera la actora que se encuentra atravesando por una difícil situación económica y de salud, debido a la insuficiencia de recursos económicos para suplir sus necesidades básicas y las de su núcleo familiar, el cual está compuesto por dos hijas y un nieto que se encuentran

adelantando estudios.

Solicitud de Tutela

-Dejar sin efectos la Resolución 7225 de 31 de agosto de 2009, mediante la cual se le retira del servicio activo como docente.

-Ordenar al gobernador del Cauca, Secretaría de Educación Departamental del Cauca, el reintegro inmediato en el cargo que desempeñaba en el I.E Madre de Dios del Municipio de Piendamó, Cauca.

-Se ordene a la Gobernación del Departamento del Cauca, Secretaría de Educación, el reconocimiento y pago de los salarios, prestaciones y demás emolumentos de ley dejados de percibir por con ocasión del retiro del servicio ordenado mediante la Resolución 7225 del 31 de agosto de 2009.

Respuesta de la entidad demandada

Departamento del Cauca.

El apoderado de la entidad demandada, manifestó que la acción de tutela interpuesta es improcedente y quebranta la naturaleza residual y subsidiaria de dicha acción, por cuanto la peticionaria tiene otro mecanismo de defensa ordinario, cual es, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, sin que pueda alegar la demora en su resolución como tampoco su complejidad para ejercitarlo.

De otro lado, refirió que no existe vulneración del derecho al mínimo vital porque la actora devenga una mesada pensional sustitutiva, lo que le permitió concluir que al efectuarse su desvinculación del cargo no se generó daño alguno.

Decisiones judiciales objeto de revisión

Sentencia de Primera instancia.

En primera instancia, el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Popayán, mediante sentencia proferida el veinticinco (25) de enero de dos mil diez (2010), decidió conceder el amparo del derecho fundamental al mínimo vital invocado por la actora.

El juez constitucional consideró que la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Cauca vulneró el derecho fundamental al mínimo vital de la señora Ana Belén Cruz de Casas porque al expedir la Resolución No. 7225 del 31 de agosto de 2009 no tuvo en cuenta las condiciones particulares en que ésta se encuentra.

Para el a-quo, pese a que por regla general la acción de tutela no es procedente contra actos administrativos de carácter particular y concreto, en este caso se encuentra acreditado la configuración de un perjuicio irremediable, pues la fuente de ingresos económicos de la accionante devenía del trabajo que desempeñaba como docente del departamento del Cauca y de la mesada pensional por sustitución. Además, una vez fue desvinculada de la institución educativa, dejó de percibir su salario, hecho que le permitió concluir al juez constitucional que la accionante y su familia se encuentran atravesando por una grave crisis económica que tiende a agudizarse con el transcurrir del tiempo mientras no accedan a una fuente de recursos que les ayude a proveer lo necesario para satisfacer sus necesidades básicas, ya que el monto de la mesada pensional sustitutiva es mínima para atender los gastos que demanda su grupo familiar.

Por lo precedentemente expuesto, el juez de primera instancia consideró que el derecho fundamental al mínimo vital estaba siendo vulnerado. En consecuencia, concluyó que la accionante requería de una protección urgente y efectiva de sus derechos fundamentales que no podía ser brindada a través de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho ante la demora en su resolución, por lo que reiteró que era la acción de tutela el único mecanismo de defensa judicial idóneo para la protección de sus derechos.

Impugnación

La Secretaría de Educación del Departamento del Cauca, a través de su apoderado judicial, impugnó la decisión adoptada en primera instancia, aduciendo que existen disposiciones legales que establecen como impedimento para desempeñar cargos públicos haber llegado a la edad de 65 años, con sus respectivas excepciones.

Refirió que la administración se encuentra afrontando graves limitaciones para materializar lo dispuesto en las normas legales sobre la edad de retiro forzoso. Explicó que el trámite ante el fondo o la entidad encargada del reconocimiento de la prestación económica sólo puede ser iniciada por el funcionario y, en esta medida, si no existe voluntad para radicar la solicitud de

pensión, simplemente el servidor público puede dilatar su retiro. En este orden de ideas, aseguró, la entidad no tendría porqué soportar las consecuencias de dicha negligencia.

Sentencia de Segunda Instancia

El Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca, mediante fallo proferido el 9 de marzo de 2010, revocó la decisión adoptada por el juez de primera instancia y en su lugar denegó el amparo deprecado. Consideró que la actora no podía pretender que a través de la acción de tutela se ordenara su reintegro al cargo, porque la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Cauca había desvinculado a la docente de la institución educativa por haber llegado a la edad de retiro forzoso con fundamento en las disposiciones legales. Lo anterior, a su juicio, no constituye una vulneración al derecho fundamental al mínimo vital, pues, en el caso particular la accionante aún no se encuentra en trámite el reconocimiento de su pensión. En consecuencia, concluyó que la solicitud de la peticionaria en el sentido de que sea mantenida en su cargo hasta que cumpla veinte años de servicio, se torna improcedente.

Pruebas obrantes en el expediente.

En el expediente obran como pruebas, entre otros, los siguientes documentos:

- Fotocopia de la Resolución No. 7225 del 31 de agosto de 2009, por medio de la cual la entidad demandada retiró del servicio activo a la docente Ana Belén Cruz de Casas.
- Declaración extraprocesal de Ana Maritza Casas Cruz, hija de la peticionaria, quien actualmente se encuentra cursando cuarto semestre de Derecho en la Universidad del Cauca.
- Declaración extraprocesal de Teresa Casas Cruz, madre de Juan Manuel Puyo Casas, en donde manifiesta que actualmente se encuentra desempleada y, por este motivo, es la señora Ana Belén Cruz de Casas quien está asumiendo el pago de los estudios universitarios de su hijo.
- Fotocopia del recibo de pago expedido por la Universidad del Cauca a nombre de Juan Manuel Puyo Casas.

- Fotocopia del recibo de pago expedido por la Universidad del Cauca a nombre de Ana Maritza Casas Cruz.
- Fotocopia del recibo de pago emitido por la Universidad Santiago de Cali a nombre de Eddy Catalina Casas Cruz.
- Fotocopia de la respuesta al derecho de petición elevado por la actora, en el cual la asesora jurídica de Cosmitet Ltda. le informa que el Comité Técnico Científico no autorizó el suministro de los medicamentos COSOPT COLIRIO y SYSTANE COLIRIO.
- Fotocopia de parte de la historia clínica de la señora Ana Belén Cruz de Casas.
- Fotocopia de la Resolución No. 8952 del 22 de octubre de 2009, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución No. 7225 del 31 de agosto de 2009.
- Fotocopia de la Resolución No. 9997 del 27 de noviembre de 2009, por medio de la cual se resolvió el recurso de apelación y se confirmó lo decidido en la Resolución No. 7225 del 31 de agosto de 2009.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

1.- Esta Corte es competente para revisar el presente fallo de tutela de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

Problema jurídico

2.- Corresponde a esta Sala de Revisión establecer si la Secretaría de Educación del Departamento del Cauca, con la expedición de la Resolución 7225 de 31 de agosto de 2009, vulneró los derechos fundamentales de la accionante, en la medida que la desvinculó del servicio activo por llegar a la edad de retiro forzoso, a pesar de estar a menos de dos años de cumplir con los requisitos para acceder a la pensión vitalicia de jubilación.

i-La edad de retiro forzoso como causal de desvinculación de docentes al servicio del Estado.

El artículo 251 del Decreto Ley 2400 de 1968 establece las causales de retiro o cesación definitiva de funciones para todos los servidores públicos de la rama ejecutiva, dentro de las cuales se encuentra la edad de retiro forzoso. En consonancia con lo anterior el artículo 31 del Decreto Ley 2400 de 1968 preceptúa lo siguiente “Todo empleado que cumpla la edad de 65 años, será retirado del servicio y no será reintegrado...”. Al respecto, esta Corporación ha admitido la conformidad que guarda la anterior preceptiva legal con la Constitución Política, señalando lo siguiente:

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

No existe una discriminación, pues, porque 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.”²

La Corte ha considerado que si la fijación legal de una edad de retiro forzoso como causal desvinculación de servidores públicos “responde a criterios objetivos y razonables, debe afirmarse que, en principio, resulta proporcional a los fines constitucionales cuyo logro se

persigue. En efecto, la posibilidad de retirar a un servidor público de su empleo, una vez ha alcanzado una determinada edad fijada en la ley, es un instrumento de que disponen el legislador y la administración para lograr el principio de igualdad de oportunidades en el acceso a los cargos públicos (C.P., artículos 13 y 40-7) y el derecho al trabajo de los ciudadanos que aspiran a desempeñarse como trabajadores al servicio del Estado (C.P., artículo 25). Así mismo, medidas de esta índole persiguen la efectividad del mandato estatal contenido en el artículo 54 de la Carta Política, según el cual “el Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar” que, a su turno, es concordante con las facultades genéricas de intervención del Estado en la economía con la finalidad de “dar pleno empleo a los recursos humanos” (C.P., artículo 334). En suma, es posible afirmar 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.”³

En relación con la edad de retiro forzoso de docentes al servicio del Estado, el artículo 31 del Decreto 2277 de 1979 “Por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente”, establece el derecho de los educadores a permanecer en el servicio siempre y cuando no se les haya excluido del escalafón o no hayan llegado a la edad de 65 años para su retiro forzoso. El citado artículo dispone:

“ARTICULO 31. 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.”

En concordancia con lo anterior, el mismo decreto en su artículo 68 dispone que el retiro del servicio de un docente implica la cesación en el ejercicio de sus funciones, y se produce, entre otras causas, por el cumplimiento de la edad de retiro. Al efecto la norma indica:

“ARTICULO 68. RETIRO DEL SERVICIO. El retiro del servicio implica la cesación en el ejercicio de las funciones del docente y se produce por renuncia, por invalidez absoluta, por edad, por destitución o por insubsistencia del nombramiento, cuando se trate de personal sin escalafón o del caso previsto en el artículo 7o de este Decreto.

La supresión de la carga académica asignada al docente no implica su retiro del servicio ni la

suspensión del pago de su remuneración, mientras se le asignen nuevas funciones.”

El citado artículo 31 del Decreto 2277 de 1979, el cual establece la edad de retiro forzoso de 65 años para los docentes al servicio del Estado, fue objeto de revisión por esta Corporación en la Sentencia C-563 de 1997, la cual declaró su exequibilidad. En esa oportunidad la Corte manifestó que, “la fijación legal de la edad de 65 años como razón suficiente para el retiro forzoso de cargos públicos sometidos al régimen de carrera administrativa, no vulnera el derecho fundamental al mínimo vital (C.P., artículo 1°)”.

Para la Corte la restricción impuesta por el cumplimiento de la edad de retiro para que los educadores continúen prestando el servicio se ve “compensada por el derecho que adquieren al disfrute de la respectiva pensión de jubilación (C.P., artículo 48) y a las garantías y prestaciones que se derivan de la especial protección y asistencia que el Estado está obligado a dispensar a las personas de la tercera edad (C.P., artículos 13 y 46),”⁴ lo cual garantiza la protección del derecho fundamental al mínimo vital de los antiguos trabajadores.

Ello no significa que una vez es desvinculado del servicio un docente que ha llegado a la edad de retiro forzoso surja automáticamente para él el derecho a la pensión, el cual de cualquier manera se encuentra sujeto al cumplimiento de los requisitos exigidos por el respectivo régimen para el efecto.

Por ello, para proteger a las personas que llegan a la edad de retiro forzoso, pero aún no reúnen los requisitos para acceder a la pensión de jubilación, el artículo 29 del Decreto 3135 de 1968 previó el reconocimiento de una pensión de retiro por vejez, el cual dispone:

“Pensión de retiro por vejez. A partir de la vigencia del presente Decreto, el empleado público o trabajador oficial que sea retirado del servicio por haber cumplido la edad de 65 años y no reúna los requisitos necesarios para tener derecho a pensión de jubilación o invalidez, tendrá derecho a una pensión de retiro por vejez, pagadera por la respectiva entidad de previsión equivalente al veinte por ciento (20%) de su último sueldo devengado, y un dos por ciento (2%) más por cada año de servicios, siempre que carezca de recursos para su congrua subsistencia. Esta pensión podrá ser inferior al mínimo legal.”

El 1 de abril de 1994 entró en vigencia la Ley 100 que contiene el sistema de seguridad

social integral en Colombia, el cual tiene como fin cubrir las contingencias que afectan la salud y la capacidad económica de todos los habitantes del territorio nacional. Es decir, la Ley 100 de 1993 es el régimen general aplicable en materia pensional a todos los trabajadores en Colombia con las excepciones allí contempladas.

Como la Ley 100 de 1993 unificó el sistema general de seguridad social en pensiones, derogó la pensión de retiro por vejez establecida en el artículo 29 del Decreto 3135 de 1968, exceptuando los regímenes especiales como es el caso de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En consecuencia, los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que llegan a la edad de retiro forzoso siguen cobijados por la pensión de retiro por vejez.

Es preciso señalar que esta pensión de vejez por retiro, es una prestación económica menos favorable frente a la pensión vitalicia de jubilación pues esta última preceptúa que “Para los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1º de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario promedio del último año...”, mientras que la pensión por vejez dispone que previsión equivalente al veinte por ciento (20%) de su último sueldo devengado, y un dos por ciento (2%) más por cada año de servicios.

ii- Improcedencia, por regla general, de la acción de tutela contra actos administrativos de contenido particular y concreto, específicamente para obtener el reintegro de empleados públicos a sus cargos.

Conforme con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un mecanismo judicial, preferente y sumario, de protección de los derechos fundamentales de las personas cuando quiera que estos se vean amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o excepcionalmente de un particular. Esta acción se caracteriza por ser subsidiaria y residual, lo cual implica que ella será procedente para la protección de derechos fundamentales siempre que (i) no exista un mecanismo de defensa judicial o que existiendo no resulte eficaz para su amparo; o (ii) que se promueva como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Con fundamento en la anterior regla, la jurisprudencia constitucional ha estimado que la

acción de tutela no procede, por regla general, contra actos administrativos de contenido particular y concreto, toda vez que para controvertirlos judicialmente existe en el ordenamiento jurídico la acción de nulidad y reestablecimiento del derecho, gracias a la cual el interesado puede solicitar la suspensión provisional del acto que infringe la vulneración a los derechos cuya protección se invoca⁵. Esta Corporación también ha aceptado la procedencia excepcional de la acción de tutela contra estos actos cuando ellos vulneran derechos fundamentales y existe peligro de ocurrencia de un perjuicio irremediable, de tal manera que se haga necesaria una protección urgente de los mismos. Así fue señalado por la Corte en la Sentencia T-514 de 2003 en la que manifestó lo siguiente:

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

En desarrollo de la citada línea interpretativa, la jurisprudencia constitucional ha indicado que, por regla general, la acción de tutela es improcedente para solicitar el reintegro de empleados públicos a sus cargos, pues para controvertir los actos administrativos por medio de los cuales la administración ha tomado la decisión de separarlos de los mismos, existe la acción de nulidad y reestablecimiento del derecho, la cual desplaza a la acción de tutela dado que, como ya se dijo, tiene un carácter residual y subsidiario.

En el mismo sentido la Corte ha admitido la procedencia excepcional del amparo constitucional para solicitar el reintegro de servidores públicos a los cargos de los que han sido desvinculados, cuando en el caso concreto se advierte la vulneración de un derecho fundamental y se evidencie la ocurrencia de un perjuicio irremediable, en razón a que en

estos eventos la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no proporcione una protección eficaz y adecuada a los derechos amenazados o vulnerados.

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

En consecuencia, el amparo constitucional es procedente solamente en aquellos asuntos en los cuales no exista otro mecanismo de defensa judicial, o en los que pese a existir otros mecanismos ordinarios para la defensa de los derechos fundamentales involucrados, éstos carecen de idoneidad para evitar la configuración de un perjuicio irremediable. Dicho perjuicio se caracteriza, según los parámetros fijados por esta Corporación, de la siguiente manera:

“...(i) por ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; (ii) por ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (iii) porque las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y (iv) porque la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.”⁷⁸

Los anteriores requisitos deben ser analizados en cada caso concreto, pues como regla general, no solamente debe hallarse acreditada la gravedad de la situación sino también que los mecanismos ordinarios no son eficaces para la real protección de los derechos fundamentales involucrados.

Con los parámetros señalados procede la Sala a estudiar el caso concreto de la señora Ana Belén Cruz de Casas.

iii -Caso concreto

En este caso particular, la señora Ana Belén Cruz de Casas solicita la protección de sus derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital, a la igualdad y a la vida en condiciones dignas, que aduce fueron vulnerados por la Secretaría de Educación del Departamento del Cauca, al efectuar su retiro de la institución educativa Madre de Dios en Piendamó, Cauca, por haber llegado a la edad de retiro forzoso. La accionante manifiesta que su desvinculación se realizó sin tener en cuenta sus circunstancias particulares, lo que devino en una aplicación objetiva de dicha normativa, específicamente que tan sólo le faltaba un año, cuatro meses y catorce días para consolidar su derecho a la pensión vitalicia de jubilación y que éste era el recurso económico que sumado a la pensión sustitutiva por valor de \$660.000.00 le permitía suplir sus necesidades básicas y las de su grupo familiar dependiente.

Por su parte, la entidad accionada manifestó que la actora cuenta con un mecanismo legal específico para plantear su pretensión de dejar sin efectos el contenido de un acto administrativo y, por otro lado, que al aplicar la norma sobre edad de retiro forzoso no se afectó su derecho al mínimo vital, ya que éste se encuentra asegurado mediante la pensión sustitutiva que en la actualidad está percibiendo.

El juez de primera instancia concedió el amparo invocado por la actora, pues en las pruebas allegadas al expediente verificó que aquella fue privada de un recurso económico muy importante si no el más significativo para suplir sus necesidades básicas y el de su grupo familiar. Concluyó que en el caso de la señora Ana Belén Cruz de Casas se había aplicado de forma objetiva la norma de edad de retiro forzoso sin analizar sus circunstancias. Por ello, ordenó el reintegro de la accionante hasta tanto cumpliera con el tiempo de servicio para adquirir su pensión vitalicia de jubilación, y también la inaplicación de los artículos sobre edad de retiro forzoso en el caso concreto.

El juez de segunda instancia revocó la decisión adoptada precedentemente y en su lugar negó la protección de los derechos fundamentales invocados. Lo anterior, por cuanto al momento en que la actora alcanzó la edad de 65 años, aún le faltaba doce meses para consolidar su derecho a la pensión de jubilación, y el reintegro sólo es procedente en aquellos casos en los cuales se aplica la normativa de edad de retiro forzoso cuando el trabajador cumple con los dos requisitos de edad y tiempo de servicio, y es retirado de su cargo.

Una vez expuesto lo anterior, corresponde a la Sala determinar, en primer lugar, la procedencia de la acción de tutela en el caso concreto y si se configuran los requisitos para ello, se estudiará la posible vulneración de los derechos fundamentales de la accionante con la expedición de la Resolución 7225 de 2009 que ordenó su retiro del cargo como docente por alcanzar la edad de retiro forzoso.

A pesar de que la accionante agotó los recursos de vía gubernativa e interpuso la acción de tutela a tiempo, como bien se anotó en párrafos anteriores, la Corte Constitucional ha establecido como regla general la improcedencia de la acción de tutela contra actos administrativos de carácter particular y concreto para solicitar el reintegro a un cargo, bajo la premisa de que éstos pueden ser atacados a través de la acción respectiva ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sumado a la posibilidad que existe dentro de la misma de solicitar la suspensión del acto que ocasionó la transgresión de los derechos fundamentales invocados.

No obstante lo anterior, esta Corporación ha fijado como excepción a la regla general, la posible existencia de un perjuicio irremediable. Por ello, en el siguiente punto se pasa a estudiar la posible configuración de una amenaza o perjuicio irremediable que haga procedente la solicitud de amparo.

En el caso de la accionante, si bien se encuentra acreditado en el expediente que ésta cuenta con más de 65 años y con varios gastos a su cargo, entre los que se destacan la educación superior de sus hijas y su nieto, así como gastos de medicamentos y créditos, también se verificó lo siguiente:

En virtud de las pruebas decretadas por esta Sala de Revisión, a través de los autos del 27 de septiembre y del 2 de noviembre de 2010, pudo establecerse que a la señora Ana Belén Cruz de Casas, mediante Resolución No. 1812 del 16 de julio de 2010, le fue reconocida la pensión de vejez (por haber cumplido 65 años de edad, sin haber alcanzado el tiempo de servicio exigido para acceder a la pensión vitalicia de jubilación) por la suma de \$1.096.481.00 pesos. También, se encuentra acreditado que la accionante interpuso un recurso de reposición en contra de la anterior Resolución, y el 31 de agosto del mismo año, a través de la Resolución No. 2094, la Secretaría de Educación del Departamento del Cauca confirmó la decisión recurrida.

Así mismo, consta en el expediente que el 11 de noviembre de 2010, el Vicepresidente del Fondo de Prestaciones, Fiduprevisora S.A, informó que el pago de la pensión de vejez reconocida a la peticionaria el 16 de julio de 2010, iba a ser cancelada el pasado 20 de noviembre.

De igual manera, la accionante allegó un escrito de aclaración a esta Corporación el 12 de noviembre de 2010, en el cual especificó que el amparo solicitado no iba encaminado a obtener el reconocimiento de la pensión de vejez, la cual ya le había sido reconocida, sino a que se le permitiera completar su tiempo de servicio (1 año, 4 meses y 16 días para la fecha del escrito) para acceder a la pensión ordinaria de jubilación, ya que el monto de la prestación económica reconocida era insuficiente para cubrir sus necesidades básicas y las de su grupo familiar.

Finalmente, en comunicación establecida con la accionante⁹, ésta manifestó que desde el mes de marzo del año en curso recibe el pago de la pensión de vejez mencionada.

Lo anterior, evidencia que la accionante en la actualidad cuenta dos pensiones a su favor, la primera de ellas es una sustitución pensional a cargo de CAJANAL -FOPEP- que asciende a la suma de \$ 660.000 y la segunda es la pensión por vejez a la que se hizo alusión en los párrafos anteriores.

Lo hasta aquí establecido, demuestra que si bien la accionante no cuenta con los mismos ingresos que percibía cuando laboraba al servicio del estado, ello no implica que nos encontremos frente a un perjuicio irremediable que amerite la intervención urgente del juez de tutela tendente a conjurar un daño de gran intensidad sufrido por la actora, pues las dos pensiones a su favor le permiten contar con ingresos que no afectan su mínimo vital.

Lo anterior, por cuanto de las pruebas aportadas al expediente, se percibe que con los ingresos devengados se alcanzan a satisfacer las necesidades básicas de la accionante, pues si bien estos no ascienden al monto antes devengado, en el escrito de tutela se relacionan egresos como el pago de la especialización de su hija o la universidad de su nieto, los cuales no afectan la dignidad de la accionante o un derecho fundamental de manera irreversible por el hecho de no sufragarlos.

Por ello, al no acreditarse los requisitos que configuran un perjuicio irremediable en el caso

de la accionante, procederá la Sala en la parte resolutive de esta providencia a declarar la improcedencia de la presente acción de tutela. Lo anterior, no obsta para que la accionante, en caso de considerarlo, interponga las acciones correspondientes ante la jurisdicción contenciosa administrativa a fin de controvertir la Resolución que ordenó su retiro del servicio.

Lo expuesto, no es óbice para hacer un llamado de atención a la entidad accionada, pues al momento de la desvinculación de la accionante, ésta no se encontraba incluida en nómina, lo que comporta una violación de su derecho fundamental al mínimo vital, pues esta debió coadyuvar en la solicitud de la pensión tal como se ha establecido en la jurisprudencia constitucional¹⁰. Si bien, en este caso tal situación se supero con el pago de las mesadas en el mes de marzo de este año, el anterior no debe ser el accionar de la Secretaría de Educación frente a las personas que llegan a la edad de retiro forzoso.

III. DECISION

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

RESUELVE

Primero.-.Confirmar la decisión proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca, en providencia del 9 de marzo de 2010, la cual denegó la protección de los derechos fundamentales de la accionante.

Segundo Por secretaría General, líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

CON PONENCIA DEL MAGISTRADO HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, QUE RESUELVE LA ACCIÓN DE TUTELA INSTAURADA POR ANA BELÉN CRUZ DE CASAS CONTRA LA GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO DEL CAUCA.

Referencia: Expediente T-2.687.539

Problemas jurídicos planteados en la sentencia: ¿Si la Secretaría de Educación del Departamento del Cauca, con la expedición de la Resolución 7225 de 31 de agosto de 2009, vulneró los derechos fundamentales de la accionante, en la medida que la desvinculó del servicio activo por llegar a la edad de retiro forzoso, a pesar de estar a menos de dos años de cumplir con los requisitos para acceder a la pensión vitalicia de jubilación?

Motivo del Salvamento: Se vulneraron los derechos fundamentales del accionista al desvincularla del cargo de docente, sin tomar en consideración que faltaba poco tiempo para adquirir su pensión.

Salvo el voto en la ponencia del Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto, acogida por la mayoría de la Sala Séptima de Revisión, pues considero que en el caso sub lite la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Cauca vulneró los derechos fundamentales al trabajo, a la seguridad social, y a la vida en condiciones dignas de la actora, al desvincularla del cargo que desempeñaba como docente en el municipio de Piendamó, por haber llegado a la edad de retiro forzoso, 65 años, sin tener en cuenta que se encontraba a menos de dos años para consolidar su derecho a la pensión vitalicia de jubilación.

1. ANTECEDENTES

En el presente caso la Sala analizó si la entidad accionada vulneró los derechos fundamentales de la demandante, al desvincularla del servicio activo por llegar a la edad de retiro forzoso, sin tener en cuenta su situación particular y el hecho de estar a menos de dos años de cumplir con los requisitos para acceder a la pensión vitalicia por jubilación. La accionante solicita que se protejan sus derechos y se ordene la revocatoria de la resolución mediante la cual se le retiró del servicio activo como docente, así como su reintegro al cargo y el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde su desvinculación. Se reitera que la posición de la Corporación frente a temas como el del asunto, es declarar la improcedencia de la acción de tutela cuando se instaura para controvertir actos administrativos de carácter particular y concreto para solicitar el reintegro a un cargo, en cuanto no se presente un perjuicio irremediable que permita tramitar la acción constitucional como excepción a dicha regla general.

FUNDAMENTO DEL SALVAMENTO

Para iniciar, era importante evidenciar que si bien la edad de retiro forzoso como causal para la desvinculación de los servidores públicos de la rama ejecutiva se ajusta a la carta constitucional, ésta solo puede hacerse efectiva siempre y cuando la aplicación de dicha normativa no devenga en una transgresión de los derechos fundamentales de los trabajadores, en particular de su derecho al mínimo vital. Adviértase que la jurisprudencia constitucional ha considerado que se vulnera el derecho al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas de los trabajadores, cuando (i) se aplica objetivamente la norma sobre la edad de retiro forzoso y no se tiene en cuenta si está de por medio un trámite pensional; (ii) el trabajador obtiene el reconocimiento pensional, pero no está aún incluido en nómina y es desvinculado de su cargo; (iii) el trabajador que cumple la edad de retiro forzoso y no reúne el requisito del número de semanas para obtener la pensión (ni las reunirá en el corto plazo) es desvinculado sin que haya manifestado su voluntad de seguir cotizando por su propia cuenta o de optar por la indemnización sustitutiva. En estos eventos deberá constatarse que en efecto el trabajador recibió dicha prestación económica antes de ser desvinculado de su cargo, con el fin de garantizar su remuneración vital.

Sumado a los eventos anteriores, hubiera sido importante analizar el caso de los servidores

públicos que se encuentran a tres años o menos de obtener el reconocimiento pensional y son desvinculados de su cargo por alcanzar la edad de retiro forzoso, hipótesis que no fue abordada en el caso concreto por la Sala Séptima de Revisión.

En este orden de ideas, debió analizarse si era aplicable el estándar del legislador sobre la protección de los servidores públicos que están próximos a pensionarse a aquellos que alcanzan la edad de retiro forzoso. Por ejemplo, En el caso del Programa de Renovación de la Administración Pública, el legislador estableció qué debe entenderse por “prepensionado”, y aludió que son aquellos servidores públicos que están a punto de consolidar su derecho a la pensión en un lapso de tres años o menos de conformidad con las exigencias legales.

Si bien la anterior definición fue dada bajo el contexto del programa de renovación de las entidades de la administración pública y que luego se extendió al caso de las liquidaciones forzosas, eventos sustancialmente diferentes al caso de los servidores públicos de la rama ejecutiva que llegan a la edad de retiro forzoso, es importante recordar que ese lapso fue fijado por el legislador con fundamento en normas superiores. Por ello la Corte ha afirmado que el estándar para otorgar una estabilidad laboral reforzada a aquellos sujetos de la población en estado de vulnerabilidad próximos a pensionarse, es aplicar directamente la Constitución Política. Por estas razones, puede colegirse que el estándar fijado por el legislador debe aplicarse también a otros servidores públicos próximos a pensionarse que hacen parte de los grupos considerados en estado de vulnerabilidad, como los adultos mayores.

En otras palabras, este estándar fijado por el legislador, en tanto, es una aplicación directa de la Constitución, también hubiera podido ser aplicado en el caso de los servidores públicos que han llegado a la edad de retiro forzoso, están próximos a pensionarse y dependen de su ingreso laboral. En mi opinión, a estos servidores debe otorgárseles una estabilidad laboral reforzada en el caso de que se encuentren a tres años o menos de consolidar su derecho a la pensión de vejez y/o jubilación, contados desde el momento en que cumplen la edad de retiro forzoso y hasta que se dé su reconocimiento y pago, siempre y cuando dicho recurso económico sea la única o principal fuente de su sostenimiento y de su grupo familiar.

De esta manera, expongo las razones que me llevan a salvar el voto con respecto a la decisión que se adoptó en el asunto de la referencia.

Fecha ut supra,

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

1 Modificado por el artículo 1, del Decreto 3074 de 1968

2 sentencia C-351 del 9 de agosto de 1995.

3 C-563 de 1997.

4 Ver sentencia C-563 de 1997.

5 Entre otras Sentencia T-016 de 2008.

6 Ver la Sentencia T-016 de 2008.

“7 Esta doctrina ha sido reiterada en las sentencias de la Corte Constitucional, T-225 de 1993, SU-544 de 2001, T-1316 de 2001, T-983-01”

8 Corte Constitucional, sentencia de tutela T-069 del 31 de 2008

9 Ver acta, Cuaderno Principal.

10 Al respecto ver , entre otras, sentencia T-496 de 2010