

EDAD DE RETIRO FORZOSO COMO CAUSAL DE DESVINCULACION DE DOCENTES AL SERVICIO DEL ESTADO

PERJUICIO IRREMEDIABLE FRENTE A SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION-Valoración del juez constitucional

La Corte ha establecido que, allí donde en principio existen otros mecanismos de defensa judicial, debe verificarse la existencia de un perjuicio irremediable como condición que habilita la intervención del juez constitucional. Asimismo, ha establecido que la valoración del perjuicio irremediable debe ser sensible a la condición de sujetos de especial protección constitucional de las personas cuyos derechos están en juego. En particular, respecto de las personas en situación de discapacidad, esta Corporación ha señalado que: “es evidente que la intensidad en la evaluación del perjuicio irremediable debe morigerarse en razón de la capacidad material que tiene este grupo poblacional para el acceso a los instrumentos judiciales ordinarios, competencia que se ve significativamente disminuida en razón de la debilidad y la vulnerabilidad que imponen la limitación física o mental”.

ACCION DE TUTELA-Vulneración al mínimo vital del actor por retirarlo del servicio como docente al cumplir la edad de retiro forzoso sin que se le hubiere reconocido la pensión de jubilación

Con la decisión de la Gobernación de retirar al accionante definitivamente del servicio, éste ha visto afectado de manera grave sus derechos a la seguridad social, pues por su avanzada edad y su limitación visual no cuenta con opciones reales de obtener un empleo que le permita cotizar el tiempo que aún le falta para acceder a la pensión de vejez. Asimismo, se compromete su derecho al mínimo vital, ante la imposibilidad de suplir sus necesidades básicas por sus propios medios o a través de la ayuda de otros miembros de su familia quienes, por el contrario, han dependido económicamente del solicitante. Esta falta de recursos económicos expone al solicitante a una situación de indigencia, que se agrava por su especial vulnerabilidad en razón de la edad y de la limitación visual que lo acompaña. También su desvinculación laboral ha puesto en riesgo su cobertura de atención en salud, pues no está acreditado que tras el retiro del servicio el peticionario haya sido afiliado al régimen subsidiado de salud.

PROTECCION CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD- Reiteración de jurisprudencia

En virtud de la Constitución, de los instrumentos internacionales de protección y de la normatividad interna, el Estado colombiano ha asumido un compromiso especial con la garantía del derecho al trabajo, de un nivel de vida adecuado y de un sistema de seguridad social que cobije a todas las personas con discapacidad. Compromiso que ha de hacerse efectivo en casos como el presente, donde cobra pleno significado la necesidad de hacer ajustes razonables en la aplicación de las normas para evitar que una persona mayor con discapacidad pueda ser abandonada a su suerte. Máxime cuando ella ha contribuido con su trabajo a construir espacios de inclusión al interior del sistema educativo.

PERSONA CON DISCAPACIDAD O DISCAPACITADO-Concepto

Esta definición trasciende un entendimiento “médico” de la discapacidad, conforme al cual ésta se concibe como un problema de la persona que padece alguna deficiencia física o síquica, cuyo abordaje debe centrarse, por tanto, en tomar medidas para que la persona “corrija” su deficiencia o, de no ser posible, aprenda a convivir con su limitación. La Convención adopta, en cambio, un enfoque “social” de la discapacidad, para entender que esta no depende sólo de la condición médica de la persona, sino de las barreras físicas y sociales que el entorno le impone por razón de su condición especial, y que le impiden integrarse adecuadamente y llevar a cabo su proyecto de vida.

DERECHO A LA EDUCACION INCLUSIVA DE NIÑOS Y NIÑAS EN SITUACION DE DISCAPACIDAD- Educación para niños con limitación visual y la importancia del docente invidente tiflólogo

En las condiciones actuales de implementación de la educación inclusiva para niños con limitación visual adquiere gran importancia la figura del docente tiflólogo. No sólo por su rol como profesor de apoyo, sino porque su saber específico en la atención a invidentes puede contribuir a permear las prácticas pedagógicas de los demás actores que intervienen en el proceso educativo de las personas con limitación visual. De ahí que su presencia en las escuelas represente hoy una importante garantía del derecho a una educación inclusiva y que la supresión injustificada de esta figura, en aquellas instituciones que ya cuentan con este tipo de docentes, pueda llegar a infringir el mandato de no regresividad en la garantía de los derechos fundamentales.

DERECHO AL MINIMO VITAL Y A LA SEGURIDAD SOCIAL DE PERSONAS EN EDAD DE RETIRO FORZOSO-Protección constitucional

Existe 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.

EMPLEADOR-Deber de colaboración para actualizar la historia laboral del empleado

DECRETO LEY 019 DE 2012-Prohibición de exigir documentos que reposan en la entidad cuando se esté adelantando trámites ante la misma

DERECHO A LA EDUCACION INCLUSIVA DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD VISUAL-Importancia de docente invidente tiflólogo

DERECHO AL MINIMO VITAL Y A LA SEGURIDAD SOCIAL DE PERSONAS EN EDAD DE RETIRO FORZOSO-Vulneración por Gobernación al retirar a docente invidente quien garantizaba educación inclusiva a niños con limitación visual

DERECHO AL MINIMO VITAL Y A LA SEGURIDAD SOCIAL DE PERSONAS EN EDAD DE RETIRO FORZOSO-Vulneración por retiro de docente invidente quien no cumplió tiempo de cotizaciones para acceder a pensión de vejez, dada su condición de discapacidad

EMPLEADOR-Responsabilidad por omisión en el pago de aportes patronales y traslado de cotizaciones al sistema general de pensiones

DERECHO AL MINIMO VITAL Y A LA SEGURIDAD SOCIAL DE PERSONAS EN EDAD DE RETIRO FORZOSO-Docente invidente puede optar por pensión de invalidez, si no alcanza a cumplir requisitos para pensión de vejez

DERECHO AL MINIMO VITAL Y A LA SEGURIDAD SOCIAL DE PERSONAS EN EDAD DE RETIRO FORZOSO-Orden de reintegrar a docente invidente hasta obtener pensión de vejez, o

prestación económica a que tenga derecho

Referencia: expediente T-3753775

Acción de tutela instaurada por Luis Eduardo Gamarra Arrieta contra el Departamento de Sucre.

Magistrada Ponente:

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de mayo de dos mil trece (2013)

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo y Luis Guillermo Guerrero Pérez, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y previo el cumplimiento de los requisitos y trámites legales y reglamentarios, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos por la Sala II Civil – Familia – Laboral del Tribunal Superior de Sincelejo y por el Juzgado Laboral Adjunto al Promiscuo del Circuito de Sincé (Sucre) dentro de la acción de tutela promovida por Luis Eduardo Gamarra Arrieta contra el Departamento de Sucre.[1]

I. ANTECEDENTES

El señor Luis Eduardo Gamarra Arrieta presentó acción de tutela contra el Departamento de Sucre al considerar que tal entidad vulneró sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la dignidad humana, a la seguridad social, al debido proceso, a la protección especial a las personas de la tercera edad y a los discapacitados y al trabajo. Sostiene que la vulneración de estos derechos es consecuencia de la decisión de la Gobernación de Sucre de retirarlo del cargo de docente de la Institución Educativa Francisco José de Caldas del Municipio de Corozal (Sucre) por haber llegado a la edad de retiro forzoso, sin antes permitirle completar el tiempo de cotizaciones que le hacen falta para acceder a la pensión de vejez.

A continuación se presenta una síntesis de los hechos relevantes para decidir la presente

solicitud de amparo.

Hechos

1. El señor Luis Eduardo Gamarra Arrieta nació el 28 de abril de 1945, por lo que a la fecha cuenta con 68 años de edad.[2]
2. En el año 1978 el señor Gamarra Arrieta sufrió un desprendimiento de retina que le produjo una pérdida total de visión.[3]
3. Desde el año 2001 hasta su retiro en el año 2012, el accionante prestó sus servicios como docente en la Institución Educativa Francisco José de Caldas del municipio de Corozal (Sucre), a través de distintas modalidades de vinculación: inicialmente mediante órdenes de prestación de servicios, durante las cuales estuvo supeditado a cumplir un horario, recibir instrucciones de sus superiores y a cumplir sus labores en las sedes de la institución[4]; entre el 7 de octubre de 2002 y el 11 de mayo de 2005 mediante nombramiento efectuado por el Alcalde del municipio de Corozal.[5] Tras ser incluido en la lista de elegibles en un concurso convocado por el Departamento de Sucre, fue nombrado inicialmente en período de prueba por un año, y a partir del 6 de febrero de 2006 como docente en propiedad.[6]
4. Durante todo este tiempo la labor del peticionario se ha concentrado en la enseñanza a niños con discapacidad, debido a su capacitación como docente tiflólogo, que lo habilita para enseñar a personas con limitación visual.
5. Mediante Decreto 895 del 10 de mayo de 2010 el Gobernador de Sucre declaró insubsistente al señor Luis Eduardo Gamarra Arrieta, por haber llegado a la edad de retiro forzoso. El accionante interpuso recurso de reposición contra este acto administrativo el cual, según afirma el peticionario, nunca fue resuelto, motivo por el cual siguió laborando en su cargo de docente.
6. Una vez más, mediante Decreto 0073 del 30 de enero de 2012, la Gobernación de Sucre ordena retirar del servicio al señor Gamarra Arrieta por haber alcanzado la edad de retiro forzoso, pues a esa fecha contaba con más de 65 años de edad. En el mismo acto administrativo se declaró vacante el cargo que ocupaba el peticionario.[7]

7. La anterior decisión fue confirmada por el Gobernador de Sucre mediante Resolución 2574 del 8 de junio de 2012, por la cual se niegan los recursos de reposición y apelación interpuestos por el señor Gamarra Arrieta, en los que solicitaba no ser desvinculado del cargo debido a su carencia de recursos económicos y a la especial situación de vulnerabilidad derivada de su limitación visual.[8]

8. Aunque el peticionario cuenta con la edad requerida para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez y acredita haber prestado sus servicios al Estado por cerca de 18 años[9], aún no ha logrado completar el mínimo de cotizaciones para alcanzar dicho reconocimiento pensional.

9. Con el salario que percibía como docente el señor Gamarra Arrieta suplía sus necesidades básicas y las de su núcleo familiar, conformado por dos hermanos y una sobrina menor de edad,[10] dado que no cuenta con otros ingresos ni bienes de capital de los cuales derive un ingreso alterno.[11]

10. Además de su condición de invidente, por su avanzada edad el accionante padece diabetes, hipertensión arterial y problemas cardíacos,[12] todos los cuales le impiden acceder a un nuevo empleo y desempeñarse en un oficio distinto al que ejercía cuando fue retirado del servicio.

Con fundamento en los hechos antes descritos, el actor considera que la decisión de declararlo insubsistente sin permitirle completar el tiempo de cotizaciones necesario para alcanzar una pensión le expone a un perjuicio irremediable porque le priva de la única fuente de ingresos con la que cuenta para suplir sus necesidades básicas y las de su familia, razón por la cual solicita se le amparen sus derechos fundamentales dejando sin efectos los actos administrativos que ordenaron su retiro del servicio.

Respuesta de la entidad accionada

11. Mediante escrito del 22 de agosto de 2012, la Gobernación de Sucre dio respuesta a la presente tutela. En ella confirma que el señor Gamarra Arrieta fue vinculado en período de prueba mediante Decreto 1750 de abril 28 de 2005 y posteriormente nombrado en propiedad mediante Decreto 0801 de febrero 6 de 2006, tiempo durante el cual prestó sus servicios como docente en la Institución Educativa Francisco José de Caldas del municipio

de Corozal, hasta la notificación del Decreto 072 del 30 de enero de 2012, que ordenó su retiro del servicio.

12. Sostiene que la desvinculación del peticionario tan sólo estuvo motivada en razón de su llegada a la edad de retiro forzoso, prevista en el artículo 31 del Decreto 2277 de 1979, toda vez que, para la época en que fue ordenada, el señor Gamarra Arrieta contaba con más de 65 años de edad.[13]

13. De otra parte, la Gobernación de Sucre afirma que, de acuerdo con los soportes que obran en la hoja de vida del accionante, éste solo cuenta con seis (6) años, ocho (8) meses y dieciséis (16) días cotizados, tiempo insuficiente para obtener algún reconocimiento pensional. Señala además que el señor Gamarra Arrieta no aportó prueba del tiempo cotizado con anterioridad a su vinculación al departamento, pese a que fue requerido para que allegara dicha información. Esta entidad aclara que siempre cumplió con todas sus obligaciones patronales cancelándole al señor Gamarra Arrieta sus salarios de manera oportuna así como las demás prestaciones sociales, incluidos los aportes a salud y pensión.

Sentencias objeto de revisión

14. En sentencia del 28 de agosto de 2012 el Juzgado Laboral Adjunto al Promiscuo del Circuito de Sincé (Sucre) resolvió amparar los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, a la igualdad al trabajo y al debido proceso del señor Gamarra Arrieta. Para ello ordenó a la Gobernación de Sucre que en el término de 48 horas, contadas a partir de la notificación de esta sentencia, procediera a reintegrar al accionante al cargo que venía ocupando. En el mismo plazo señalado, ordenó pagar los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde su desvinculación hasta su efectivo reintegro. De igual forma, reconocer y liquidar a favor del señor Gamarra Arrieta la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997,[14] argumentando que su retiro del servicio no había sido autorizado por el Inspector del Trabajo.

Como fundamento de su decisión, el a quo sostuvo que las normas que ordenan retirar del servicio a las personas que hayan llegado a la edad de retiro forzoso no pueden ser aplicadas de manera mecánica, sino que deben tener en cuenta las circunstancias particulares de cada trabajador. Para tal efecto, se valió de un concepto emitido por el

Departamento Administrativo de la Función Pública,[15] donde se distinguen tres situaciones respecto del empleado que ha alcanzado la edad de retiro forzoso y no cuenta aún con pensión de vejez: (i) cuando el empleado ya cotizó el tiempo necesario para alcanzar su pensión, pero ésta no ha sido reconocida, el retiro del servicio sólo podrá efectuarse cuando la persona haya sido incluida en la nómina de pensionados; (ii) cuando al empleado le falta corto tiempo de cotizaciones, se recomienda permitir que continúe laborando hasta cumplir con el tiempo de cotizaciones; (iii) cuando al empleado le falte un tiempo considerable para alcanzar su pensión de vejez, se recomienda mantenerlo en el cargo mientras tramita la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. El juzgado de primera instancia concluyó que el señor Gamarra Arrieta se encontraba en el segundo de los supuestos antes examinados, razón por la cual ordenó reintegrarlo al cargo que venía desempeñando hasta tanto cotizara el tiempo faltante para obtener su pensión de vejez.

15. La Gobernación de Sucre impugnó la anterior decisión con los siguientes argumentos: (i) la razón para retirar del servicio al demandante no fue su condición de discapacitado sino el estar por encima de la edad de retiro forzoso, razón por la cual no era preciso solicitar autorización al Inspector del Trabajo ni, en general, dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; (ii) la decisión de primera instancia partió de un supuesto fáctico no confirmado, relativo a los 18 años de cotización que el accionante dice haber acumulado, situación que no se encuentra probada, razón por la cual no puede concluirse que le falte un corto tiempo para obtener su pensión de vejez; (iii) la Gobernación requirió por escrito al accionante para que aportara la documentación que permitiese establecer los tiempos de cotización que él mismo afirmaba reunir, petición a la que el accionante no dio respuesta.

16. En sentencia del 12 de Octubre de 2012, la Sala II Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior de Sincelejo ordenó revocar la orden impartida por el a quo relativa al pago de la indemnización a que se refiere el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, por considerar que el despido no estuvo motivado en la limitación visual del accionante. Asimismo, tras determinar que el accionante solo contaba con 522 semanas cotizadas, modificó la decisión concerniente al reintegro del actor a su cargo, al señalar que la vinculación se mantendría hasta tanto se resolviera favorablemente la solicitud que elevase el accionante en relación con la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, salvo que éste prefiera buscar otra fuente de empleo que le permitiese seguir cotizando para adquirir su derecho a la pensión,

evento en el cual se procedería sin más, a su retiro del cargo. Para tal efecto, se concedió al accionante un término de ocho (8) días para manifestar a cuál de las dos opciones antes mencionadas prefería acogerse y, en caso de que optara por solicitar la indemnización sustitutiva de la pensión, se le otorgaba un término de 30 días hábiles para iniciar los trámites. Con todo, advirtió el ad quem que la Gobernación debía brindar al accionante la información y acompañamiento que éste requiriese para inscribirse a uno de los programas de atención al adulto mayor a cargo de la administración, a fin de salvaguardar su derecho al mínimo vital y la vida en condiciones dignas.

II. ACTUACIONES EN SEDE DE REVISIÓN

1. El cinco (5) de marzo de 2013 se recibió un escrito del peticionario en el que solicita dejar sin efectos la sentencia de segunda instancia, argumentado que las obligaciones alternativas que ella le impone, de optar por la indemnización sustitutiva o buscar otro trabajo que le permita seguir cotizando el tiempo faltante, resultan contrarias a sus garantías constitucionales en tanto le privan de la posibilidad real de acceder a la pensión de vejez para garantizar su derecho al mínimo vital. Como prueba de lo anterior, el accionante adjuntó la comunicación que le fue enviada el 15 de enero de 2013 por la Secretaría de Educación Departamental de Sucre, en la que se le notifica de nuevo su retiro del servicio, por haberse rehusado a escoger entre las dos posibilidades que le fueron planteadas por el Tribunal que otorgó el amparo en segunda instancia.[16]

2. Ante la falta de elementos probatorios suficientes para corroborar el tiempo efectivamente cotizado por el accionante, mediante Auto del 20 de marzo de 2013 se ordenó la práctica de las siguientes pruebas: (i) Requerir al señor Luis Eduardo Gamarra Arrieta para que informe con qué empleadores ha laborado, indicando en cada caso el tiempo de servicio y el tipo de vínculo laboral; si además ha realizado aportes pensionales como trabajador independiente y los fondos administradores de pensiones en los que recuerda haber cotizado. (ii) Oficiar a la Subdirección de Pensiones Contributivas y a la Subdirección de Subsidios Pensionales y Servicios Sociales del Ministerio del Trabajo para que informen si el peticionario ha estado afiliado a algún fondo de pensiones o ha sido beneficiario de subsidios pensionales, indicando, en caso afirmativo, la entidad, tipo de afiliación, semanas cotizadas y fecha de las cotizaciones. (iii) Oficiar a COLPENSIONES para que indique si el accionante ha estado afiliado al régimen de prima media con prestación

definida y, en caso afirmativo, indicar quién fue su empleador, el número de semanas cotizadas y la fecha de las cotizaciones.

3. En respuesta al anterior requerimiento, el accionante presentó una comunicación en la que relaciona las entidades públicas a las cuales ha prestado sus servicios, el tiempo y tipo de vinculación con cada una de ellas. Sostiene que no ha realizado aportes pensionales como trabajador independiente y aclara que los efectuados durante su vida laboral fueron depositados, en principio, en la Caja Nacional de Previsión CAJANAL y en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.[17]

4. Por su parte, las Subdirecciones de Pensiones Contributivas y de Subsidios Pensionales, Servicios Sociales y Otras Prestaciones, del Ministerio del Trabajo, informaron que: (i) el señor Luis Eduardo Gamarra Arrieta aparece como afiliado retirado del ISS y como afiliado inactivo de COLPENSIONES; (ii) se dio traslado al Vicepresidente de Beneficios y Prestaciones de COLPENSIONES, para que certifique el tiempo de semanas cotizadas por el accionante; (iii) el señor Gamarra Arrieta no se ha beneficiado del Programa de Subsidios al Aporte para Pensión operado por el Consorcio Colombia Mayor con los recursos del Fondo de Solidaridad Pensional. Entretanto, COLPENSIONES no dio respuesta al requerimiento probatorio efectuado por esta Corporación.

III. Consideraciones y fundamentos

Competencia

1. Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar los fallos de tutela proferidos dentro del trámite de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86, inciso 3°, y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

Presentación del caso y formulación del problema jurídico

2. Don Luis Eduardo Gamarra Arrieta solicita el amparo de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la dignidad humana, a la seguridad social, al debido proceso, al trabajo y a la protección especial a las personas de la tercera edad y a los discapacitados, los cuales estima vulnerados por la decisión de la Gobernación de Sucre de retirarlo del cargo de

docente que ocupaba en la Institución Educativa Francisco José de Caldas del Municipio de Corozal (Sucre), en razón de haber alcanzado la edad de retiro forzoso, sin antes permitirle completar los dos años de cotizaciones que, según afirma el accionante, le hacen falta para acceder a la pensión de vejez.

3. La Gobernación de Sucre, por su parte, señala que la declaratoria de insubsistencia del accionante se hizo en estricto cumplimiento de lo establecido en el artículo 31 del Decreto 2277 de 1979, norma que prevé el retiro forzoso del servicio para los docentes que alcancen la edad de 65 años. Sostiene además que la carga de suministrar las pruebas del tiempo cotizado y de verificar si se daban las condiciones para solicitar el reconocimiento de la pensión de vejez correspondía al señor Gamarra Arrieta, quien no allegó los soportes necesarios para verificar el tiempo real cotizado al sistema de pensiones, razón por la cual sólo puede tener por probados los 6 años, 8 meses y 18 días laborados al servicio de la Gobernación de Sucre, tiempo insuficiente para solicitar pensión de vejez.

4. Los jueces que resolvieron esta acción de tutela en primera y segunda instancia coincidieron en otorgar el amparo, por considerar que la entidad demandada había vulnerado los derechos fundamentales del accionante al no aplicar de manera razonable la norma que ordena el retiro forzoso. Sin embargo, discreparon en la manera en que debía garantizarse el amparo: el a quo ordenó indemnizarlo porque su retiro se produjo sin previa autorización del Inspector de Trabajo, según lo ordena el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Igualmente ordenó reintegrarlo hasta tanto cotizara el tiempo faltante para acceder a la pensión de vejez. El Tribunal de segunda instancia, por su parte, revocó la orden indemnizatoria, por considerar que el despido no estuvo motivado en la limitación visual del accionante; asimismo, modificó la orden de reintegro, al precisar que la entidad demandada sólo estaba obligada a mantener al demandante en su cargo si este optaba por tramitar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y hasta tanto obtuviera el reconocimiento de dicha prestación. De lo contrario, si el señor Gamarra Arrieta optaba por seguir cotizando el tiempo faltante, debía buscar otra fuente de empleo. Con fundamento en esta decisión, y dado que el accionante insistió en reclamar su derecho a seguir laborando como docente hasta obtener la pensión de vejez, en lugar de conformarse con la indemnización sustitutiva, desde el 15 de enero de 2013 la entidad demandada lo retiró definitivamente del servicio.

5. Para formular de manera adecuada el problema jurídico que plantea el presente caso, es preciso tener en cuenta las particulares condiciones personales del accionante y la labor que desempeñaba al momento de ser retirado del servicio docente. En cuanto a lo primero, es relevante considerar que don Luis Eduardo Gamarra Arrieta perdió la visión por completo desde 1978, debido a un desprendimiento de retina. Esta circunstancia lo mantuvo al margen de toda actividad laboral durante varios años, mientras asumía su nueva condición vital, luego de lo cual logró integrarse de nuevo al servicio público. En la actualidad tiene 68 años de edad y, además de su limitación visual, padece de diabetes, hipertensión y problemas cardíacos que le impiden acceder a un nuevo trabajo que le permita completar el tiempo de cotizaciones que le hace falta para obtener su pensión. Tampoco cuenta con otras fuentes de ingresos que le permitan garantizar su sustento y el de los integrantes de su núcleo familiar, quienes dependían por completo del salario que aquél devengaba como docente. Se trata, por tanto, de un sujeto de especial protección constitucional debido a su condición de discapacitado y adulto mayor, que además asumía el rol de persona cabeza de hogar.

6. Pero además es relevante tener en cuenta que, tras perder su visión, el señor Gamarra Arrieta orientó su vocación docente a la enseñanza de niños con limitaciones visuales, razón por la cual, tras varios años de dedicación a la enseñanza de menores y luego de participar en un concurso de méritos, finalmente en 2006 obtuvo su nombramiento en propiedad como Docente Tiflólogo. Esto obliga a considerar las implicaciones que puede tener la decisión de retirar del servicio y declarar la vacancia del cargo ocupado por el señor Gamarra Arrieta, no sólo respecto de la afectación de sus derechos fundamentales, sino también para la garantía del derecho a la educación de los niños con limitación visual de la institución para la cual prestaba sus servicios.

7. En este orden de ideas, esta Sala deberá dar respuesta a los siguientes problemas jurídicos:

¿Vulneró la Gobernación de Sucre los derechos fundamentales a la dignidad humana, la seguridad, el mínimo vital, así como la obligación de ofrecer especial protección a las personas mayores y en situación de discapacidad, al declarar insubsistente a una persona que, si bien alcanzó la edad de retiro forzoso, se encuentra además en situación de discapacidad por ceguera total, tiene a su cargo el sostenimiento de su núcleo familiar y no

cuenta con el tiempo de cotizaciones necesario para acceder a la pensión de vejez?

¿Vulneró la Gobernación de Sucre el derecho de los niños con limitación visual a recibir una educación apropiada a sus circunstancias, al ordenar el retiro y declarar vacante el cargo ocupado por un docente tiflólogo que llegó a la edad de retiro forzoso, sin acreditar que antes realizó las gestiones pertinentes para nombrar a una persona con el experticio suficiente para cumplir con las labores que el profesor retirado venía desempeñando?

8. Antes de responder a estos interrogantes, corresponde examinar la procedencia de esta acción de tutela, toda vez que, en principio, existe otro mecanismo de defensa judicial para impugnar el acto administrativo que ordenó el retiro del servicio del accionante. Una vez despejada esta cuestión, para dar respuesta a los problemas jurídicos que involucra el presente caso, la Sala deberá abordar las siguientes cuestiones: (i) los estándares de protección constitucional y en el derecho internacional de las personas en situación de discapacidad; (ii) el derecho de los niños con limitación visual a recibir una educación adecuada a su condición y (iii) la garantía de los derechos al mínimo vital y a la seguridad social de las personas en edad de retiro forzoso. Con fundamento en las premisas que resulten de este análisis, se abordará el análisis del caso concreto.

Procedencia de la acción de tutela en el presente caso

9. Es necesario establecer si la acción de tutela es procedente en el presente caso, ya que, en principio, el señor Gamarra Arrieta disponía de otro medio de defensa judicial para controvertir los actos administrativos que ordenaron su retiro del servicio.

La Constitución Política consagró la acción de tutela como un mecanismo de tutela excepcional que, según dispone su artículo 86, “sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”, o bien, cuando existiendo medios alternativos de defensa, estos carezcan de eficacia o idoneidad para el amparo integral de los derechos constitucionales amenazados o vulnerados. Tal idoneidad y eficacia del medio judicial ordinario debe ser analizada en cada caso concreto y respecto de los derechos fundamentales cuya protección se reclama. Así lo dispone el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, cuando señala que la existencia de otro medio de defensa judicial “será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se

encuentra el solicitante”.

10. Siguiendo estos lineamientos, la Corte ha establecido que, allí donde en principio existen otros mecanismos de defensa judicial, debe verificarse la existencia de un perjuicio irremediable como condición que habilita la intervención del juez constitucional. El perjuicio irremediable ha sido caracterizado en los siguientes términos:

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

11. Asimismo, ha establecido que la valoración del perjuicio irremediable debe ser sensible a la condición de sujetos de especial protección constitucional de las personas cuyos derechos están en juego. En particular, respecto de las personas en situación de discapacidad, esta Corporación ha señalado que: “es evidente que la intensidad en la evaluación del perjuicio irremediable debe morigerarse en razón de la capacidad material que tiene este grupo poblacional para el acceso a los instrumentos judiciales ordinarios, competencia que se ve significativamente disminuida en razón de la debilidad y la vulnerabilidad que imponen la limitación física o mental”.^[18]

12. De otro lado, aunque la Corte Constitucional ha reiterado la improcedencia de la acción de tutela para controvertir actos administrativos que declaren la insubsistencia de servidores públicos, también ha admitido su procedencia excepcional para amparar los derechos fundamentales de personas que han sido retiradas del cargo por haber alcanzado la edad de retiro forzoso, cuando al momento de su desvinculación no habían logrado el reconocimiento de una pensión que garantizara su derecho al mínimo vital y no cuentan con otra fuente de ingresos que les 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 y asumir su manutención mientras aguardan los resultados de un proceso judicial, hacen que resulte desproporcionado someter a estas personas a esperar el pronunciamiento de la jurisdicción administrativa. En tales circunstancias, de manera excepcional se ha abierto camino a la acción de tutela, sea como mecanismo principal[19] o transitorio,[20] dependiendo de las particulares circunstancias de cada caso.

13. Como se expuso en la síntesis de los hechos, en el presente asunto está probado que el señor Gamarra Arrieta cuenta en la actualidad con 68 años de edad. También se acreditó que, además de los serios quebrantos de salud que le han sobrevenido por su avanzada edad (diabetes, hipertensión, problemas cardíacos), presenta ceguera total desde hace 35 años. Si bien esta última condición no representó un obstáculo para desempeñar su labor como docente tiflólogo, en la actualidad sí constituye una barrera de acceso a otras fuentes de empleo que le permitan seguir cotizando al sistema de seguridad social hasta alcanzar su pensión de vejez. Asimismo, representa un obstáculo adicional para acceder a la Administración de Justicia en relación con otras personas de su misma edad que no están privadas del sentido de la vista.

También logró acreditarse que el peticionario no dispone de otras fuentes de ingreso, distintas del salario que percibía como docente, para atender a sus necesidades básicas y a las de su núcleo familiar, compuesto por dos hermanos de 58 y 54 años que no pueden laborar, por su situación de salud y por una sobrina menor de edad. El señor Gamarra Arrieta no dispone de bienes inmuebles de los que pueda derivar alguna renta y, de acuerdo con el certificado aportado al expediente, para el año 2011 (el último que alcanzó a laborar completo), su patrimonio bruto era de 10 millones de pesos y sus ingresos anuales alcanzaron un total de 14.400.000 pesos.[21]

Por tal razón, con la decisión de la Gobernación de Sucre de retirarlo definitivamente del servicio, el señor Gamarra Arrieta ha visto afectado de manera grave sus derechos a la seguridad social, pues por su avanzada edad y su limitación visual no cuenta con opciones reales de obtener un empleo que le permita cotizar el tiempo que aún le falta para acceder a la pensión de vejez. Asimismo, se compromete su derecho al mínimo vital, ante la imposibilidad de suplir sus necesidades básicas por sus propios medios o a través de la

ayuda de otros miembros de su familia quienes, por el contrario, han dependido económicamente del solicitante. Esta falta de recursos económicos expone al solicitante a una situación de indigencia, que se agrava por su especial vulnerabilidad en razón de la edad y de la limitación visual que lo acompaña. También su desvinculación laboral ha puesto en riesgo su cobertura de atención en salud, pues no está acreditado que tras el retiro del servicio el señor Gamarra Arrieta haya sido afiliado al régimen subsidiado de salud.

14. Las anteriores circunstancias permiten afirmar la procedencia de la acción de tutela en el presente caso. Sin duda se está en presencia de un perjuicio irremediable, por cuanto se constata una grave afectación de los derechos del peticionario, que requiere la adopción de medidas urgentes e impostergables que legitiman la intervención del juez constitucional. Pero además, en este caso específico también concurren las circunstancias para dar aplicación al precedente constitucional al que se hizo alusión en el numeral 12 de esta providencia, relativo a la procedencia de la acción de tutela en casos de personas que han sido retiradas del cargo por haber alcanzado la edad de retiro forzoso, cuando al momento de su desvinculación no habían logrado el reconocimiento de una pensión que garantizara su derecho al mínimo vital y no cuentan con otra fuente de ingresos que les permita satisfacer sus necesidades básicas.

Estándares de protección constitucional e internacional de las personas con discapacidad

15. La Constitución Política expresa un compromiso inequívoco con la especial protección de las personas en situación de discapacidad, orientado a superar las barreras que a lo largo de la historia les han impedido ser reconocidos como personas iguales en dignidad y derechos.

Tal compromiso encuentra su punto de partida en el derecho de todas las personas a recibir la misma protección y trato de las autoridades, y a que se les garanticen los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación (art. 13 CP). Pero no se trata sólo de una igualdad formal, pues a renglón seguido se establece el deber del Estado de brindar una protección especial a las personas que se encuentren en estado de debilidad manifiesta por su condición económica, física o mental, con el fin de lograr que la igualdad de estas personas sea real y efectiva.

Este mandato de especial protección se concreta, además, en los artículos 47, 54 y 68 de la Carta, que asignan al Estado deberes específicos de: (i) adelantar una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales o psíquicos (art. 47); (ii) garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud; (art. 54) (iii) brindar educación a las personas con limitaciones físicas o mentales (art. 68).

16. Este conjunto normativo se adiciona con diversos instrumentos de derecho internacional que precisan y amplían los compromisos adquiridos por el Estado colombiano en materia de protección de los derechos de las personas con discapacidad.[22] Además tratados generales, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, aplicables a todos los seres humanos, entre los instrumentos específicos de protección se destacan el Convenio 159 y la Recomendación 168 sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), adoptados en 1983 por la Organización Internacional del Trabajo;[23] las Normas Uniformes sobre la igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, adoptadas en 1993 por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas;[24] la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad de 1999, incorporada al derecho interno por Ley 762 de 2002;[25] y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 e incorporada al derecho colombiano mediante la Ley 1346 de 2009.[26]

17. Para responder a los compromisos asumidos en los anteriores instrumentos internacionales, igualmente se han expedido normas de derecho interno que elevan los estándares de protección de las personas con discapacidad, entre las cuales se destacan las siguientes: Ley 361 de 1997, “por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones”; Ley 982 de 2005 “por la cual se establecen normas tendientes a la equiparación de oportunidades para las personas sordas y sordociegas y se dictan otras disposiciones”; Ley 1145 de 2007, “por medio de la cual se organiza el Sistema Nacional de Discapacidad y se dictan otras disposiciones”; las Leyes 1287 y 1316 de 2009, que adicionan la Ley 361 de 1997 con normas relativas a las zonas de estacionamiento y la disposición de espacios especiales para personas con discapacidad. Más recientemente la Ley Estatutaria 1618 de 2013 “por medio de la cual se

establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad”, integra y actualiza muchas de las normas ya consagradas en los instrumentos anteriores, para ajustarlas a lo dispuesto en la Ley 1346 de 2009.[27]

18. Todo este cuerpo normativo debe interpretarse a la luz de lo establecido en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), donde se asume una concepción dinámica y social de la discapacidad, al señalar que ésta “es el resultado de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras que se les imponen y que evitan su participación plena y efectiva en condiciones de igualdad”. Sobre esta base, se establece que el concepto de discapacidad incluye a aquellas personas “que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

Esta definición trasciende un entendimiento “médico” de la discapacidad, conforme al cual ésta se concibe como un problema de la persona que padece alguna deficiencia física o síquica, cuyo abordaje debe centrarse, por tanto, en tomar medidas para que la persona “corrija” su deficiencia o, de no ser posible, aprenda a convivir con su limitación. La Convención adopta, en cambio, un enfoque “social” de la discapacidad, para entender que esta no depende sólo de la condición médica de la persona, sino de las barreras físicas y sociales que el entorno le impone por razón de su condición especial, y que le impiden integrarse adecuadamente y llevar a cabo su proyecto de vida.

Como lo ha señalado esta Corporación, al ocuparse de las implicaciones del cambio de un enfoque médico a un enfoque social de la discapacidad, desde esta última perspectiva se asume que: (i) la discapacidad no es “de la persona”, sino el resultado de su exclusión en la participación social; (ii) la exclusión no es inevitable como se piensa, al punto en que es posible imaginar una sociedad que ha solucionado el problema de la integración social en su conjunto”[28]. Por lo tanto, un enfoque social propone adoptar medidas que: “(i) permitan al mayor nivel posible el ejercicio de la autonomía de la persona con discapacidad; (ii) aseguren su participación en todas las decisiones que los afecten; (iii) garanticen la adaptación del entorno a las necesidades de la persona con discapacidad; y (iv), aprovechen al máximo las capacidades de la persona, desplazando así el concepto de ‘discapacidad’ por el de ‘diversidad funcional’.[29]

19. Para avanzar hacia la plena inclusión y el reconocimiento de la igual dignidad y derechos de las personas con discapacidad, la Convención incorpora, entre otras previsiones, la obligación de efectuar “ajustes razonables” para promover la igualdad y eliminar la discriminación a la que este grupo de personas ha sido sometido. Es así como, dentro de las modalidades de discriminación por motivos de discapacidad previstas en su artículo 2º, incluyó la denegación de tales “ajustes razonables”, definidos como “las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”.

Recientemente el legislador ha dado un paso efectivo en esta dirección al establecer la obligación de las autoridades públicas de “(i)ncorporar en su presupuesto y planes de inversiones, los recursos necesarios destinados para implementar los ajustes razonables que se requieran para que las personas con discapacidad puedan acceder a un determinado bien o servicio social, y publicar esta información para consulta de los ciudadanos” (art. 5º, num. 4º, Ley 1618 de 2013).

20. Además de este mandato de inclusión a través de la incorporación de ajustes razonables, tanto la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), como los demás instrumentos nacionales e internacionales antes mencionados, reconocen a estas personas una serie de derechos específicos, dentro de los cuales es pertinente resaltar, por su relación con el presente caso:

El derecho al trabajo de las personas con discapacidad, lo que incluye la oportunidad de ganarse la vida en un trabajo libremente elegido o aceptado y en un entorno laboral que sea abierto, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad, para lo cual se establecen prohibiciones específicas de discriminación, así como la obligación de adoptar medidas de acción afirmativa que promuevan el empleo de las personas con discapacidad en los sectores público y privado (art. 27 CDPD).[30] Entre las garantías específicas que incorpora la legislación colombiana para salvaguardar este derecho se encuentra el derecho a la estabilidad laboral reforzada de las personas en situación de discapacidad (art. 26 Ley 361 de 1997), según el cual ningún limitado físico puede ser despedido o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la Oficina del

Trabajo.[31]

El artículo 8 de las Normas Uniformes sobre la igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, aprobadas en 1993 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, es aún más explícito al señalar que “los Estados son responsables de las prestaciones de seguridad social y mantenimiento del ingreso para las personas con discapacidad”, razón por la cual se establece, entre otras previsiones, que:

“1. Los Estados deben velar por asegurar la prestación de apoyo adecuado en materia de ingreso a las personas con discapacidad que, debido a la discapacidad o factores relacionados con ésta, hayan perdido temporalmente sus ingresos, reciban un ingreso reducido o se hayan visto privadas de oportunidades de empleo. Los Estados deben velar por que la prestación de apoyo tenga en cuenta los gastos en que suelen incurrir las personas con discapacidades y sus familias, como consecuencia de su discapacidad”. [32]

21. Del anterior recuento se concluye que, en virtud de la Constitución, de los instrumentos internacionales de protección y de la normatividad interna, el Estado colombiano ha asumido un compromiso especial con la garantía del derecho al trabajo, de un nivel de vida adecuado y de un sistema de seguridad social que cobije a todas las personas con discapacidad. Compromiso que ha de hacerse efectivo en casos como el presente, donde cobra pleno significado la necesidad de hacer ajustes razonables en la aplicación de las normas para evitar que una persona mayor con discapacidad pueda ser abandonada a su suerte. Máxime cuando ella ha contribuido con su trabajo a construir espacios de inclusión al interior del sistema educativo.

El derecho a una educación inclusiva para niños con limitación visual. La importancia de los docentes para hacer efectivas las prácticas de inclusión.

22. La educación constituye un bien especialmente valioso, entre muchas razones, porque representa una de las principales herramientas de inclusión e integración de las que dispone una sociedad. De ahí que nuestra sociedad, en los artículos 44 y 67 de la Constitución, establezca la educación de sus miembros más jóvenes como un derecho fundamental, y en el artículo 68 haga explícito además su especial compromiso con “la erradicación del analfabetismo y la educación de personas con limitaciones físicas o mentales o con capacidades excepcionales”.

23. Tales mandatos deben ser integrados con los instrumentos de derecho internacional que confieren especial importancia a la educación como herramienta de inclusión de las personas, en particular de los niños, con discapacidad y establecen compromisos específicos orientados a garantizar una educación de calidad, capaz de potenciar los talentos y la creatividad de las personas funcionalmente diversas.[33]

En ellos se establece el propósito de superar un modelo de educación especial o segregada, para en su lugar avanzar hacia modelos educativos incluyentes, que permitan la interacción y el aprendizaje recíproco entre los estudiantes con y sin discapacidad.[34] Es por ello que, si bien el artículo 6.8 de las Normas Uniformes sobre Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad reconoce que “en algunos casos, la enseñanza especial puede normalmente considerarse la forma más apropiada de impartir instrucción a algunos estudiantes con discapacidad”[35], en todo caso plantea que “(l)os Estados deben tratar de lograr la integración gradual de los servicios de enseñanza especial en la enseñanza general”.

En tal sentido, el principio rector del Marco de Acción que acompaña a la Declaración de Salamanca, aprobada en el marco de la Conferencia Mundial sobre Necesidades Educativas Especiales, convocada por la UNESCO en 1994, insta a los Estados a (...) dar la más alta prioridad política y presupuestaria al mejoramiento de sus sistemas educativos para que puedan incluir a todos los niños y niñas, con independencia de sus diferencias o dificultades individuales (...);” y a “adoptar con carácter de ley o como política el principio de educación integrada, que permite matricularse a todos los niños en escuelas ordinarias, a no ser que existan razones de peso para lo contrario (...).”.[36]

24. En cumplimiento de estas directrices, la Ley 115 de 1994 (Ley General de la Educación), en su artículo 46 preceptúa que “la educación para personas con limitaciones físicas, sensoriales, psíquicas, cognoscitivas, emocionales o con capacidades intelectuales excepcionales, es parte integrante del servicio público educativo”. Con tal finalidad establece, entre otras, la obligación estatal de fomentar “programas y experiencias para la formación de docentes idóneos” (art. 47), y ordena tanto al Gobierno Nacional como a las entidades territoriales “incorporar en sus planes de desarrollo, programas de apoyo pedagógico que permitan la atención educativa a las personas con limitaciones”. Así mismo, señala que “el gobierno Nacional dará ayuda especial a las entidades territoriales para

establecer aulas de apoyo especializadas en los establecimientos educativos estatales de su jurisdicción que sean necesarios para el adecuado cubrimiento, con el fin de atender, en forma integral, a las personas con limitaciones” (art. 48).[37]

Así mismo, la Ley 361 de 1997, “Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones”, reitera la opción por un modelo de educación inclusiva y entre sus previsiones establece que “Todo centro educativo de cualquier nivel deberá contar con los medios y recursos que garanticen la atención educativa apropiada a las personas con limitaciones. Ningún centro educativo podrá negar los servicios educativos a personas limitadas físicamente, so pena de hacerse acreedor de sanciones que impondrá el Ministerio de Educación Nacional o la Secretaría de Educación en las que delegue esta facultad, que pueden ir desde multas sucesivas de carácter pecuniario de 50 a 100 salarios mínimos legales mensuales hasta el cierre del establecimiento” (art. 13, parágrafo). Entretanto, el Decreto 366 de 2009 reglamenta la organización del servicio de apoyo pedagógico para la atención de los estudiantes con discapacidad y con capacidades o con talentos excepcionales en el marco de la educación inclusiva.

Finalmente, la recién aprobada Ley 1618 de 2013, “Por la cual se establecen disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad”, en su artículo 7, num. 6, establece que “(e)l Ministerio de Educación diseñará los programas tendientes a asegurar la educación inicial inclusiva pertinente de los niños y niñas con discapacidad en las escuelas, según su diversidad”. El artículo 11 de la misma ley sostiene que el derecho a la educación para la población con necesidades educativas especiales se llevará a cabo “bajo un enfoque basado en la inclusión del servicio educativo” y establece una serie de obligaciones específicas para el Ministerio de Educación y las entidades territoriales orientadas a garantizar dicha inclusión en los niveles de educación preescolar, básica, media y superior.

25. Por su parte, en reiteradas ocasiones la jurisprudencia constitucional ha reconocido que la inclusión educativa constituye, en general, un elemento consustancial al derecho a la educación, que adquiere especial importancia cuando se trata de niños con discapacidad, en cuyo caso la regla general es que éstos tienen derecho a compartir las aulas con los demás niños. En tal sentido, desde sus primeras decisiones la Corte ha señalado que la

educación especial no integrada debe ser excepcional y sólo debe recurrirse a ella en casos extremos, previa demostración profesional de su necesidad.[38] En aplicación de este criterio, en algunas ocasiones ha tutelado el derecho de menores a quienes se les negaba el acceso a instituciones especializadas[39] o enfrentaban barreras socioeconómicas para acceder a la institución que les había sido asignada.[40] En otras decisiones ha amparado el derecho a la educación de un menor que padece de una enfermedad congénita que afecta su motricidad a ser admitido en una institución privada que pretextaba no contar con cupos ni con condiciones locativas adecuadas para recibirlo;[41] el derecho de joven invidente a quien el SENA negó el derecho a matricularse en un programa de formación para el cual había aprobado el examen de ingreso;[42] el derecho de un estudiante normalista que demandaba su derecho contar con un intérprete de lengua de señas, el cual le era negado pretextando que, según la normatividad vigente, se requería un mínimo de 10 estudiantes sordomudos para nombrar un intérprete de señas con carácter permanente;[43] asimismo, el derecho de un menor autista a contar con un profesor especializado que acompañe su proceso educativo dentro del aula regular de estudio.[44]

Aquéel diagnóstico, formulado con alcance general, cobra plena vigencia para el caso de los menores con limitaciones visuales. Así lo confirma un estudio elaborado por el Instituto Nacional para Ciegos – INCI – y la Universidad Distrital Francisco José de Caldas,[46] donde se exploran las barreras de acceso físico, social y cultural que se oponen al acceso y permanencia de los niños con limitación visual en la educación primaria. Aunque se advierte un aumento de la presencia de niños ciegos en los establecimientos educativos y una proliferación de normas y discursos institucionales incluyentes, en las prácticas pedagógicas cotidianas sigue primando una visión de la ceguera como anormalidad o incapacidad, lo que genera una enorme brecha entre el “decir” y el “hacer” de la educación inclusiva. En el estudio se concluye que:

“La representación sobre la relación ceguera-integración tan sólo ha alcanzado el estatus discursivo de predicación, pero no de acción. Las acciones que se realizan en su nombre en muchos casos contradicen el espíritu de integración. Muestra de ello es la incidencia de prácticas relacionadas con el acceso cultural en las que se separa al niño ciego de los demás niños por considerar que ‘algunas asignaturas son difíciles para él, que no puede realizar algunas tareas escolares, que es mejor que no realice ciertas tareas, que se le evalúa lo poco que pueda hacer’. Se genera con ello una ilusión de que se está llevando a

cabo la integración y el acceso escolar del niño ciego; es decir, que gracias a la existencia de la política y la reiteración del discurso de la integración por parte de los actores, los niños están accediendo al sistema escolar, cuando en realidad, el niño limitado visual está quedando en situación de soledad, de aislamiento de las prácticas escolares básicas.

(...)

A nuestro juicio y a partir de los resultados de este estudio, se encontró que la representación social de ceguera- incapacidad incide fuertemente en el acceso cultural y social... Esta representación orienta la creencia y las acciones que apoyan la idea de que es difícil que el niño ciego aprenda; el resultado inmediato es un conjunto de prácticas académicas y sociales que van en detrimento del real desarrollo intelectual del niño ciego, tales como: la catalogación de asignaturas “vetadas”, la opción por prácticas escolares menos complejas, restringir el modo de aprendizaje de estos niños al modo narrativo (tanto para aprender como para presentar evaluaciones); en últimas, dejar al niño ciego “a lo que él pueda hacer” y, sin embargo, asignarle la calificación de suficiente, creando la falsa ilusión de que este niño se está escolarizando efectivamente, de que se está educando”.

De acuerdo con esta investigación, una de las circunstancias que mantienen esta brecha es la dificultad de los docentes para hacer frente a los retos que plantea la política de educación inclusiva, pues esta trae consigo enormes desafíos pedagógicos, sin que en muchas ocasiones su implementación venga acompañada de las transformaciones culturales, institucionales y curriculares requeridas para cerrar la brecha entre el decir y el hacer en materia de inclusión educativa de los niños con limitación visual.

27. Por lo anterior, entre las medidas a adoptar para avanzar hacia modelos inclusivos de educación, el artículo 24 de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad señala en su numeral 4º que:

“...los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para emplear a maestros, incluidos maestros con discapacidad, que estén cualificados en lengua de señas o Braille y para formar a profesionales y personal que trabajen en todos los niveles educativos. Esa formación incluirá la toma de conciencia sobre la discapacidad y el uso de modos, medios y formatos de comunicación aumentativos y alternativos apropiados, y de técnicas y

materiales educativos para apoyar a las personas con discapacidad.” (subrayas fuera del original).

La importancia de incorporar a personas con discapacidad dentro del personal docente no radica sólo en ofrecerles un espacio de desarrollo laboral, sino ante todo en brindar a los educandos la oportunidad de aprender de la mano de profesores que han logrado sortear las barreras impuestas por la sociedad. Sobre este punto, el numeral 42 de las Directrices para la Acción en el Plano Nacional, que acompañan la Declaración de Salamanca, sostiene:

“Un problema que se repite en los sistemas de educación, incluso en los que imparten una enseñanza excelente a los alumnos con discapacidades, es la falta de modelos para éstos. Los alumnos con necesidades especiales necesitan oportunidades de relacionarse con adultos con discapacidades que han tenido éxito en la vida, para que puedan basar su vida y sus expectativas en algo real. Además, habrá que formar y presentar ejemplos a los alumnos con discapacidades de personas que las han superado, para que puedan contribuir a determinar las políticas que les afectarán más tarde a lo largo de su vida. Los sistemas de enseñanza deberán, por tanto, intentar contratar a profesores capacitados y a personal de educación con discapacidades, y deberán intentar también conseguir la participación de personas de la región con discapacidades, que han sabido abrirse camino, en la educación de los niños con necesidades educativas especiales”.

Pero además de servir como modelo para los alumnos, la presencia en una institución educativa de profesores con discapacidad también contribuye a que sus pares académicos puedan conocer e incorporar las prácticas de enseñanza utilizadas por sus colegas funcionalmente diversos. Este intercambio de saberes hace posible superar las representaciones socioculturales de la discapacidad como anormalidad que, como antes quedó indicado, dificultan la puesta en práctica de modelos inclusivos de educación.

28. Por lo anterior, en las condiciones actuales de implementación de la educación inclusiva para niños con limitación visual adquiere gran importancia la figura del docente tiflólogo. No sólo por su rol como profesor de apoyo, sino porque su saber específico en la atención a invidentes puede contribuir a permear las prácticas pedagógicas de los demás actores que intervienen en el proceso educativo de las personas con limitación visual. De ahí que su

presencia en las escuelas represente hoy una importante garantía del derecho a una educación inclusiva y que la supresión injustificada de esta figura, en aquellas instituciones que ya cuentan con este tipo de docentes, pueda llegar a infringir el mandato de no regresividad en la garantía de los derechos fundamentales.

La garantía de los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital de las personas en edad de retiro forzoso

29. Al ocuparse del control abstracto de las normas que establecen en 65 años la edad de retiro forzoso para los servidores públicos, la Corte Constitucional ha invocado dos razones principales para avalar la constitucionalidad de esta medida:

En primer lugar, ha sostenido que se trata de un medio a través del 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”, logrando así la efectividad del principio de igualdad de oportunidades en el acceso a los cargos públicos (arts. 13 y 40-7 CP), del derecho al trabajo de los ciudadanos que aspiran a desempeñarse como servidores públicos (art. 25) y de los mandatos constitucionales que ordenan al Estado propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar (art. 54) y dar pleno empleo a los recursos humanos (art. 334).

Al mismo tiempo ha señalado que con esta medida no se pone en riesgo el derecho al mínimo vital de las personas que son separadas de sus cargos, en tanto “la restricción impuesta a los servidores públicos que cumplen la edad de retiro forzoso es 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), lo cual deja a salvo la integridad del indicado derecho fundamental”.[47]

30. Sin embargo, al examinar la aplicación de estas normas en situaciones concretas, la Corte ha podido constatar que el progresivo endurecimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, debido al aumento en la edad y el número de semanas de cotización requeridas, sumado a las dificultades institucionales para dar respuesta oportuna a las solicitudes de reconocimiento pensional, ha llevado a que en no pocos casos las personas alcancen la edad de retiro forzoso y sean separados de sus cargos sin que aún hayan

logrado acceder a una pensión que garantice su mínimo vital.

En respuesta a este tipo de situaciones, la Corte Constitucional ha construido regla jurisprudencial según la cual la aplicación de las normas que establecen el retiro forzoso como causal de desvinculación debe hacerse de forma razonable, valorando las circunstancias especiales de cada caso, para evitar la vulneración de derechos fundamentales de personas de la tercera edad. En aplicación de esta doctrina ha distinguido varios tipos de situaciones:

(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.[48]

(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[49]. 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 pensión.[50]

(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.[51]

(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,[52] la Corte amparó su derecho ordenando el reconocimiento inmediato de esta última prestación.[53]

31. En definitiva, los casos anteriores evidencian una pauta decisional según la cual no se considera razonable la decisión de desvincular del servicio a una persona mayor que ha alcanzado la edad de retiro forzoso, cuando antes no se ha logrado garantizar su mínimo vital a través de alguna de las prestaciones que para el efecto dispone el sistema de seguridad social. Esta regla de decisión fue formulada en la sentencia T-495 de 2011[54] en los siguientes términos:

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

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

32. Otro elemento común a estas decisiones es que en ellas se establece un deber de colaboración activa de las entidades empleadoras para actualizar la historia laboral del empleado que va a ser retirado del servicio y acompañarlo en la gestión de los trámites para el reconocimiento de la pensión. Por tal razón, aunque el trabajador está obligado a suministrar toda la información necesaria para reconstruir su historia laboral y certificar los tiempos de cotización, no es de recibo que una entidad pública traslade por completo al trabajador toda la carga de gestión que ello demanda. Tal actitud desconoce el hecho de que, por regla general, las entidades públicas se encuentran en mejor posición que el trabajador para recabar dicha información, máxime cuando este último es de avanzada edad o presenta alguna discapacidad. Pero además, cuando la información de la historia laboral del trabajador reposa en otras entidades públicas, es la entidad empleadora, y no el trabajador, quien se encuentra en la obligación de solicitarla, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9º del Decreto Ley 019 de 2012.[55]

33. Finalmente, la obligación de aplicar de manera razonable las reglas sobre retiro forzoso, valorando las circunstancias especiales de cada caso, para evitar la vulneración de derechos fundamentales de personas de la tercera edad, debe conjugarse, en el caso de los trabajadores discapacitados que alcanzan la edad de retiro, con la obligación de efectuar “ajustes razonables” en la interpretación y aplicación de estas normas, a fin de evitar que se produzcan situaciones de discriminación por discapacidad.[56]

En consecuencia, 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.[57]

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.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala procede a resolver la solicitud de amparo formulada por don Luis Eduardo Gamarra Arrieta.

Análisis del caso concreto

34. La Corte considera que la Gobernación de Sucre vulneró los derechos fundamentales a

la dignidad humana, la seguridad, el mínimo vital, así como la obligación de ofrecer especial protección a las personas mayores y en situación de discapacidad, al declarar insubsistente al señor Gamarra Arrieta tras alcanzar la edad de retiro forzoso, y sin que previamente este hubiera obtenido una prestación que le asegurara ingresos periódicos para satisfacer sus necesidades básicas. Asimismo, la entidad demandada desconoció el derecho de los niños con limitación visual a recibir una educación apropiada a sus circunstancias, al ordenar el retiro y declarar vacante el cargo que ocupaba el accionante como docente tiflólogo, sin acreditar que antes realizó gestiones para nombrar a una persona igualmente idónea.

35. La Sala coincide con los jueces de instancia en señalar que la Gobernación de Sucre desconoció los precedentes establecidos por la Corte Constitucional que le obligan a efectuar una aplicación razonable de la causal de retiro prevista en el artículo 31 del Decreto 2277 de 1979, “por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente”. En efecto, la entidad demandada ordenó el retiro del servicio del señor Gamarra Arrieta, sin antes valorar la situación particular en la que éste se encontraba, habida cuenta de su estado de salud y de la falta de otros ingresos para sufragar sus necesidades básicas y las de los familiares a su cargo. Asimismo, incumplió su deber de colaboración activa para actualizar la historia laboral del empleado que iba a ser retirado del servicio y de acompañarlo en la gestión de los trámites para el reconocimiento de la pensión de vejez o, en su defecto, de otra prestación económica que permitiera asegurar su retiro en condiciones dignas. En lugar de esto la Gobernación de Sucre se limitó a trasladar al señor Gamarra Arrieta toda la carga de recaudar la información de su historia laboral y de sus cotizaciones ante las entidades públicas a las que prestó sus servicios, sin considerar que era la Gobernación la que estaba, no sólo en mejor posición, sino además en la obligación de solicitarla, de acuerdo con lo establecido en el artículo 9º del Decreto Ley 019 de enero 10 de 2012.[58]

36. Pero además, en el presente caso existe un motivo adicional que lleva a calificar de irrazonable la manera en que la Gobernación de Sucre procedió a retirar del servicio al accionante. Como quedó establecido, el fundamento constitucional de las normas que consagran una edad de retiro forzoso para los empleados del sector público consiste, entre otras, en permitir a las nuevas generaciones la posibilidad de acceder a los cargos públicos. La justificación de la aplicación de esta medida, en los casos concretos, depende de que con ella se logre efectivamente dicha rotación, máxime en casos como el presente, cuando la

función desempeñada por la persona que alcanzó la edad de retiro, guarda directa relación con la garantía de derechos fundamentales de personas consideradas como sujetos de especial protección constitucional.

37. El señor Gamarra Arrieta desempeñaba una función directamente relacionada con la garantía del mandato constitucional de asegurar una educación inclusiva para los niños con discapacidad y, en particular, con limitaciones visuales. Desde el año 2005 fue nombrado por el Departamento de Sucre como docente tiflólogo, adscrito a la Institución Educativa Francisco José de Caldas del municipio de Corozal, labor que ya venía desempeñando desde el año 2001 en la misma institución a través de contratos de prestación de servicios, con el mismo Municipio.

En un contexto en el que aún existen grandes dificultades para llevar a la práctica el modelo de educación inclusiva, la presencia en una institución educativa de un docente que, por su doble condición de invidente y experto en tiflogía, se encuentra específicamente capacitado para apoyar la enseñanza a niños con limitación visual, constituye un importante paso hacia la superación de la brecha entre el mandato constitucional de garantizar la inclusión educativa de los niños con discapacidad y su efectiva implementación.

38. En un informe del Instituto Nacional para Ciegos - INCI, presentado en el año 2012,[59] se indica que la población con limitación visual en el Departamento de Sucre, discriminada por edad y municipio, es la siguiente:

El mismo informe señala que, de acuerdo con “(e)l Registro de Localización y Caracterización de las Personas con Discapacidad SISPRO del Ministerio de Salud y Protección Social al año 2012 ha localizado en 25 municipios a 21.189 personas, de ellas 8.001 son personas con discapacidad visual...; de las cuales el 96% de esta población pertenecen a los estratos socioeconómicos 1 y 2, con dificultades para satisfacer sus necesidades esenciales, que requieren ser beneficiadas con acciones integrales en el Plan de Desarrollo con un enfoque de derechos para favorecer su inclusión social”.

Sobre los avances en la atención educativa a este sector de la población se indica que:

“El trabajo adelantado en el Departamento por el INCI y el Ministerio de Educación, ha permitido avanzar en la atención educativa a la población con discapacidad visual; en el año 2011 estaban matriculados 281 estudiantes ciegos y con baja visión en 71 instituciones educativas.... No obstante, la tasa de cobertura neta para la población con discapacidad visual en el departamento es de 58%, frente a 89.67% de la Nación; lo que significa que existen 81 niños y jóvenes en edad escolar fuera del sistema educativo. Así mismo, el 49.5% de la población con discapacidad visual mayor de 15 años es analfabeta (3.883 personas) y sólo se reportan 10 matriculados en programas de educación para adultos en el Departamento”.

En la relación de instituciones educativas del Departamento de Sucre que acogen entre sus alumnos niños con limitación visual, el informe incluye entre ellas a la Institución Educativa Francisco José de Caldas de Corozal. En la visita efectuada dentro del trabajo de campo que respalda el estudio se constató que: “en esta entidad solo hay una niña de cinco años con discapacidad visual reportada como ciega en pre-escolar, aunque en la visita se corroboró que la niña presenta percepción de luz, sombras y bultos. Se habló con la profesora de la niña Misledis Cabrera Chávez y el profesor Luis Eduardo Gamarra Arrieta, quienes dijeron que a la fecha no han tenido ninguna dificultad con la enseñanza de la estudiante”.

Precisamente la institución para la que prestaba sus servicios el señor Gamarra Arrieta ha sido reconocida en el ámbito regional como un ejemplo de inclusión educativa. En un reportaje publicado en el Meridiano de Sucre el 31 de marzo de 2013 se alude a las dificultades que han tenido las instituciones del departamento para implementar esta política impulsada por el Ministerio de Educación. Allí se informa que, en aplicación de la misma, desde el año 2004 el Ministerio desarticuló las Unidades de Atención Integral que hasta entonces brindaban atención a la población con discapacidad y que, a partir de entonces, estas personas fueron integradas a un aula de clase tradicional o regular. Como consecuencia de esta decisión, muchos niños con necesidades educativas especiales han quedado a la deriva, pues algunas instituciones se niegan a recibirlos argumentando no estar preparadas para ello. En contraste, la Institución Educativa Francisco José de Caldas se destaca por su carácter incluyente, ya que en la actualidad acoge a 120 estudiantes con necesidades educativas especiales y, desde el proceso de adaptación a este modelo iniciado en 2004, ha logrado importantes transformaciones en las prácticas pedagógicas de los docentes y en fomentar la sensibilidad de los estudiantes regulares hacia sus

compañeros con necesidades educativas especiales.[60]

Los datos anteriores evidencian que: (i) existe un déficit considerable en atención educativa para la población con discapacidad visual en el Departamento de Sucre, cuya tasa de cobertura es de sólo el 58%, frente al 89.67% que en promedio se presenta en el resto del país; (ii) en el municipio de Corozal se registra un importante número de población con discapacidad visual (624 personas) en relación con otras localidades del Departamento de Sucre, y entre ellas hay un número considerable de niños y adolescentes en edad escolar (10 niños de 0 a 5 años, 26 entre los 6 y 13 años, 19 jóvenes entre los 14 y 20 años); (iii) la institución educativa a la que se encontraba adscrito el accionante, en la actualidad acoge un importante número de estudiantes con necesidades educativas especiales, entre los cuales se encuentran menores con limitación visual, y es reconocida como una experiencia exitosa de educación incluyente en la región.

39. Lo anterior permite concluir la importancia de la función que desempeñaba el señor Gamarra Arrieta dentro de la comunidad educativa de la que formaba parte. De un lado, porque prestaba sus servicios en una región en donde la cobertura educativa para personas con discapacidad visual es notoriamente inferior a la que se ha logrado en otras zonas del país, y en un municipio en el que está probada la presencia de un número considerable de personas con limitación visual. Pero además, para una institución que se ha tomado en serio el mandato constitucional de acoger en las aulas regulares a niños con discapacidad, la presencia de profesores que comparten esta misma condición y que, por tanto, son capaces de enseñarles con su ejemplo, resulta especialmente significativa. De ahí que, llegado el momento de retirar del servicio a uno de estos maestros, ha de optarse en lo posible por remplazarlos por otros que tengan no sólo la suficiente cualificación académica sino además la posibilidad de seguir enseñando, con su ejemplo, a sortear las barreras que la sociedad impone a las personas con discapacidad.

40. La Sala considera que, en el presente caso, la aplicación razonable de la regla de retiro forzoso establecida en el artículo 31 del Decreto 2277 de 1979, “Por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente”, imponía dos condiciones: (i) atender la situación particular del accionante, a fin de evitar que, como consecuencia de esta medida, se afectaran sus derechos al mínimo vital y a la seguridad social; (ii) asegurar que el retiro del señor Gamarra Arrieta no tendría efectos negativos sobre el derecho a una educación

inclusiva de los niños con discapacidad visual de la institución educativa para la cual prestaba sus servicios. Esto último implicaba garantizar que el cargo de docente tiflólogo que quedaría vacante como consecuencia del retiro del accionante, sería ocupado de inmediato por una persona con la cualificación profesional requerida para desempeñar dicha labor.

Está plenamente acreditado que la entidad demandada no cumplió con la primera de estas condiciones. Entretanto, con respecto a la segunda, no existe prueba en el expediente de que la Gobernación de Sucre haya cubierto el cargo que ocupaba el señor Gamarra Arrieta por una persona igualmente capacitada para acompañar la enseñanza de niños con discapacidad visual. Así las cosas, hasta tanto no se acredite el cumplimiento de ambas condiciones, no podrá considerarse que la decisión de retirar del servicio al peticionario está justificada a la luz de las razones que en su momento adujo la Corte para declarar ajustadas a la constitución las normas que establecen el retiro forzoso de los docentes oficiales y otros servidores públicos.

41. La Corte reitera la obligación de las entidades empleadoras de dar una aplicación razonable a las normas que ordenan el retiro de los servidores públicos cuando alcanzan la edad prevista en la ley. Esta aplicación razonable consiste en verificar que, en cada caso concreto, concurren las justificaciones que llevaron a declarar la constitucionalidad de dichas normas, a saber: (i) que con esta medida se garantice la rotación en el acceso a cargos públicos, sin que pueda desvincularse del cargo a una persona cuya función guarda relación directa con la garantía de los derechos fundamentales de sujetos de especial protección constitucional, hasta tanto no se hayan tomado las medidas necesarias para proceder a la provisión de su cargo con otra persona, sin que exista solución de continuidad; (ii) que, allí donde la persona que va a ser retirada del servicio no cuente con otras fuentes de ingresos que le permitan cubrir sus necesidades básicas, la entidad empleadora, en conjunto con el empleado, gestione con la debida antelación ante el fondo de pensiones correspondiente el reconocimiento de la pensión de vejez o, en su defecto, se le asegure su derecho al mínimo vital.

42. Por lo anterior, la Sala considera que la decisión adoptada por el juez de segunda instancia, en el numeral segundo del fallo revisado, no representa una aplicación razonable para el presente caso de la normatividad sobre retiro forzoso. El ad quem condicionó la

orden de amparo a que el accionante se sometiera a elegir entre dos alternativas que, cada una a su modo, le imponían renunciar a los derechos cuya tutela solicitaba: (i) tramitar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, caso en el cual se mantendría la orden de reintegro al cargo que ocupaba, hasta tanto dicha prestación le fuera reconocida; o bien (ii) buscar otra fuente de empleo que le permitiera seguir cotizando hasta obtener la pensión de vejez. Esta decisión sometía al señor Gamarra Arrieta al dilema de mantener su trabajo a cambio de renunciar al reconocimiento de una prestación periódica que garantizara su mínimo vital, para conformarse en su lugar con una indemnización sustitutiva que ofrece una protección precaria de este derecho; o, de no aceptar dicha condición, exponerle al desamparo de forma inmediata, pues la hipótesis de que el petitionario pueda obtener otra fuente de empleo en el sector privado que le permita seguir cotizando ignora las barreras de acceso al trabajo para las personas mayores con discapacidad. Por otra parte, la decisión adoptada por el ad quem no confiere ninguna relevancia a la situación de discapacidad del accionante y a su directa relación con las dificultades que hoy enfrenta para obtener su pensión. Tampoco consideró la afectación de los derechos de los menores con discapacidad visual que pudiera generarse en caso de no asegurar un adecuado remplazo para el profesor Gamarra Arrieta.

En consecuencia, aunque se confirmará la decisión objeto de revisión en el sentido de amparar los derechos del señor Gamarra Arrieta, se modificarán las órdenes impartidas a fin de garantizar que su retiro del servicio no afecte sus derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital, e igualmente no suponga una afectación del derecho a la educación inclusiva de los niños con discapacidad visual de la institución educativa para la que ha prestado sus servicios.

43. La Sala encuentra que a la obligación de dar aplicación razonable a las normas sobre retiro forzoso, prevista con carácter general para todo tipo de situaciones en las que está comprometida la garantía del mínimo vital de los trabajadores en edad de retiro, se suma en este caso el deber de efectuar “ajustes razonables” en la interpretación y aplicación de las normas para evitar que se produzcan situaciones de discriminación por discapacidad.

La sentencia objeto de revisión no concedió relevancia a un hecho que resulta decisivo en el presente caso, como es que el señor Gamarra Arrieta no pudo completar el tiempo de cotizaciones requerido para acceder a la pensión de vejez antes de alcanzar la edad de

retiro forzoso porque su situación de discapacidad se lo impidió.

44. Si bien entre las pruebas aportadas al expediente se constatan importantes vacíos de información y algunas inconsistencias que dificultan reconstruir la historia laboral del peticionario, teniendo en cuenta las certificaciones aportadas al expediente por las entidades públicas para las cuales trabajó el peticionario, es posible concluir que se encuentran acreditados los siguientes períodos de servicio:

Desde

Hasta

Tiempo

Empleador

Cargo

Fondo de Pensiones

1

12-02-1964

16-09-1964

7 meses, 4 días

Departamento de Bolívar

Docente Escuela Rural Varones Sincé[61]

Fondo de Previsión Social de Bolívar en Liquidación

2

01-01-1975

31-12-1975

12 meses

Concejo Mpal Sincé

Secretario Concejo Municipal[62]

Caja de Previsión Social de Sincé

3

01-09-1990

30-08-1992

24 meses

Personería Mpal Sincé

Personero Auxiliar[63]

4

01-01-1998

31-12-2000

36 meses

Municipio de Sincé

Asesor de Discapacitados[64]

5

13-03-2001

14-12-2001

9 meses, 1 día

Municipio de Corozal

Docente Instituto de Niños Especiales[65]

6

8-10-2002

11-05-2005

31 meses, 3 días

Municipio de Corozal

Docente Escalafón grado 6º Abogado con conocimiento en Tiflología[66]

7

28-04-2005

13-02-2006

9 meses

Departamento de Sucre

Nombramiento en período de prueba como Docente en preescolar, primaria y

secundaria[67].

Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

8

14-02-2006

30-01-2012

71 meses, 16 días

Departamento de Sucre

Nombramiento en propiedad como docente tiflólogo en Institución Educativa Francisco José de Caldas (Corozal) [68]

Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.[69]

Es razonable presumir que esta marginación del mercado laboral tiene relación directa con la radical transformación que tuvo lugar durante este período en la vida de don Luis Eduardo Gamarra Arrieta, quien para entonces debió afrontar la dramática experiencia de perder totalmente la visión y aprender de nuevo a valerse por sí mismo en esta condición; adicionalmente, tratar de abrirse un espacio y obtener un bien escaso, como es el empleo en nuestra sociedad, en un entorno que suele dejar a la vera del camino a las personas que presentan alguna limitación.

Con todo, la historia laboral del accionante constituye un ejemplo exitoso de superación de las barreras que representa la pérdida de visión para una persona que había nacido y vivido 33 años de su vida empleando el sentido de la vista para relacionarse con el mundo. Tras asumir su nueva condición, el señor Gamarra Arrieta logró cursar una carrera profesional y reconducir su vocación docente a la enseñanza de niños con limitaciones visuales, lo que le permitió participar en un concurso de méritos y, a la postre, obtener su nombramiento en propiedad como Docente Tiflólogo. Fue precisamente en esta segunda etapa de su vida cuando logró insertarse de manera más continua y productiva en el mundo laboral. Sin embargo, el tiempo en que el accionante estuvo cesante y, en consecuencia, dejó de hacer

aportes al sistema de pensiones, es precisamente el que hoy le hace falta para obtener una pensión que le asegure un retiro en condiciones dignas.

La prohibición de discriminación por discapacidad impone en este caso efectuar los ajustes a que haya lugar para evitar que el accionante se vea privado del derecho a obtener una pensión que le asegure un retiro en condiciones dignas, precisamente debido a una circunstancia que guarda relación directa con la pérdida de su visión. Desconocer esta situación al momento de valorar la respuesta que debe darse al reclamo del peticionario, quien se aferra a su derecho a obtener una pensión que garantice su mínimo vital, en lugar de resignarse a tramitar una indemnización sustitutiva, supondría un buen ejemplo del concepto de discriminación por discapacidad al que antes se hizo alusión.

46. Por otra parte, el recuento de la historia laboral del peticionario también permite constatar dos situaciones relevantes para efectuar el cómputo definitivo del tiempo de cotizaciones que puede acreditar el señor Gamarra Arrieta:

En primer lugar, se constata que durante algunos períodos el señor Gamarra Arrieta desempeñó su labor docente bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios.[70] Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que de acuerdo con reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, “si el interesado vinculado bajo la forma de contrato de prestación de servicios, logra desvirtuar su existencia al demostrar la presencia de la subordinación o dependencia respecto del empleador, prestación personal del servicio y remuneración, tendrá derecho al pago de prestaciones sociales en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo. (art. 53 C.P.)”. En aplicación de este criterio, este Alto Tribunal ha reconocido que “la labor docente no es independiente sino que el servicio se presta en forma personal y de manera subordinada al cumplimiento de las disposiciones constitucionales, legales y los reglamentos propios del servicio público de la educación.”. En consecuencia, ha declarado la existencia de una relación laboral en el caso de docentes vinculados mediante contratos u órdenes de prestación de servicios y ordenado, a título de restablecimiento del derecho, pagar el equivalente a las prestaciones sociales que perciben los docentes oficiales de la respectiva entidad contratante y computar el tiempo laborado para efectos pensionales, tomando el valor de lo pactado en el contrato de prestación de servicios.[71] Asimismo, ha establecido que en tales casos el término de prescripción comienza a contarse a partir de la ejecutoria de la sentencia que declara la

existencia del contrato realidad.[72]

Con fundamento en lo anterior, el señor Gamarra Arrieta podrá incluso solicitar ante el juez natural el reconocimiento de la existencia de sendos contratos realidad en aquellos períodos en los que prestó sus servicios docentes para los municipios de Sincé y Corozal a través de Órdenes de Prestación de Servicios y para que, en consecuencia, se reconozca el cómputo del tiempo así laborado para efectos pensionales.

En segundo lugar, se aprecia que durante el período comprendido entre el 8 de noviembre de 2002 y el 11 de mayo de 2005, cuando estuvo vinculado a la planta docente del municipio de Corozal, la entidad empleadora no cumplió con la obligación de efectuar los respectivos aportes al sistema.[73] En efecto, de acuerdo con la certificación expedida por la Alcaldía de Corozal, el señor Gamarra Arrieta fue nombrado como Docente Escalafón grado 6º Abogado con conocimiento en Tiflogía “mediante Resolución No. 2184 de octubre 1º de 2002, posesionado el 8 de octubre de 2002 hasta el 11 de mayo de 2005”. Sin embargo, a renglón seguido consta que “revisadas las nóminas se verificó que no se le realizó descuento alguno por concepto de seguridad social en pensión”.[74]

Según lo ha establecido la jurisprudencia de esta Corporación, “los conflictos suscitados entre las empresas que no realizan los aportes de ley al sistema de seguridad social y las entidades encargadas de prestar ese servicio no tienen por qué afectar al trabajador que requiera la prestación de los mismos o que aspire al reconocimiento y pago de pensiones, toda vez que para lograr la cancelación de los aportes se cuenta con las acciones de ley”[75]. Asimismo, ha señalado que “es directamente el empleador quien tiene la obligación de cancelar los aportes a las entidades prestadoras de salud y administradoras de pensiones, e incluso responder completamente por este, aún en el evento en que no hubiere efectuado el descuento al trabajador”.[76] En consecuencia, en casos como el presente, en el que la entidad empleadora incumplió su obligación de efectuar los aportes al sistema de seguridad social, corresponderá al Fondo de Pensiones al que se encuentre afiliado el señor Gamarra Arrieta ejercitar las correspondientes acciones de ley para efectuar el cobro de los aportes correspondientes, sin que tal situación pueda afectar el derecho del actor a que el tiempo que estuvo vinculado a la planta docente del Municipio de Corozal le sea computado para efectos pensionales.

En todo caso, para efectos del cómputo de las semanas cotizadas por el accionante al sistema de pensiones, al tiempo efectivo de aportes que logre ser acreditado, deberá sumarse el correspondiente al reintegro previsto desde la desvinculación del accionante hasta su reintegro que se ordenará en sede de revisión.

47. No corresponde a esta Sala pronunciarse con carácter definitivo sobre los derechos pensionales del señor Gamarra Arrieta. La tarea del juez constitucional en este caso consiste en analizar cuáles podrían ser, prima facie, las vías para garantizar el derecho al mínimo vital del peticionario, a través de alguna de las prestaciones previstas en el sistema de seguridad social, y cuáles serían los “ajustes razonables” que correspondería efectuar para evitar que el accionante sea objeto en este caso de una discriminación en razón de su discapacidad. Todo ello sin perjuicio de que el fondo de pensiones al que se encuentre afiliado el peticionario o, en su caso, el juez ordinario, encuentre vías más óptimas para garantizar los derechos a la seguridad social y al mínimo vital del peticionario, una vez analizada la información completa sobre su historia laboral.

48. Para amparar el derecho al mínimo vital de las personas en edad de retiro, el sistema de seguridad social colombiano establece la pensión de vejez como prestación principal. La edad, el número de semanas de cotización exigidas y el monto de dicha pensión varían dependiendo del régimen que le sea aplicable.[77]

En la actualidad, las personas cobijadas por este sistema integral de seguridad social establecido en la Ley 100 de 1993 requieren cotizar 1250 semanas para acceder a la pensión de vejez, salvo que se encuentren en situación de discapacidad, caso en el cual pueden pensionarse con 1000 semanas de cotizaciones y 55 años de edad, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9º, párrafo 4º, de la Ley 797 de 2003[78]. Para quienes no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, la legislación colombiana establece algunas prestaciones de carácter residual: una es la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez (art. 37 ley 100 de 1993); o la pensión de retiro por vejez (art. 29 Dcto 3135 de 1968).[79]

49. Teniendo en cuenta que la información aportada en el expediente sólo ha permitido reconstruir de manera fragmentaria la historia laboral del accionante, no es posible establecer si, tras la modificación introducida por el Acto Legislativo 01 de 2005, el señor

Gamarra Arrieta se encuentra cobijado por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Tampoco es posible determinar si su vinculación al magisterio se produjo antes o después de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 y, en consecuencia, si su reclamación pensional debe regirse por lo previsto en la Ley 91 de 1989 o por las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003. Por tal razón, corresponderá al Fondo de Pensiones al que se encuentre afiliado el accionante o, en caso de controversia, a la justicia ordinaria, determinar cuáles son los requisitos que debe satisfacer el señor Gamarra Arrieta para obtener la pensión de vejez o, en su defecto, la pensión de retiro por vejez y, según la Constitución y la ley, la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

50. En todo caso, si luego de reconstruir de manera completa su historia laboral y efectuar las reclamaciones a las que se hizo mención en el numeral 46 de esta providencia, se concluye que el peticionario no cumple con los requisitos para la pensión de vejez, antes de optar por alguna de las prestaciones residuales recién mencionadas, deberá indagarse si existe alguna otra prestación que ofrezca una mayor protección de sus derechos al mínimo vital, la seguridad social y demás derechos que se han visto afectados como consecuencia de su retiro del servicio. Tal obligación es consecuencia directa de la fuerza normativa de la Constitución, la cual exige que lo ordenado en sus preceptos se satisfaga, no de cualquier manera, sino en la mayor medida posible. En el presente caso, la garantía de los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital exige que las entidades encargadas de establecer los derechos pensionales del señor Gamarra Arrieta opten por reconocerle, dentro de las posibilidades ofrecidas por el sistema, no cualquier prestación sino la que ofrezca la garantía más completa de sus derechos fundamentales.

51. En este caso la Sala advierte que, al menos prima facie, existe una opción que hasta el momento el señor Gamarra Arrieta no ha considerado pero que, en las circunstancias actuales, podría proteger sus derechos, en caso de que no logre cumplir los requisitos para pensionarse por vejez o de que el tiempo de cotizaciones faltante supere el plazo razonable de tres años establecido por la Corte en la sentencia T-495 de 2011.[80]

Se trata de la pensión de invalidez, regulada en los artículos 38 a 45 de la Ley 100 de 1993.[81] El reconocimiento de dicha pensión requiere establecer que la persona ha perdido un 50% o más de su capacidad laboral, lo cual se determina través de un dictamen efectuado por las entidades previstas en la ley, conforme a los criterios establecidos en el

Decreto 917 de 1999. Además, es preciso tener un mínimo de semanas de cotización: (i) si la persona alcanzó a cotizar al menos el 75% de las semanas mínimas para acceder a la pensión de vejez, sólo se exige que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres años; (ii) para quienes no hayan alcanzado dicho porcentaje, se exige que hayan cotizado un mínimo de 50 semanas dentro de los últimos tres años anteriores al hecho causante (en caso de invalidez por accidente) o a la fecha de estructuración de la invalidez (en caso de que esta se origine por enfermedad).[82]

52. El artículo 3º del Decreto 917 de 1999 define la fecha de estructuración de la invalidez como aquella “en que se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva”. Según lo previsto en esta disposición, esta fecha puede ser anterior o coincidir con la fecha del dictamen que determina la pérdida de capacidad laboral.

Atendiendo a la concepción social de la discapacidad a la que se hizo alusión en el numeral 18 de la parte motiva de esta providencia, la Corte ha reiterado que la fecha en que se pierde la aptitud para trabajar es diferente a la fecha en que comenzó la enfermedad u ocurrió el accidente que causó ésta mengua. Sobre la base de esta distinción, la Corporación ha amparado los derechos de personas con enfermedades crónicas o degenerativas a quienes les había sido negada la pensión de invalidez porque en el dictamen correspondiente se estableció como fecha de estructuración aquella en la que comenzaron a aparecer los primeros síntomas de la enfermedad, en lugar de aquella en la que la persona perdió su capacidad laboral de forma permanente y definitiva. Con tal proceder, las entidades encargadas de determinar el estado de invalidez vulneraban los derechos al mínimo vital y a la seguridad social de estas personas por cuanto se generaba alguno de los siguientes resultados: (i) se establecía un porcentaje de pérdida de capacidad laboral inferior al 50% y, en todo caso, al que realmente tenía la persona cuando solicitaba la pensión; o bien, (ii) se desconocían las cotizaciones efectuadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez establecida en el dictamen.

Tal fue el criterio adoptado en la sentencia T-561 de 2010,[83] al decidir la tutela interpuesta por una persona que sufría una enfermedad mental de muy larga evolución, quien desde julio de 1983 había cotizado de manera ininterrumpida por más de 21 años, al cabo de los cuales solicitó la pensión de invalidez. En el dictamen se fijó como fecha de

estructuración el 17 de noviembre de 1983, razón por la cual le fue negada la pensión al no haber cumplido el requisito de cotización de 50 semanas en los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de su invalidez. En ese caso la Corte concluyó que, si bien la fecha establecida en el dictamen coincidió con un episodio clínicamente difícil para la accionante, no resultaba verosímil asumir que aquella hubiera sido la fecha en que la actora perdió definitivamente su capacidad laboral, dado que luego de este episodio continuó aportando por más de 21 años al sistema. Por tal razón, la Corte tomó como fecha de estructuración el momento en que la accionante solicitó el reconocimiento y pago de su pensión de invalidez.

Esta regla fue reiterada en la sentencia T-427 de 2012,[84] para amparar los derechos al mínimo vital y a la seguridad social de un joven que desde el momento del nacimiento padeció una enfermedad que afectaba en más de un 50% su capacidad laboral, pese a lo cual logró emplearse por cerca de 5 años como auxiliar de bodega en una empresa que finalmente lo despidió tras entrar en liquidación. Luego de tratar infructuosamente de buscar un nuevo trabajo por más de 10 años, el accionante solicitó el reconocimiento de una pensión de invalidez, la cual le fue negada por cuanto la fecha de estructuración de la misma coincidía con la de su nacimiento, lo que le hacía imposible cumplir con el requisito de haber efectuado cotizaciones previas. En ese caso la Corte ordenó el reconocimiento de la pensión de invalidez, sobre la base de asumir que la fecha en que aquella se estructuró coincidió con el momento en que el accionante realizó su último aporte al sistema de pensiones, pues fue a partir de ese momento, y no antes, cuando se produjo la pérdida definitiva de su capacidad laboral. Además de invocar el precedente establecido en la sentencia T-561 de 2010, en esta ocasión la Corte apeló a un concepto social de discapacidad, así como a la obligación de efectuar “ajustes razonables”, en la interpretación de las normas que establecen los requisitos para otorgar la pensión de invalidez a fin de evitar un resultado discriminatorio respecto de las personas que nacieron con la patología o la limitación que determina su condición de discapacidad.

53. La Sala encuentra que, en el evento de optar por el reconocimiento de una pensión de invalidez como vía para amparar los derechos a la seguridad social y al mínimo vital del señor Gamarra Arrieta, la fecha de estructuración de su invalidez no puede identificarse con el momento en que sufrió el desprendimiento de retina que originó la pérdida de su visión. Como quedó establecido, aunque tras este episodio el accionante tuvo un receso

laboral de varios años, durante los cuales se capacitó para afrontar su nueva condición, fue precisamente en esta segunda etapa de su vida cuando logró insertarse de manera más estable y productiva en el mundo laboral. En efecto, casi la totalidad de su tiempo de trabajo y de los aportes efectuados al sistema de pensiones los realizó a partir del año 1990 y, especialmente, a partir de 1998, cuando comenzó su labor como docente de niños con discapacidad, que sólo culminó con la decisión de la Gobernación de Sucre de hacer efectivo su retiro del servicio tras alcanzar la edad prevista en la ley.

La pérdida de la visión no representó para el señor Gamarra Arrieta un factor que limitara su capacidad laboral de forma permanente y definitiva, mientras pudo ejercer su labor como docente tiflólogo. Compartir con sus estudiantes el conocimiento y la experiencia adquiridos en el proceso de afrontar su limitación visual fue precisamente la singular contribución que realizó, en su condición de profesor de escuela primaria, al bienestar general y a la diversidad de su comunidad. En consecuencia, sólo cuando se ve obligado a abandonar su trabajo como docente, la limitación visual, sumada a su avanzada edad y a otros padecimientos, se convierte en una barrera de acceso para obtener un empleo que le asegure una fuente de ingresos para atender sus necesidades y seguir cotizando al sistema.

Por tanto, es a partir de este momento cuando se hace efectiva la pérdida permanente y definitiva de su capacidad laboral.

Entender lo contrario, esto es, que la pérdida de capacidad laboral del accionante se produjo desde el momento en que no pudo volver a ver, implicaría desconocer el valioso aporte que el señor Luis Eduardo Gamarra ha realizado a la sociedad desde su condición de maestro invidente. Ello supondría una clara negación del compromiso adquirido por Colombia al suscribir la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, en cuyo Preámbulo los Estados Partes reconocen “el valor de las contribuciones que realizan y pueden realizar las personas con discapacidad al bienestar general y a la diversidad de sus comunidades”. Entre estas contribuciones se destaca su participación en los procesos de inclusión de otras personas que comparten la situación de discapacidad, a través de la transmisión del conocimiento y la experiencia acumulada en su proceso de vivir su humanidad desde una condición funcionalmente diversa y de aprender a afrontar y sortear las barreras de acceso impuestas por la sociedad.

En consecuencia, si luego de reconstruir de manera completa su historia laboral y de

efectuar las reclamaciones judiciales a las que se hizo mención en el numeral 46 de esta providencia, se llegare a concluir que el señor Gamarra Arrieta no cuenta aún con los requisitos para acceder a la pensión de vejez y, como consecuencia de ello, se establece que la mejor forma de garantizar sus derechos es a través del reconocimiento de una pensión de invalidez, la entidad encargada de determinar la fecha en que se estructuró la pérdida definitiva de su capacidad laboral, deberá tener en cuenta que ésta no se produjo cuando el accionante perdió la vista y que tal determinación debe resultar coherente con la concepción social de la discapacidad, conforme a la cual ésta no depende sólo de la condición médica de la persona, sino de las barreras físicas y sociales que el entorno le impone por razón de su condición especial, y que le impiden integrarse adecuadamente y llevar a cabo su proyecto de vida; también es coherente con los criterios para determinar la pérdida de capacidad laboral establecidos en la legislación vigente, según los cuales ésta no se configura sólo con la deficiencia o perturbación orgánica, sino que es preciso que ella se traduzca en discapacidad.[85]

54. Por todo lo anterior, la Sala concluye que, a fin de evitar que el retiro del servicio consolide una situación de discriminación por discapacidad en contra del accionante, es preciso efectuar un ajuste razonable en la aplicación tanto del artículo 31 del Decreto 2277 de 1979, como de la doctrina constitucional que ha establecido los parámetros para aplicar dicha norma en casos de personas que han llegado a la edad de retiro sin cumplir aun los requisitos para acceder a la pensión de jubilación. El ajuste razonable que se adoptará en este caso consistirá en ordenar el reintegro del señor Gamarra Arrieta al cargo que venía desempeñando hasta tanto le sea reconocida e inicie el disfrute de la pensión de vejez o, en el evento de constatar que, luego de efectuar las reclamaciones contempladas en el numeral 46 de esta providencia, no alcanza a reunir el número de semanas suficientes, se le conceda la prestación económica que resulte más beneficiosa para el peticionario, entre aquellas previstas en el régimen que regula sus derechos pensionales. En caso de concluir que la modalidad de pensión que permite garantizar de manera más efectiva su mínimo vital es la pensión de invalidez, la entidad encargada de realizar el dictamen y establecer la fecha de estructuración de la invalidez, deberá tener en cuenta que esta última se estructura en su caso, desde la fecha en que no pueda continuar ejerciendo por más tiempo su labor docente.

Esta solución no representa una carga desproporcionada o indebida, ya que durante este

tiempo el peticionario estaría realizando aportes al sistema, y a la vez realizando una importante labor como docente de apoyo en la enseñanza de los niños con limitación visual de la institución educativa a la que se encontraba vinculado. Comparada con otras alternativas de ajuste, como serían descontar del tiempo de cotizaciones exigido para obtener la pensión de vejez el tiempo que el accionante tardó para incorporarse de nuevo a la actividad laboral tras perder su visión, la solución que se propone logra un mejor equilibrio entre la garantía de los derechos del accionante y las cargas impuestas al sistema de seguridad social.

55. Adicionalmente, para dar cumplimiento a lo ordenado en el artículo 24, numeral 4º, de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, deberá garantizarse que, para el momento en que se produzca su retiro del servicio, el cargo que ocupaba será remplazado por otra persona con igual o superior nivel de formación al del profesor Gamarra Arrieta y, en lo posible, también comparta su situación de discapacidad, atendiendo a las consideraciones efectuadas en esta providencia.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia de la Sala Segunda Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior de Sincelejo, que a su vez revocó parcialmente el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Laboral Adjunto al Juzgado Promiscuo del Circuito de Sincé. En consecuencia, tutelar los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la seguridad social y a la especial protección de las personas de la tercera edad y discapacitadas del señor LUIS EDUARDO GAMARRA ARRIETA, vulnerados por la decisión de la Gobernación de Sucre de ordenar su retiro del servicio.

Segundo.- REVOCAR la orden impartida en el numeral segundo de la sentencia que resolvió la presente acción de tutela en segunda instancia para, en su lugar, adoptar las órdenes que se indican a continuación.

Tercero.- ORDENAR a la Gobernación de Sucre – Secretaría de Educación que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la presente providencia, reintegre al señor LUIS EDUARDO GAMARRA ARRIETA al cargo que venía desempeñando en la Institución Educativa Francisco José de Caldas del municipio de Corozal (Sucre) o a otro igual o de similar categoría al que ocupaba, teniendo en cuenta sus competencias, debiéndole cancelar todos los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde su desvinculación hasta su efectivo reintegro laboral. Esta orden de reintegro se mantendrá hasta tanto le sea reconocida y comience a disfrutar la pensión de vejez o, en su defecto, la prestación económica a que tenga derecho y que resulte más beneficiosa para el peticionario, entre aquellas previstas en el régimen que regula sus derechos pensionales.

Cuarto.- Con tal fin, se ORDENA a la Gobernación de Sucre –Secretaría de Educación que, en colaboración con el accionante, realice las gestiones conducentes a:

1. Recaudar la información necesaria para organizar la historia laboral del señor Luis Eduardo Gamarra Arrieta, con el fin de determinar: tiempo de servicios, entidades a las que ha estado vinculado, modalidad de vinculación, número de semanas cotizadas al sistema de seguridad social en pensiones y fondos en los que se han depositado tales cotizaciones.
2. Una vez efectuados los trámites anteriores, se deberá iniciar ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio o, en su defecto, ante el Fondo de Pensiones al que se encuentre afiliado el señor Luis Eduardo Gamarra Arrieta, el proceso administrativo conducente a obtener el reconocimiento de la pensión de vejez. Para efectos de determinar si el actor cumple o no los requisitos para la pensión de vejez deberá tenerse en cuenta el tiempo que prestó sus servicios como contratista, el que el empleador no cotizó y todo el transcurrido entre su desvinculación y la orden de reintegro.
3. Si para la fecha en que se resuelva la petición, el demandante no ha logrado completar el número de semanas requeridas para acceder a la pensión de vejez, se deberá tramitar ante el respectivo Fondo de Pensiones el reconocimiento de la pensión de invalidez y de las demás prestaciones económicas, subsidiarias de la pensión de vejez, a las que tenga derecho el peticionario, entre aquellas previstas en el régimen que regula sus derechos pensionales.

Quinto.- En el evento en que haya lugar a tramitar el reconocimiento de la pensión de invalidez, la entidad encargada de determinar la fecha de estructuración de dicho estado deberá rendir su dictamen teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en el numeral 53 de la parte motiva de esta providencia.

Sexto.- Con el fin de evitar que el retiro del servicio del profesor Luis Eduardo Gamarra Arrieta pueda llegar a afectar el derecho a la educación inclusiva de los estudiantes de la institución educativa para la que ha prestado sus servicios, y a fin de dar cumplimiento a lo ordenado en el artículo 24, numeral 4º, de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, la Gobernación de Sucre deberá garantizar que, para el momento en que se produzca su retiro del servicio, el cargo que ocupe sea remplazado por otra persona con igual o superior nivel de formación al del profesor Gamarra Arrieta y, en lo posible, también comparta su situación de discapacidad, atendiendo a las consideraciones efectuadas en esta providencia.

Séptimo.- REMITIR por conducto de la Secretaría General de esta Corporación copia de esta providencia a la Defensoría del Pueblo Regional de Sucre, con el fin de que haga seguimiento al cumplimiento de este fallo y brinde asistencia legal y jurídica al señor Luis Eduardo Gamarra Arrieta, a propósito de los trámites que debe seguir para obtener el pago definitivo de las prestaciones que reclama.

Octavo.- Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

Ausente por incapacidad médica

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] El expediente de la referencia fue escogido para revisión por Auto del treinta (30) de enero de dos mil trece (2013), proferido por la Sala de Selección Número Uno.

[2] El certificado de nacimiento del peticionario obra a folio 21 del cuaderno 1.

[3] En el folio 22 del cuaderno 1 obra constancia suscrita el 11 de julio de 2012 por el médico Jhon Vásquez, quien certifica que el paciente Luis Eduardo Gamarra Arrieta presenta ceguera bilateral total secundaria a consecuencia del desprendimiento de retina en ambos ojos. Señala además que la discapacidad visual del paciente data de hace 34 años.

[4] En el folio 26 del cuaderno 1 consta la certificación expedida el 22 de julio de 2005 por la Rectora de la Institución Educativa Francisco José de Caldas, en la que afirma que el señor Luis Eduardo Gamarra Arrieta presta sus servicios como docente en dicha institución, de manera ininterrumpida, desde el 13 de marzo de 2001. Por otra parte, a folio 10 de cuaderno 2, obra constancia de la Alcaldía de Corozal, expedida el 5 de octubre de 2012, en la que certifican que el señor Gamarra Arrieta prestó sus servicios al municipio en el cargo de Docente Grado 6º en el Escalafón Nacional Docente en el Instituto de Niños Especiales, mediante 9 órdenes de prestación de servicios que cubrieron el período comprendido entre el 13 de marzo y el 14 de diciembre de 2001.

[5] En el folio 14 del cuaderno 2 consta certificación expedida el 5 de octubre de 2012 por la Alcaldía de Corozal, donde se acredita que el señor Gamarra Arrieta prestó sus servicios al Municipio en el cargo de Docente Escalafón Grado 6º, como Abogado con conocimiento en Tiflogía en la Unidad de Atención Integral Especial de Corozal, nombrado mediante Resolución No. 2184 de octubre 1º de 2002, posesionado el 8 de octubre de 2002 hasta el 11 de mayo de 2005.

[6] En el folio 19 del cuaderno 1 obra copia del Decreto 801 del 6 de febrero de 2006, por el

cual se nombra en propiedad al señor Luis Eduardo Gamarra Arrieta, como Docente Tiflólogo en la Institución Educativa Francisco José de Caldas del municipio de Corozal. A folio 20 del mismo cuaderno obra el acta de posesión, fechada el 14 de febrero de 2006.

[7] A folio 7 del cuaderno 1 obra original del Decreto 0073 de enero 30 de 2012, por el cual el Gobernador del Departamento de Sucre retira del servicio al señor Gamarra Arrieta por haber cumplido la edad de retiro forzoso.

[8] A folios 10 a 13 del cuaderno 1 obra el escrito en el que el peticionario sustenta los recursos de reposición y apelación interpuestos contra el Decreto 0073 de 30 de enero de 2012. A folios 8 y 9 del cuaderno principal consta la Resolución N° 2574 de 2012, por la cual se resuelve desfavorablemente el recurso de reposición, argumentando que la decisión de retiro del servicio se fundamenta en el artículo 31 del Decreto 2277 de 1979, que establece esta obligación para el educador que alcance los 65 años de edad. En la misma Resolución se niega el recurso de apelación, por cuanto frente a los actos del Gobernador no procede dicho recurso.

[9] Las constancias del tiempo de servicio, expedidas por distintas entidades a las que el demandante ha estado vinculado, obran a folios 6, 19, 20, 25, 26 y 41 del cuaderno 1; a folios 10 a 16 del cuaderno 2 y a folio 9 del cuaderno 3.

[10] Así consta en las declaraciones extrajuicio rendidas por los señores Gabriel Enrique Acosta Hernández y Amanda Josefina Arrieta Ramírez, obrantes a folios 28 y 29 del cuaderno 1, donde ambos testigos declaran que el señor Gamarra Arrieta vive con dos hermanos y una sobrina menor de edad, quienes dependen total y económicamente del primero.

[11] En el folio 27 del cuaderno 1 obra constancia suscrita el 01 de agosto de 2012 por la Registradora de Instrumentos Públicos de Sincé (Sucre), donde certifica que el señor Luis Eduardo Gamarra Arrieta no figura como propietario de bienes inmuebles. En el folio 30 del mismo cuaderno obra declaración juramentada de los ingresos recibidos en 2011 por el peticionario, que alcanzan un total de 14.400.000. En este documento el señor Gamarra Arrieta declara como personas a cargo a sus hermanos Humberto José y Nancy del Carmen Gamarra Arrieta, y a su sobrina Yulieth Paola Castro Sierra.

[12] A folios 23 y 24 del cuaderno 1 obran fotocopias de la historia clínica del señor Gamarra Arrieta, donde se confirma que padece de diabetes mellitus tipo 2 compensada, hipertensión arterial grado 2, riesgo b con control subóptimo y dolor precordial.

[13] El Decreto 2277 de 1979, “por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente”, dispone en su artículo 31 que “(e)l 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”.

[14] La Ley 361 de 1997, “por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones”, señala en su artículo 26 que ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo. Quienes, sin mediar dicha autorización, sean despedidos por razón de su limitación, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.

[15] Se trata del concepto No. 12655 del 18 de noviembre de 1996.

[16] Ambas comunicaciones obran a folios 9 a 12 del cuaderno 3.

[17] La respuesta del peticionario obra a folios 30 y 31 del cuaderno 3.

[18] Sentencia T-688 de 2008 (MP. Jaime Córdoba Triviño), en la que se concedió la tutela interpuesta por una persona que reclamaba el reconocimiento de una pensión de invalidez, con fundamento en las previsiones del artículo 39 de la Ley 100 de 1993. En este fallo se reitera el criterio de valoración del perjuicio irremediable empleado en la sentencia T-456 de 2004 (MP. Jaime Araujo Rentería) para reconocer el derecho a la pensión de sobrevivientes a favor de una hija del causante con discapacidad mental. En el mismo sentido, las sentencias T-043 de 2007 (MP. Jaime Córdoba Triviño) y T-247 de 2012 (MP. María Victoria Calle) han empleado esta regla de valoración del perjuicio irremediable para admitir la procedencia de la tutela en el caso de personas en situación de discapacidad que solicitaban el reconocimiento de pensión de invalidez.

[19] Tal ha sido el caso en las sentencias T-012 de 2009 (MP. Rodrigo Escobar Gil), T-685 de 2009 (MP. Jorge Iván Palacio), T-007 de 2010 (MP. Jorge Ignacio Pretelt), T-487 de 2010 (MP. Juan Carlos Henao), T-496 de 2010 (MP. Jorge Ignacio Pretelt, SV. Humberto Sierra Porto), T-495 de 2011 (MP. Juan Carlos Henao. AV. Gabriel Eduardo Mendoza), T-154 de 2012 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva), en las cuales se ordenó el reintegro de los demandantes hasta que la entidad competente se pronunciara de fondo sobre las solicitudes de pensión de vejez (o de la indemnización sustitutiva) y aquellos fueran incluidos en la correspondiente nómina de pensionados. Un elemento común a estos casos es que los demandantes cumplían con los requisitos para acceder a la pensión (o indemnización sustitutiva), pero ésta no había sido aún reconocida debido a negligencia de la entidad demandada o a la falta de respuesta del Fondo de Pensiones. Por su parte, en las sentencias T-1208 de 2004 (MP. Jaime Córdoba Triviño) y T-067 de 2013 (MP. Jorge Ignacio Pretelt) no se ordenó el reintegro de los accionantes, pero si el reconocimiento inmediato de su pensión de vejez y de la pensión de retiro por vejez, respectivamente.

[20] En la sentencia T-174 de 2012 (MP. María Victoria Calle Correa), el amparo se concedió como mecanismo transitorio, ordenando el reintegro de la peticionaria, pero otorgándole un término de cuatro meses para interponer las acciones judiciales correspondientes para obtener el reconocimiento de su pensión de vejez, por existir discrepancias en torno al cumplimiento de los requisitos para acceder a dicha pensión, las cuales debían ser resueltas ante la jurisdicción ordinaria.

[21] Tales circunstancias se acreditan con las declaraciones extraproceso que obran a folios 28 a 30 del cuaderno 1.

[22] La Corte hizo un recuento exhaustivo de los instrumentos internacionales de protección de las personas con discapacidad en el Auto A-006 de 2009 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa), donde analiza la problemática especial que afrontan las víctimas de desplazamiento forzado que además padecen alguna discapacidad.

[23] El Convenio 159 de la OIT fue incorporado al derecho interno mediante Ley 82 de 1988.

[24] Aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su cuadragésimo octavo periodo de sesiones, mediante Resolución 48/96, de 20 de diciembre de 1993.

(Publicada en el documento A/RES/48/96, de 4/3/94).

[25] El tratado y su correspondiente ley aprobatoria fueron declarados exequibles en sentencia C-401 de 2003 (MP. Álvaro Tafur Galvis).

[26] Declarados exequibles en sentencia C-293 de 2010 (MP. Nilson Pinilla Pinilla).

[27] La Corte examinó la constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria en sentencia C-765 de 2012 (MP. Nilson Pinilla Pinilla, AV. María Victoria Calle Correa).

[28] Sentencia T-1258 de 2008 (MP. Mauricio González Cuervo), donde se ordena adaptar la infraestructura de las dependencias de la Rama Judicial para facilitar la accesibilidad, en igualdad de condiciones, a las personas de talla baja.

[29] Sentencia T-427 de 2012 (MP. María Victoria Calle Correa).

[30] El artículo 13 de la Ley 1618 de 2013 establece una serie de obligaciones, estímulos y medidas de acción afirmativa para favorecer la inclusión laboral de las personas con discapacidad.

[31] En sentencia C-531 de 2000 (MP. Álvaro Tafur Galvis) la Corte declaró la exequibilidad condicionada de esta norma, en el entendido que “carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato”. Por su parte, en la sentencia T-263 de 2012 (MP. Jorge Iván Palacio), donde se tutela el derecho a la estabilidad laboral reforzada de dos personas despedidas en razón de su limitación, se sintetiza la línea jurisprudencial desarrollada por esta Corporación en torno a este derecho.

[32] Esta obligación se reitera en la Observación General No 5 del Comité de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales relativa a los derechos de las personas con discapacidad, adoptada en 1994.

[33] De especial relevancia resultan los artículos 24 (educación) y 26 (habilitación y rehabilitación) de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad; los artículos 3 (rehabilitación) y 6 (educación) de las Normas Uniformes sobre Igualdad de

Oportunidades para las Personas con Discapacidad; los artículos 23, 28 y 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño (Ley 12 de 1991); la Observación General No 5 del Comité de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales relativa a los derechos de las personas con discapacidad, adoptada en 1994 y la Observación General No 9 del Comité de los Derechos del Niño, adoptada en 2006.

[34] En la sentencia T-051 de 2011 (MP. Jorge Iván Palacio), la Corte examina el significado del concepto de “educación inclusiva”, por oposición a los modelos de “educación segregada” (oferta educativa exclusiva para personas con discapacidad, en instituciones separadas del sistema educativo ordinario) y “educación integrada” (las personas con discapacidad comparten algunos espacios con los demás estudiantes, en las horas de descanso o en actividades culturales y recreativas conjuntas, pero su formación se lleva a cabo en aulas separadas).

[35] Sin embargo señala que, allí donde sea necesario mantener un sistema de educación especial, “(l)a calidad de esa educación debe guiarse por las mismas normas y aspiraciones que las aplicables a la enseñanza general y vincularse estrechamente con ésta”, para lo cual, “como mínimo, se debe asignar a los estudiantes con discapacidad el mismo porcentaje de recursos para la instrucción que el que se asigna a los estudiantes sin discapacidad”.

[36] Con todo, la Observación General No 9 del Comité de los Derechos del Niño, adoptada en 2006, llama la atención sobre las distintas maneras de entender y poner en práctica la educación inclusiva, señalando que esta “puede ir desde la colocación a tiempo completo de todos los alumnos con discapacidad en un aula general o la colocación en una clase general con diversos grados de inclusión, en particular una determinada parte de educación especial”. En todo caso advierte que “la inclusión no debe entenderse y practicarse simplemente como la integración de los niños con discapacidad en el sistema general independientemente de sus problemas y necesidades”, sino que requiere de importantes transformaciones en los programas de formación para maestros y una estrecha cooperación entre los educadores especiales y los de enseñanza general.

[37] El Decreto 2082 de 1996 (por el cual se reglamenta la atención educativa para personas con limitaciones o con capacidades o talentos excepcionales), establece una serie

de provisiones encaminadas a lograr que las instituciones educativas adecúen su proyecto educativo institucional, de modo tal que esté en condiciones de incluir a la población con limitaciones físicas y mentales.

[38] Así lo estableció en la sentencia T-429 de 1992 (MP. Ciro Angarita Barón, AV. José Gregorio Hernández Galindo) donde se tuteló el derecho de una menor a quien se condicionaba la admisión y permanencia en una institución educativa a que sus padres presentaran pruebas médicas que indicaran que no requería educación especial. En esta ocasión la Corte señaló que “no es razonable en modo alguno que una institución educativa exija a los progenitores de una niña que demuestren su normalidad como condición previa para garantizarle el acceso y permanencia en la institución. Tampoco lo es que algunos profesores entiendan que su labor se reduzca en buena medida a recetarle una terapia de tan discutibles virtudes como es la de la educación especial, creyendo con ello ingenuamente haber resuelto el problema de manera definitiva. Cuando es lo cierto que su responsabilidad con la sociedad consiste en preparar a sus miembros para vivir con dignidad en el universo de la normalidad a que ellos tienen claro derecho.

[39] En la sentencia T-443 de 2004 (MP. Clara Inés Vargas Hernández), donde se tuteló el derecho a la educación de un menor autista que, de acuerdo a la evaluación practicada, debía ser atendido en una institución especial, pero a quien la Secretaría de Educación de Bogotá negó su derecho a la educación pretextando que la atención del menor debía ser asumida por el sistema de salud. La sentencia T-170 de 2007 (MP. Jaime Córdoba Triviño) resuelve un caso similar, ordenando tutelar el derecho a la educación de un menor con Síndrome de Down a quien le había sido negado el acceso a instituciones especializadas pretextando la falta de cupos.

[40] Sentencia T-620 de 1999 (MP. Alejandro Martínez Caballero).

[41] Sentencia T-513 de 1999 (MP. Martha Victoria Sáchica).

[42] Sentencia T-150 de 2002 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa).

[43] Sentencia T-051 de 2011 (MP. Jorge Iván Palacio). En esta sentencia se examinan las limitaciones de la normatividad actual, en particular del Decreto 366 de 2009, para atender las necesidades educativas de la población sordomuda, concluyendo que la aplicación del

artículo 9º, numeral 3º, de este decreto se traducía, en el caso concreto, en una vulneración del derecho del joven accionante y de otros 104 estudiantes con limitaciones auditivas matriculados en distintas instituciones de la ciudad de Montería. En consecuencia, ordenó a la Secretaría de Educación municipal hacer uso de la excepción de inconstitucionalidad para inaplicar la mencionada norma y, en su lugar, adoptar las medidas conducentes a garantizar a los estudiantes sordos del municipio la inclusión en el sistema educativo en condiciones de equidad, previendo la cofinanciación de sus familias cuando ello no ponga en riesgo su mínimo vital. Asimismo, exhortó al Ministerio de Educación a adoptar correctivos para asegurar que la educación inclusiva para estudiantes con discapacidad sea una realidad.

[45] MP. Manuel José Cepeda. En aquella ocasión, la Corte identificó las siguientes barreras impuestas por las propias instituciones educativas:

“a) Los centros educativos no son accesibles a las personas con deficiencias en la movilidad, por presencia de escaleras, espacios pequeños para el desplazamiento de ayudas técnicas, falta de adaptaciones en baños o espacios comunes como bibliotecas o patios.

b) Hay escasos apoyos como intérpretes, guías intérpretes, modelos lingüísticos, textos en Braille, que permitan facilitar el proceso educativo de personas con una deficiencia sensorial.

c) Los maestros no están preparados para manejar a menores en situación de desplazamiento y discapacidad, especialmente aquellos con una deficiencia mental o intelectual.

d) Los maestros, en parte por desconocimiento, no implementan currículos flexibles, modelos y didácticas educativas o metodologías apropiadas a los ritmos de aprendizaje.

e) No se hace una evaluación psicopedagógica para determinar el nivel de desarrollo del niño y sus posibilidades de aprendizaje.

f) No hay un acompañamiento psicosocial que permita dar respuesta a la vulnerabilidad en la que se encuentran los niños, niñas, y adolescentes desplazados con discapacidad para

integrarse al sistema educativo.

e) Muchas de las escuelas impiden la asistencia de un cuidador que facilite la integración del menor con discapacidad. Tampoco contemplan maestros de apoyo para facilitar la labor en el aula y promover la integración e inclusión de personas con discapacidad.

f) Los currículum escolares no están adaptados para el desarrollo de competencias intelectuales, personales e interpersonales que promuevan procesos de socialización o desarrollo de competencias para la vida, teniendo en cuenta las capacidades personales.

g) Los menores en situación de desplazamiento y discapacidad son objeto de burlas y maltratos frecuentes por parte de estudiantes y del personal docente. Los centros educativos no promueven espacios de sensibilización a la comunidad educativa frente al desplazamiento y la discapacidad y el respeto por la diferencia”.

[46] El estudio, publicado en 2008, se titula Incidencia de las representaciones sociales en el acceso de la población con limitación visual a la educación básica primaria y fue elaborado por las investigadoras Olga Lucía León y Dora Inés Calderón. Puede consultarse en:

<http://www.inci.gov.co/observatorio-social/analisis-situacional/educativo/file/14-incidencia-de-las-representaciones-sociales-en-el-acceso-de-la-poblacion-con-limitacion-visual-a-la-educacion-basica-primaria>

[47] Ambas razones son expuestas en la sentencia C-563 de 1997 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz), donde se declara exequible la norma que establece en 65 años la edad de retiro forzoso para los educadores (art. 31 del Decreto 2227 de 1979). En ella que se reitera el precedente fijado en la sentencia C-351 de 1995 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa) para declarar la constitucionalidad de la norma que fija la misma edad de retiro forzoso para los empleados públicos (art. 31 del Decreto 2400 de 1968).

[48] Tal ha sido la decisión adoptada, entre otras, en las sentencias T-012 de 2009 (MP. Rodrigo Escobar Gil), T-685 de 2009 (MP. Jorge Iván Palacio), T-007 de 2010 (MP. Jorge Ignacio Pretelt), T-487 de 2010 (MP. Juan Carlos Henao) y T-154 de 2012 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva).

[49] Es el caso de la sentencia T-495 de 2011 (MP. Juan Carlos Henao. AV. Gabriel Eduardo Mendoza), donde se resuelve el caso de un trabajador desvinculado del cargo por haber alcanzado la edad de retiro forzoso, y a quien le faltaban sólo dos meses y medio para cumplir con el tiempo de cotizaciones requerido para acceder a la pensión de vejez.

[50] Este criterio interpretativo fue fijado en la sentencia T-495 de 2011 (MP. Juan Carlos Henao. AV. Gabriel Eduardo Mendoza). Cabe señalar que en una decisión anterior, adoptada en la sentencia T-496 de 2010 (MP. Jorge Ignacio Pretelt, SV. Humberto Sierra Porto), la Corte resolvió la tutela interpuesta por una persona a quien le faltaban menos de dos (2) años de servicios para que se le reconociera su derecho a la pensión de vejez. En aquella ocasión la Corte estableció que la peticionaria tenía derecho a ser reintegrada y a que la entidad accionada no la desvinculara hasta que manifestara si seguiría cotizando al sistema hasta cumplir con el número de semanas exigidas para obtener el reconocimiento de la pensión de vejez, caso en el cual la entidad no estaría obligada a mantenerla en el cargo, o si optaría por solicitar el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, evento en el cual la entidad sólo podría desvincularla hasta que la administradora de fondos de pensiones le reconociera y pagara dicha prestación, con el fin de asegurar la protección de su mínimo vital. Sin embargo, el magistrado Humberto Antonio Sierra Porto salvó su voto por considerar que “no darle la orden a la entidad demandada de mantener a la accionante en el cargo que venía desempeñando, en caso de escoger la primera opción que se le da en la parte resolutive de la sentencia, es tanto como negarle la oportunidad de acceder a la pensión de vejez, pues difícilmente será contratada por otra entidad para poder continuar cotizando los dos años que le faltan para adquirir el derecho pensional”.

[51] Sentencia T-174 de 2012 (MP. María Victoria Calle).

[52] Prevista en el artículo 29 del Decreto 3135 de 1968 como una prestación sucedánea para aquellos empleados públicos o trabajadores oficiales que alcancen la edad de retiro forzoso sin cumplir los requisitos para obtener la pensión de vejez.

[53] Tal fue la decisión adoptada en las sentencias SU-189 de 2012 (MP. Gabriel Eduardo Mendoza, SV. Juan Carlos Henao, María Victoria Calle y Luis Ernesto Vargas), respecto de un docente de 74 años de edad, quien no obstante haber prestado servicios por más de 1200

semanas, no había alcanzado a cotizar el número de semanas requerido, pues buena parte de su labor docente la había cumplido como miembro de una comunidad religiosa, razón por la cual no se efectuaron las respectivas cotizaciones. Por su parte, en la sentencia T-067 de 2013 (MP. Jorge Ignacio Pretelt), la Corte ordenó el reconocimiento de la pensión de retiro por vejez a una persona de 100 años de edad, quien desde sus 79 años, cuando fue retirado del servicio, había solicitado en vano el reconocimiento de dicha pensión.

[54] MP. Juan Carlos Henao. AV. Gabriel Eduardo Mendoza.

[55] El artículo 9º del Decreto Ley 019 de 2012, “Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública”, prescribe que: “Cuando se esté adelantando un trámite ante la administración, se prohíbe exigir actos administrativos, constancias, certificaciones o documentos que ya reposen en la entidad ante la cual se está tramitando la respectiva actuación”. El párrafo del mismo artículo dispone que “a partir del 1 de enero de 2013, las entidades públicas contarán con los mecanismos para que cuando se esté adelantando una actuación ante la administración y los documentos reposen en otra entidad pública, el solicitante pueda indicar la entidad en la cual reposan para que ella los requiera de manera directa, sin perjuicio que la persona los pueda aportar. Por lo tanto, no se podrán exigir para efectos de trámites y procedimientos el suministro de información que repose en los archivos de otra entidad pública.”

[56] Sobre el fundamento de tal obligación, véase el numeral 19 de la parte resolutive de esta providencia.

[57] En decisiones anteriores, sentencias T-1208 de 2004 (MP. Jaime Córdoba Triviño) y T-154 de 2012 (MP. Luis Ernesto Vargas), la Corte ha amparado los derechos de personas discapacitadas que son retiradas de sus cargos por llegar a la edad de retiro forzoso. Sin embargo, en ambos casos se trataba de personas que ya habían cumplido los requisitos para alcanzar la pensión de vejez.

[58] El artículo 9 del Decreto Ley 019 de 2012 establece: “PROHIBICIÓN DE EXIGIR DOCUMENTOS QUE REPOSAN EN LA ENTIDAD: Cuando se esté adelantando un trámite ante la administración, se prohíbe exigir actos administrativos, constancias, certificaciones o documentos que ya reposen en la entidad ante la cual se está tramitando la respectiva

actuación.

Parágrafo

A partir del 1 de enero de 2013, las entidades públicas contarán con los mecanismos para que cuando se esté adelantando una actuación ante la administración y los documentos reposen en otra entidad pública, el solicitante pueda indicar la entidad en la cual reposan para que ella los requiera de manera directa, sin perjuicio que la persona los pueda aportar. Por lo tanto, no se podrán exigir para efectos de trámites y procedimientos el suministro de información que repose en los archivos de otra entidad pública”.

[59] Instituto Nacional para Ciegos. Documento Abordaje Territorial para el Departamento de Sucre. Estadísticas y situación de la población con limitación visual en el Departamento de Sucre, 2012, elaborado por Hermes A. Cely. Disponible en: <http://www.inci.gov.co/component/phocadownload/category/35-informacion-territorial>

[60] “Inclusión: más que abrir una puerta”, El Meridiano de Sucre, 31 de marzo de 2013. Disponible en: <http://www.elmeridianodesucre.com.co/vida-actual/item/16321-inclusion-mas-que-abrir-una-puerta>

[61] Este tiempo de servicios se prueba con los certificados expedidos por el Fondo Territorial de Pensiones de Bolívar y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, obrantes a folios 11 y 16, respectivamente, del cuaderno 2. En este caso se observa una discrepancia entre la información certificada por estas entidades y la afirmación del peticionario, quien asegura haber trabajado para el Departamento de Bolívar entre el 12-02-1964 al 31-01-1966 (según consta a folios 34 y 37 del cuaderno 3).

[62] Certificado expedido por la Alcaldía de Sincé, obrante a folio 12 del cuaderno 2.

[63] Certificado de la Alcaldía de Sincé, obrante a folio 13 del cuaderno 2.

[64] Certificado Alcaldía Sincé (folio 15, cuaderno 2), en el que se afirma que la vinculación se hizo a través de Órdenes de Prestación de Servicios (OPS), pero se omite toda información sobre cotización a pensiones. Sin embargo, durante todo el tiempo en que se desempeñó por contrato de prestación de servicios con el Municipio de Sincé y Corozal, al

parecer lo hizo en sus instalaciones bajo la continúa subordinación y dependencia de quienes fueron sus jefes y debía atender un horario.

[65] Este tiempo se prueba con los certificados expedidos por la Alcaldía de Corozal (folio 10, cuaderno 2) y la Institución Educativa Francisco José de Caldas, Corozal (folios 25 y 26, cuaderno 1). En el primero de estos documentos se especifica que fue vinculado a través de 9 órdenes continuas de prestación de servicios y se hace constar que durante este período el solicitante “no cotizó a la seguridad social en pensión”.

[66] Según certificados expedidos por la Institución Educativa Francisco José de Caldas, Corozal (folios 25 y 26, cuaderno 1) y la Alcaldía de Corozal (folio 14, cuaderno 2).

[67] De acuerdo con lo afirmado por la Gobernación de Sucre en la contestación de la demanda el nombramiento se hizo por decreto 1750 de 28 de abril de 2005 (folio 41, cuaderno 1). Entretanto, en los antecedentes del decreto de nombramiento definitivo se dice que la vinculación en período de prueba se hizo mediante Decreto 0845 de 2004.

[68] Según decreto de nombramiento en propiedad No. 801 de 2006 y Acta de Posesión (folios 19 y 20, cuaderno 1). El retiro fue ordenado por Decreto 073 del 30 de enero de 2012 (folio 6, cuaderno 1).

[69] El demandante afirma que durante los períodos No. 7 y 8 cotizó al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (folio 33, cuaderno. 3), aunque en la planilla de aportes certificada por esta entidad no se relaciona este tiempo de cotizaciones (folio 16, cuaderno 2). Sin embargo, se tendrá por cierta la afirmación del accionante, pues en virtud de la presunción de legalidad que cobija a los actos de la administración, es razonable presumir que la Gobernación de Sucre cumplió con la obligación de efectuar las cotizaciones correspondientes ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio o, en su defecto, ante alguna otra entidad administradora de pensiones.

[70] Tal sería el caso de los períodos correspondientes a las filas No. 4 y 5 de la tabla que registra la historia laboral del señor Gamarra Arrieta.

[71] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 16 de febrero de 2012. Radicado: 69001-23-31-000-2003-02588-01(1961-11). M.P.

Bertha Lucía Ramírez de Páez. En esta sentencia reconoció la existencia de un contrato realidad entre el municipio de Piedecuesta y una docente vinculada mediante contratos de prestación de servicios y se condenó a la entidad demandada al pago de las prestaciones sociales correspondientes. En ella se reitera el criterio establecido por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo en sentencias del 19 de febrero de 2009. Radicado: 730012331000200003449-01. M.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez; del 1º de octubre de 2009. Radicado: 0488-2009. M.P. Gerardo Arenas Monsalve; del 4 de noviembre de 2010. Radicado: 0761-2010, M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila. En todos estos casos se declara la existencia de contrato realidad en casos de docentes vinculados a través de órdenes de prestación de servicios.

[72] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 19 de febrero de 2009. Radicado: 730012331000200003449-01. M.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez. Ver, además, sentencia de 17 de abril de 2008 Sección Segunda – sub sección A del Consejo de Estado. Radicación N° 54001-23-31-000-2000-00020-01 (2776-05), M.P. Jaime Moreno García; sentencia de 6 de marzo de 2008, sección segunda – sub sección A. Expediente 2152-06. MP. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; sentencia del 10 de noviembre de 2010, Sección Segunda – sub sección A. Expediente 15001-23-31-000-1999-00614-01, MP. Luis Rafael Vergara Quintero.

[73] Tal es el caso del período correspondiente a la fila No. 6 de la tabla que resume la historia laboral del peticionario.

[74] Obrante a folio 14, cuaderno 2.

[75] Tal criterio ha sido reiterado, entre otras, en las sentencias C-177 de 1998 (MP. Alejandro Martínez Caballero, AV. Eduardo Cifuentes, AV. José Gregorio Hernández Galindo), para declarar la exequibilidad condicionada de los artículos 33 y 209 de la Ley 100 de 1993; T-330 de 1998 (MP. Fabio Morón Díaz); T-363 de 1998 (MP. Fabio Morón Díaz), T-165 de 2003 (MP. Manuel José Cepeda), T-1106 de 2003 (MP. Humberto Sierra Porto), T-106 de 2006 (MP. Jaime Córdoba Triviño), todas ellas referidas a casos en los que se negaba a los peticionarios el reconocimiento de sus derechos pensionales, debido a la mora de los empleadores en efectuar los aportes al sistema.

[76] Sentencia T-137 de 2011 (MP. María Victoria Calle Correa). En esta decisión se tuteló el

derecho de petición de una persona que había trabajado para varias empresas contratistas de Ecopetrol, las cuales omitieron realizar los aportes a la seguridad social. La Corte ordenó a Ecopetrol suministrar al peticionario copia de los contratos suscritos por la entidad con dichas empresas, a fin de que éste pudiera interponer ante la jurisdicción laboral las acciones necesarias para obtener el reconocimiento de su pensión de vejez.

[77] Los tres grandes regímenes son: (i) el sistema integral de seguridad social establecido en la Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias; (ii) el régimen de transición previsto en el artículo 36 de dicha ley y demás normas que lo han modificado; (iii) los regímenes especiales que fueron excluidos del sistema integral por el artículo 279 de la Ley 100 (Fuerzas Militares y de Policía, docentes oficiales, trabajadores de Ecopetrol). En relación con este último, la Ley 812 de 2003, “por la cual se aprueba el Plan de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado Comunitario”, dispuso en su artículo 81 importantes modificaciones al régimen pensional para los docentes vinculados al servicio público oficial, al establecer que: aquellos vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de dicha ley (27 de junio de 2003) se aplicarán las disposiciones vigentes con anterioridad, es decir, la Ley 91 de 1989; entretanto, los que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de esta ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

[78] El artículo 9º de la Ley 797 de 2003 elevó las condiciones para acceder a la pensión de vejez inicialmente previstas en el artículo 33 de la Ley 100. Sin embargo, en su párrafo 4º dispone que: “Se exceptúan de los requisitos establecidos en los numerales 1 y 2 del presente artículo, las personas que padezcan una deficiencia física, síquica o sensorial del 50% o más, que cumplan 55 años de edad y que hayan cotizado en forma continua o discontinua 1000 o más semanas al régimen de seguridad social establecido en la Ley 100 de 1993”.

[79] La Corte ha reconocido la vigencia de esta modalidad de pensión para el caso de los docentes en las sentencias T-086 de 2011 (MP. Humberto Sierra Porto), SU-189 de 2012 (MP. Gabriel Eduardo Mendoza, SV. Juan Carlos Henao, María Victoria Calle, Luis Ernesto Vargas) y T-067 de 2013 (MP. Jorge Ignacio Pretelt).

[81] Con las modificaciones introducidas por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, algunas de las cuales fueron declaradas inexecutable mediante sentencia C-428 de 2009 (MP. Mauricio González Cuervo, SPV. María Victoria Calle, SPV. Jorge Iván Palacio).

[82] Así lo establece el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, que reforma la regulación inicialmente establecida en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993.

[83] MP. Nilson Pinilla Pinilla.

[84] MP. María Victoria Calle Correa.

[85] El Decreto 917 de 1999, que incorpora el Manual Único para la Calificación de la Invalidez, define estos criterios en los siguientes términos:

La deficiencia alude a “la pérdida o anormalidad de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica, que pueden ser temporales o permanentes, entre las que se incluyen la existencia o aparición de una anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura del cuerpo humano, así como también los sistemas propios de la función mental. Representa la exteriorización de un estado patológico y en principio refleja perturbaciones a nivel del órgano”. Se le asigna un porcentaje del 50% del total de la evaluación.

La discapacidad es entendida como “toda restricción o ausencia de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano, producida por una deficiencia, y se caracteriza por excesos o insuficiencias en el desempeño y comportamiento en una actividad normal o rutinaria, los cuales pueden ser temporales o permanentes, reversibles o irreversibles, y progresivos o regresivos. Representa la objetivación de la deficiencia y por tanto, refleja alteraciones al nivel de la persona”. Se le asigna un 20% del total de la evaluación.

La minusvalía se define como “toda situación desventajosa para un individuo determinado, consecuencia de una deficiencia o una discapacidad que lo limita o impide para el desempeño de un rol, que es normal en su caso en función de la edad, sexo, factores sociales, culturales y ocupacionales. Se caracteriza por la diferencia entre el rendimiento y las expectativas del individuo mismo o del grupo al que pertenece. Representa la

socialización de la deficiencia y su discapacidad por cuanto refleja las consecuencias culturales, sociales, económicas, ambientales y ocupacionales, que para el individuo se derivan de la presencia de las mismas y alteran su entorno". Se le asigna un porcentaje del 30% del total de la evaluación.