

Sentencia T-376/16

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA RESPECTO DE PERSONAS CON CANCER-Protección constitucional especial

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

EDAD DE RETIRO FORZOSO-Fundamento constitucional y legal

EDAD DE RETIRO FORZOSO COMO CAUSAL DE DESVINCULACION DE SERVIDORES PUBLICOS-Contenido y alcance

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

REINTEGRO DE FUNCIONARIOS PUBLICOS-Desvinculación por cumplir la edad de retiro forzoso

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

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA RESPECTO DE PERSONAS CON CANCER-Orden a la Procuraduría reintegrar al accionante al cargo que ocupaba, para que manifieste si decide optar por recibir la indemnización sustitutiva o si prefiere seguir cotizando al Sistema para adquirir pensión completa

Referencia: expediente T-5.445.224

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

Magistrado Ponente:

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

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

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

SENTENCIA

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

I. ANTECEDENTES

Demanda de tutela[1]

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

Hechos relevantes

1. El 7 de julio de 2009, Jairo Álvarez Montoya tomó posesión en el cargo de Sustanciador Código 4 SU, grado 11, de la Procuraduría 101 Judicial I para Asuntos Administrativos de Bucaramanga “(...) en provisionalidad hasta por seis (6) meses, según [el] Decreto No. 1220 del 17 de junio de 2009”[2]. Manifiesta el actor que permaneció en este cargo hasta el 11 de diciembre de 2013.

2. El 11 de diciembre de 2013, el actor se posesionó en provisionalidad en el cargo de Sustanciador Código 4 SU, grado 11 de la Procuraduría 51 Judicial II Penal de Bucaramanga[3].

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

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

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

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

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

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

Respuesta de las entidades accionadas

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

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

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

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

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

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

12. La Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones- fue notificada de la admisión de la acción de tutela[7], no obstante guardó silencio en el proceso de amparo iniciado por el señor Jairo Álvarez Montoya.

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

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

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

Impugnación:

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

instancia”[8].

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

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

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

Además, es necesario indicar que el retiro forzoso por haber llegado a la edad de los 65 años se encuentra avalado por la Carta Política y por sentencias de la Corte Constitucional como la C-563 de 1993 y la C-351 de 1995, en las que se afirmó que es una medida dispuesta para que el Estado renueve los empleos, con el fin de garantizar la igualdad de oportunidades y el derecho al trabajo de los ciudadanos que aspiran a desempeñarse como sus trabajadores.

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

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

A su vez, se ofició a la Procuraduría General de la Nación para que (i) remitiera el Decreto 4139 del 17 de octubre de 2014, por medio del que se dispuso el retiro del actor a partir del 19 de abril de 2015, por haber llegado a la edad de retiro forzoso y (ii) se indicara cuáles son los requisitos específicos para acceder a la pensión especial para funcionarios del

Ministerio Público (artículo 10 del Decreto 546 de 1971). Del mismo modo, se le preguntó a esta entidad (iii) si en el pasado se ha extendido la vinculación de un funcionario público en condiciones similares a las del actor.

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

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

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

Procuraduría General de la Nación[10]

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

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

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

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

Departamento Administrativo de la Función Pública[11]

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

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

Tribunal Administrativo de Santander[12]

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

Jairo Álvarez Montoya [13]

21. El actor presentó un escrito en esta Corporación, dando respuesta a las preguntas que

se habían formulado en el auto de pruebas. Al respecto, aclaró los tiempos en los que estuvo vinculado en la Procuraduría General de la Nación y adjuntó las constancias correspondientes de nombramiento y posesión en los cargos desempeñados, que acreditan que laboró desde el 7 de julio de 2009 hasta el 18 de abril de 2015.

Para el efecto se aportaron los siguientes documentos:

(i) Los Decretos No. 1220 del 17 de junio de 2009, No. 2778 del 27 de noviembre de 2009, No. 3202 del 29 de noviembre de 2010, No. 1657 de junio de 2011, No. 3538 del 25 de noviembre 2011, No. 1965 del 29 de mayo de 2012, No. 1935 del 27 de mayo de 2013 y No. 3971 del 10 de octubre de 2013, por medio de los cuales se nombra en provisionalidad a Jairo Álvarez Montoya y de manera sucesiva se renueva el vínculo en el cargo de Sustanciador Código 4 SU, grado 11, de la Procuraduría 101 Judicial I para asuntos administrativos de Bucaramanga.

(ii) Las actas de posesión No. 0026 de 2009, No. 049 de 2009, No. 046 de 2010, No. 093 de 2011, No. 057 de 2012, No. 121 de 2012, No. 057 de 2013 y No. 115 de 2013, en las que tras comprobarse el cumplimiento de los requisitos para ejercer el anterior empleo público, éste es asumido por el accionante.

(iii) Los Decretos No. 5170 del 2 de diciembre de 2013, No. 3440 del 25 de agosto de 2014 y No. 1043 del 24 de febrero de 2015, por medio de los que se nombra en provisionalidad y de forma sucesiva al actor en el cargo de Sustanciador, Código 4 SU, grado 11, de la Procuraduría 51 Judicial II Penal de Bucaramanga.

(iv) El acta de posesión No. 133 de 2013 en donde consta su vinculación en el último cargo ocupado en esta entidad público.

Manifestó Jairo Álvarez Montoya que en el mes de abril de 2011, fue sometido a un procedimiento quirúrgico en el que se le encontró un tumor neuroendocrino en el intestino delgado. En consecuencia, fue remitido al oncólogo que ha estado a cargo de su tratamiento desde ese momento, quien en su historia clínica consignó el compromiso de múltiples lesiones hepáticas, peritoneales y retroperitoneales[14].

II. FUNDAMENTOS

Competencia

La Corte Constitucional es competente para revisar las decisiones judiciales estudiadas con fundamento en el artículo 86 y numeral 9 del artículo 241 de la Constitución Política de 1991, desarrollados por los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 del mismo año.

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

Procedencia de la demanda de tutela

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

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

Alegación de afectación de un derecho fundamental

23. El actor aduce la presunta trasgresión por parte de las accionadas de los derechos fundamentales a la salud[15], a la seguridad social[16] y al mínimo vital[17].

Legitimación por activa

24. Jairo Álvarez Montoya interpone acción de tutela en nombre propio acorde con el artículo 86 de la Carta Política[18], que establece que toda persona que considere que sus derechos fundamentales han sido vulnerados o se encuentren amenazados, podrá acudir a la acción de tutela en nombre propio o a través de un representante que actúe en su nombre.

Legitimación por pasiva

25. El artículo 5º del Decreto 2591 de 1991[19] establece que la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de una autoridad pública que haya violado, viole o amenace un derecho fundamental. En el caso estudiado, al dirigirse la acción de tutela contra la Procuraduría General de la Nación[20] y la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-[21], que tienen la naturaleza de entidades públicas, se entiende acreditado este requisito de procedencia.

Subsidiariedad

26. El artículo 86 de la Constitución Política de 1991 establece que la acción de tutela sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo en los casos en los cuales sea interpuesta como mecanismo transitorio para evitar la configuración de un perjuicio irremediable. De igual forma, se ha aceptado la procedencia del amparo de tutela en aquellas situaciones en las que existiendo recursos judiciales, los mismos no sean idóneos para evitar la vulneración del derecho constitucional fundamental[22].

En el caso puesto a consideración de esta Corporación, el análisis del requisito de subsidiariedad tiene una importancia significativa. En atención a ello, la Corte (i) caracterizará los cambios introducidos por la Ley 1437 de 2011[23] que consagró un grupo de medidas cautelares y amplió las causales para la procedencia de la suspensión provisional; (ii) analizará cómo ha sido entendido por la jurisprudencia el nuevo régimen; (iii) precisará las diferencias entre el mecanismo propio de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y la acción de tutela; y (iv) examinará si, en el presente caso, el medio indicado en las decisiones de instancia, esto es, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, es idónea para examinar la situación del accionante.

27. El Capítulo XI de la Ley 1437 de 2011 reguló, entre los artículos 229 y 241, las medidas cautelares que podrán ser concedidas en todos los procesos declarativos que se adelanten ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Para su procedencia se estableció que la solicitud debe encontrarse debidamente sustentada y presentada en cualquier estado del proceso. Prescribió además que el juez o magistrado podrá decretarlas si las considera necesarias con el fin de proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la

efectividad de la sentencia. En todo caso, por disposición legal expresa la decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.

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

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

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

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

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

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

La medida cautelar sólo podrá hacerse efectiva a partir de la ejecutoria del auto que acepte la caución prestada y deberá ser cumplida por la parte obligada o de lo contrario, procederá la apertura de un desacato en los términos del artículo 241[24] de la Ley 1437 de 2011.

28. El Consejo de Estado se ha ocupado en múltiples providencias de precisar el alcance de la regulación contenida en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y el cambio que ella representó. Así las cosas y con el propósito de reflejar “el derecho viviente” a continuación la Corte precisará el alcance general que la jurisprudencia del Consejo de Estado le ha conferido al nuevo régimen de medidas cautelares[25]. Un examen de varias providencias que se han ocupado de la materia, permite identificar cinco (5) diferencias transversales entre el régimen de medidas cautelares contenidas en el Decreto 01 de 1984 y la nueva regulación:

(i) La Ley 1437 de 2011 consagró una serie de posibilidades entre las que se cuentan el restablecimiento de un derecho, la suspensión de un procedimiento, la orden de adopción a la Administración de una decisión, la demolición de una obra o las órdenes de imponer obligaciones de hacer o no hacer. En contraposición, en la legislación anterior, sólo se contemplaba la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos[26].

(ii) La expresión “manifiesta infracción”[27] que estaba contenida en el Decreto 01 de 1948 como condición para decretar la medida de suspensión provisional de los efectos del acto administrativo fue suprimida. Este cambio, en vigencia de la Ley 1437 de 2011, ha sido interpretado por el Consejo de Estado como una variación significativa en la regulación dado que se obliga al juez administrativo a realizar un análisis entre el acto y las normas que se asumen como trasgredidas, así como a estudiar las pruebas allegadas con la solicitud, sin que esta última posibilidad signifique un prejuzgamiento: “(...) [e]sta es una reforma sustancial, si se tiene en cuenta que ello habilita al juez a realizar un estudio no simplemente superficial de la solicitud de la medida sino que incluye la apreciación de las pruebas aportadas al efecto. Todo esto, lógicamente, sin incurrir en una valoración de fondo más propia de la fase de juzgamiento (...)”[28].

(iii) El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo estableció un sistema innominado de medidas cautelares, como así se extrae de las expresiones contenidas en el artículo 230 que las contempló[29]. Esto implica que, se puede adoptar por el juez una medida de cualquier tipo que se ajuste a las necesidades de la situación específica.

(iv) Se conciben las medidas cautelares de forma autónoma a la demanda presentada, a tal punto que el requisito de conciliación prejudicial no le es aplicable a ellas, aunque sea necesaria su acreditación para la admisión de la demanda. Según se estableció en sentencia de tutela de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado: “(...) el juez podrá pronunciarse sobre la solicitud de la medida cautelar, inclusive sin haber admitido la demanda, supeditando la continuidad del proceso a que se demuestre el cumplimiento del requisito de procedibilidad, en los términos establecidos para el efecto, en virtud de que este mismo precepto lo autoriza cuando no sea posible agotar el trámite previsto en el artículo 233 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es decir, proferir simultáneamente el auto admisorio de la demanda junto

con la medida cautelar”[30].

(v) Finalmente, se destaca del nuevo régimen jurídico aplicable, la inclusión de las medidas cautelares de urgencia, que por la finalidad que persiguen, fueron estructuradas como medios preliminares dotados de eficacia inmediata para la protección de los derechos fundamentales. Esta circunstancia, implica para el juez administrativo el deber de “(...) remover los obstáculos eminentemente formales que llegaren a impedir la adopción de estas medidas en los casos en que exista una seria y verdadera amenaza de vulneración de derechos, bienes o intereses jurídicos”[31]. En otras palabras, las medidas cautelares y en especial las de urgencia, se conciben como una garantía efectiva y material del acceso a la administración de justicia que deben tener en cuenta no sólo presupuestos legales, sino también constitucionales y convencionales para su procedencia.

A partir de lo expuesto, se concluye que el cambio introducido por la ley estudiada dotó a los procesos que se tramitan ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo de una perspectiva constitucional, dado que amplió la procedencia de las medidas cautelares que pueden ser decretadas en el ejercicio de cualquier acción propia de esta jurisdicción lo que admite, entre otras cosas, que la protección de los derechos constitucionales pueda llevarse, al menos prima facie, de manera efectiva. Estas consideraciones permiten, en abstracto, afirmar que el legislador realizó un esfuerzo importante para conferirle efectividad a los medios de control contemplados en la Ley 1437 de 2011, a fin de fortalecerla de cara a la protección de los derechos constitucionales. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado ha dicho, en ese sentido:

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

29.1. En primer lugar, cualquiera que sea el medio de control de la jurisdicción de lo

contencioso administrativo, debe presentarse con abogado y el procedimiento, a pesar de su amplitud, está regido por la formalidad. Por su parte, la acción de tutela no requiere de apoderado judicial y se rige, en contraposición, por el principio de informalidad.

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

29.3. Además, tal y como lo indicó la Corte Constitucional en la sentencia C-284 de 2014[33], al juzgar la constitucionalidad del párrafo del artículo 229 de la Ley 1437 de 2011, los jueces de tutela cuentan con una facultad para proteger los derechos fundamentales, que los habilita para decretar medidas provisionales más amplias que las administrativas y que están sujetas a estándares abiertos: “(...) la Constitución, tal como ha sido interpretada por la Corte, les ha asignado a los jueces de tutela una facultad amplia para proteger los derechos fundamentales. Esto los habilita para decretar medidas provisionales, sujetas principalmente a estándares abiertos no susceptibles de concretarse en reglas inflexibles que disciplinen en detalle su implementación puntual en los casos individuales”.

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

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

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

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

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

Las condiciones de inminencia y urgencia del amparo que es requerido por el accionante, un sujeto de especial protección, exigen la inmediata y definitiva intervención del juez de tutela con el fin de evitar la interrupción del tratamiento para su enfermedad. De suspenderse podría causar un detrimento irreversible en sus condiciones vitales y de salud.

Esta cuestión, por sí sola, es imposible de tolerar por el juez constitucional y hace presumir la falta de idoneidad de los mecanismos ordinarios. Ha dicho la Corte:

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

31.2. En segundo lugar, existen decisiones previas de esta Corporación que en vigencia de la Ley 1437 de 2011 y al conocer casos similares, determinaron la ineficacia en concreto de las medidas cautelares. En la Sentencia T-822 de 2014[35] se afirmó, al analizar un caso de un docente desvinculado por llegar a la edad de retiro forzoso sin que al momento recibiera prestación pensional alguna y quien padecía de carcinoma folicular, que el recurso debía otorgarse como mecanismo definitivo de protección. Para ello la Corte indicó que: “(…) ni la medida cautelar de la suspensión provisional que acompaña generalmente la nulidad de un acto administrativo se consideraría apta como herramienta procesal idónea para precaver cualquier potencial menoscabo que pueda llegar a producirse, sobre todo porque más allá de la discusión en materia de estabilidad laboral y trabajo, se encuentra de por medio el goce efectivo de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna”.

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

“En los casos en que se invoca la protección del derecho al mínimo vital, a propósito de que a un trabajador lo retiran del servicio activo por haber cumplido la edad de retiro forzoso, la Corte ha sostenido como regla general que la tutela no es el mecanismo de defensa principal en tanto existe otro medio de defensa en la jurisdicción contenciosa administrativa

para censurar el acto de desvinculación, como lo es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Sin embargo, ha establecido como excepción que la protección constitucional sí procede, cuando al momento de la desvinculación el trabajador no ha logrado el reconocimiento de una pensión que garantice su derecho al mínimo vital y no cuenta con otra fuente de ingresos que le permita satisfacer sus necesidades básicas. /En tales casos, la Corte ha considerado que la avanzada edad de los solicitantes, sumada a la falta de recursos económicos para asumir los costos de sus necesidades básicas mientras aguardan los resultados de un proceso judicial, hace que resulte desproporcionado someterlos a esperar el pronunciamiento de la jurisdicción administrativa, por lo que de manera excepcional se ha abierto camino a la procedencia de la acción de tutela”[36].

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

Inmediatez

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

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

Pese a lo anterior, la Resolución GNR 89027 del 25 de marzo de 2015 proferida por Colpensiones negó el reconocimiento de la pensión solicitada y en realidad sólo quedó en

firme, después de resolverse el recurso de reposición y de apelación, con la Resolución VPB 44601 del 21 de mayo de 2015 que la confirmó en todas sus partes. Estas circunstancias concurrieron para hacer que el diecinueve (19) de abril del dos mil quince (2015), fecha en la que el actor fue definitivamente retirado del cargo, no se encontrara recibiendo pensión alguna.

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

Problema jurídico a resolver y método de la decisión

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

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

34. La Corte Constitucional se ha referido en distintas oportunidades a la protección especial de las personas con cáncer en temas de salud, con fundamento en el artículo 13 de la Constitución, que exige de las entidades del Estado una protección más amplia a favor de las personas en estado de debilidad manifiesta[37]. Esta circunstancia se ha proyectado, entre otras, en dos esferas: (i) la flexibilización de los requisitos de procedencia de la acción

de tutela[38] y (ii) la protección en el empleo de las personas con cáncer.

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

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

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

35. El fundamento internacional de esta protección ha encontrado apoyo, entre otras disposiciones que hacen parte del bloque de constitucionalidad, en el numeral 1 del artículo 3º de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación[40] y el literal a) del numeral 1º del artículo 27 de la Convención de la Naciones Unidas Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad[41], éste último que al respecto preceptuó que:

“Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. Los Estados Partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo,

adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación, entre ellas: a) Prohibir la discriminación por motivos de discapacidad con respecto a todas las cuestiones relativas a cualquier forma de empleo, incluidas las condiciones de selección, contratación y empleo, la continuidad en el empleo, la promoción profesional y unas condiciones de trabajo seguras y saludables (...)”.

36. Al analizar la vinculación laboral entre particulares, la Corte Constitucional ha determinado que“(...) la relación empleador – empleado, denota un conjunto de obligaciones recíprocas que no sólo tienen el propósito de aumentar la productividad, ya sea en términos económicos o de eficiencia en los proceso, sino que fomentan la solidaridad”[42]. Con mayor razón, si en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997[43] se prescribe que (i) en ningún caso la discapacidad podrá obstaculizar la vinculación de una persona, a menos que se demuestre una incompatibilidad insuperable en el cargo que va a desempeñar; (ii) ninguna persona en este estado de discapacidad podrá ser retirada del servicio por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la Oficina de Trabajo[44]; y (iii) en todo caso, quien fuere despedido omitiendo el cumplimiento de esta autorización tendrá derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta (180) días de salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a las que hubiera lugar.

El artículo 26 de la Ley 361 de 1997 fue demandado argumentando que establecía el pago de una indemnización como una opción para que el empleador pudiera despedir a un trabajador en condición de discapacidad, aun sin la autorización del Ministerio de Trabajo. La Corte Constitucional en Sentencia C-531 de 2000[45] la declaró exequible “(...) bajo el entendido de que el despido del trabajador de su empleo o terminación del contrato de trabajo por razón de su limitación, sin la autorización de la oficina de Trabajo, no produce efectos jurídicos y sólo es eficaz en la medida en que se obtenga la respectiva autorización. En caso de que el empleador contravenga esa disposición, deberá asumir además de la ineficacia jurídica de la actuación, el pago de la respectiva indemnización sancionatoria”. Además, como así se advirtió en esta providencia, la indemnización contenida en dicho artículo es adicional a la de la normativa sustantiva laboral.

Conforme a lo expuesto, existe un derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada a favor de las personas que por sus circunstancias físicas, sensoriales o psicológicas están

en condiciones de debilidad manifiesta en aras de evitar actos discriminatorios en su contra. Entre los sujetos a quienes se les debe garantizar este tipo de estabilidad en el empleo se encuentran las personas con cáncer. Al respecto, en la Sentencia T-185 de 2016[46], que estudió la acción de tutela presentada por una trabajadora dedicada al servicio doméstico, que había estado vinculada con un empleador durante veintiséis (26) años y a quien se le terminó su contrato laboral, se concluyó que este derecho se predica de la persona que padezca de serios problemas de salud a pesar de no existir un derecho fundamental a permanecer en el trabajo “(...) es decir, que el empleador no está obligado a mantener a un empleado de manera perpetua en el cargo que desarrolla, ello no significa que la terminación del contrato de trabajo de una persona que se encuentra en una situación de vulnerabilidad manifiesta pueda realizarse de forma arbitraria”[47].

37. Finalmente, es necesario advertir que en diferentes sentencias de esta Corporación se ha establecido un sólido precedente sobre la materia. En la Sentencia T-594 de 2015[48] la Corte sistematizó las reglas jurisprudenciales relativas a la estabilidad laboral en los siguientes términos:

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

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

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

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

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

40. El Decreto Ley 2400 de 1968, en su texto original, estipuló la edad de sesenta y cinco (65) años como una causal de desvinculación del personal civil de la Rama Ejecutiva, que fue recogida en similar sentido en el Decreto 1083 de 2015[49]:

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

Por otra parte, el artículo 41 de la Ley 909 de 2004[50] indicó que el retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce, entre otros motivos, por llegar a la edad de retiro forzoso. En

similar sentido, quedó estipulado que los docentes que se encuentren al servicio del Estado conservaran sus cargos siempre que no hayan sido excluidos del escalafón o hayan cumplido sesenta y cinco (65) años[51].

Esta causal fue consignada, adicionalmente, en otros regímenes especiales como en el numeral 4º del artículo 149 de la Ley 270 de 1996[52] para los servidores de la Rama Judicial, en el artículo 149 de la Ley 106 de 1993[53] para la Contraloría General de la República y, finalmente, para la Registraduría Nacional del Estado Civil en el artículo 100 del Decreto 3492 de 1986[54].

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

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

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

41.1. En la Sentencia C-351 de 1995[56], que declaró exequible el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968, esta Corporación estudió si podía el Congreso de la República -o el Ejecutivo en ejercicio de facultades extraordinarias- señalar una edad de retiro forzoso en desarrollo de la Constitución o si por el contrario esta causal de retiro del servicio público infringía los

preceptos constitucionales. Se concluyó en esta oportunidad, que la facultad de desarrollar la Constitución que le está asignada al legislador, como órgano de representación popular en un sistema democrático, incluye la potestad de adoptar normas en esta materia. En efecto, la edad de retiro forzoso no representa un factor discriminatorio por cuanto:

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

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

42. De modo que es posible afirmar que existe, como así se ha reconocido de forma reciente, una facultad amplia del legislador para regular la carrera administrativa[59]. Ella incluye la posibilidad de fijar la edad como un criterio relevante para el retiro del servicio con el fin de privilegiar la renovación del ejercicio de la función pública.

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

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

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

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

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

45.1. En la Sentencia T-012 de 2009[61] se estudió si la Secretaría de Educación de Bogotá había vulnerado los derechos fundamentales al trabajo, al mínimo vital, a la salud y a la seguridad social de una persona, al disponer su retiro del servicio tras haber cumplido la edad de retiro forzoso sin que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio hubiera decidido sobre su solicitud pensional. Para la Corte, pese a la constitucionalidad de esta causal de desvinculación, su aplicación debe ser razonable:

[L]a Corte debe precisar, tal y como se señaló, que si bien la fijación de una edad de retiro como causal de desvinculación del servicio es constitucionalmente admisible, su aplicación debe ser razonable de tal manera que, en cada caso concreto, responda a una valoración de las especiales circunstancias de los trabajadores, toda vez que ella no puede producir una

vulneración de sus derechos fundamentales, máxime teniendo en cuenta que se trata de personas de la tercera edad, y que por esa causa merecen una especial protección constitucional. De otra forma, una aplicación objetiva de la medida, sin atender a las particularidades de cada situación, tendría un efecto perverso para sus destinatarios, porque podría desconocer sus garantías fundamentales de los trabajadores, en razón a que se les privaría de continuar trabajando y percibiendo un ingreso, sin que su solicitud de pensión hubiese sido decidida de fondo, avocándolos inclusive de manera eventual a una desprotección en lo relacionado con su servicio de salud”.

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

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

45.3. También deben valorarse por las entidades públicas, al momento de su aplicación, las condiciones particulares de la persona para evitar que el retiro del servicio termine por desconocer derechos fundamentales. Así, se determinó en la Sentencia T-174 de 2012[63] en la que se estudió la acción de tutela interpuesta por la señora María Celmira Sánchez en la que solicitaba la protección de sus derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital, al debido proceso y a la estabilidad laboral reforzada por el hecho de haber sido retirada de la Gobernación del Tolima del cargo que ejercía como docente, sin que, para ese momento, se le hubiera reconocido la pensión de vejez.

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

45.4. De modo que, como se concluyó en la Sentencia T-822 de 2014[64] en la que se estudió un caso similar, de un docente desvinculado por haber cumplido la edad de retiro que no había adquirido derecho pensional alguno y padecía de carcinoma “(...) la sub-regla construida por la doctrina constitucional es que la causal de la edad de retiro forzoso puede aplicarse cabalmente a un servidor público siempre que responda a una valoración de sus particulares circunstancias, para evitar así una eventual afectación de sus derechos fundamentales a la vida digna y al mínimo vital” [65].

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

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

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

Cuando se encuentre que el trabajador que ha llegado a la edad de retiro del servicio cumple con los requisitos para acceder a la pensión de vejez, pero no se ha reconocido por negligencia del empleador o por una dilación del fondo de pensiones, esta Corporación ha

ordenado su reintegro hasta tanto sea incluido en la nómina de pensiones. De la misma manera, si se encuentra probado que al empleado le resta poco tiempo para cumplir con las cotizaciones requeridas, se ha ordenado el reintegro hasta que logre acreditarlas.

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

Una tercera hipótesis, se presenta cuando además de estar en curso una discusión sobre el derecho pensional del actor, existe una respuesta negativa del fondo de pensiones o se comprueba que no existe el derecho por faltarle un considerable tiempo de cotizaciones para adquirir la pensión. En la Sentencia T-668 de 2012[68] se advirtió que frente a la incertidumbre de la pensión del servidor a quien se le va a aplicar la causal de retiro o de comprobarse que no cumple con los requisitos, el juez constitucional no debe ordenar el reintegro hasta tanto el servidor sea incluido en nómina de pensión porque es posible que esta situación permanezca de forma indefinida, desconociendo los propósitos en los que se funda la regulación sobre edad de retiro forzoso[69]. En este caso, es posible ordenar la indemnización sustitutiva o la devolución de saldos:

“(…) el retiro no puede operar hasta tanto no se reconozca la indemnización sustitutiva o la devolución de saldos, figuras previstas en el literal p del artículo 13 de la Ley 100 para las personas que, al cumplir la edad para pensionarse, no reúnan los demás requisitos para tal efecto. Claramente, el acceso al pago de la indemnización sustitutiva o de la devolución de saldos está sujeto a que la persona no desee continuar trabajando con el ánimo de cotizar o realizar más aportes con miras a reunir los requisitos faltantes para la pensión, como se indicó en la sentencia C-375 de 2004, porque de ser el caso opuesto, esto es, que la persona elija seguir trabajando hasta completar los requisitos que se echan de menos para acceder a la pensión, la entidad pública no puede mantenerla en el empleo hasta que se

satisfagan los requisitos de ley de la pensión, debido a que es posible que estos requisitos nunca se cumplan y que, por lo tanto, la permanencia en el empleo sea indefinida en el tiempo, lo cual se observa como una carga desproporcionada para los entes públicos que, de paso, no consulta la teleología de la institución de la edad de retiro forzoso”.

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

Para esta Corporación existe un precedente que ha señalado que el retiro del servidor público que cumple la edad de retiro forzoso está condicionado a la definición de la situación pensional a través de una prestación de vejez, o en su defecto, de una indemnización sustitutiva o devolución de saldos[70], según sea el régimen pensional del que se trate.

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

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

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

como parámetro de interpretación para determinar cuál es el plazo razonable para mantener vinculado al servidor que alcanza la edad de retiro forzoso sin haber completado el tiempo de cotizaciones necesario para obtener el reconocimiento de una pensión[71].

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

(iv) Finalmente, en casos de personas de edad avanzada que no lograron cumplir los requisitos para acceder a la pensión de vejez pero si satisfacen las condiciones para obtener la pensión de retiro por vejez, la Corte amparó su derecho ordenando el reconocimiento inmediato de esta última prestación”[72].

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

En este último caso, si son menos de tres (3) años procederá el reintegro del funcionario hasta tanto obtenga la pensión y, de lo contrario, podrá ordenarse el reintegro al cargo que ocupaba, sujetando la orden a que la persona opte por la indemnización sustitutiva o la devolución de saldos. En este último caso, la entidad accionada deberá apoyarla en los trámites tendientes a obtener dicho reconocimiento. En adición a ello, sólo podrá disponerse el retiro cuando efectivamente se produzca el reconocimiento y pago de la prestación económica. En estos casos si el accionante determina que quiere seguir cotizando para alcanzar su derecho pensional, la entidad pública no deberá mantener en el cargo al accionante, dado que siempre es una opción seguir cotizando para obtener la pensión completa[73].

Estudio del caso concreto

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

50. Como se expuso en el acápite de subsidiariedad, esta Sala de Revisión no concuerda con las razones expuestas por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bucaramanga y por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por tanto, considera que la acción de tutela es procedente como mecanismo definitivo de protección en consideración (i) al precedente definido por esta Corporación y (ii) a las especiales condiciones de vulnerabilidad del actor.

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

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

Al respecto, esta Corporación ha establecido que “(...) ser beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, no es suficiente per se para determinar la aplicación del régimen especial consagrado en el Decreto 546 de 1971, sino que también es necesario haber estado afiliado al régimen especial en el momento en que el régimen de transición entró en vigencia”[74]. No se le puede reconocer a una persona un régimen especial que es

aplicable a los funcionarios de la Rama Judicial o del Ministerio Público, cuando ella no había adquirido ninguna expectativa de pensión en este marco legal[75].

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

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

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

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

Esta actuación se alejó por completo del principio de solidaridad y de la jurisprudencia desarrollada por esta Corporación en casos similares. No de otra forma puede entenderse

que a Jairo Álvarez Montoya se le hubiera retirado de su cargo, sin valorar la posible interrupción de su tratamiento de cáncer, y el hecho de que su situación pensional no estaba resuelta. En ese orden de ideas, se hace imperativo advertir que el Estado no puede ser indiferente ante los efectos de sus actos en los derechos fundamentales de sus destinatarios.

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

55.1. De las pruebas recaudadas en Sede de Revisión y de las demás que obran en el expediente, es posible concluir que el actor cumple con la edad requerida para obtener la pensión de vejez, pero no con el número de semanas exigidas por el artículo 33 de la Ley 797 de 2003, que las fija a partir del año 2015 en mil trescientas (1.300) semanas, pues acredita mil dieciocho (1.018)[77]. Es decir que a Jairo Álvarez Montoya le hacen falta, en la actualidad, doscientas ochenta y dos semanas (282) semanas para acceder a la pensión de vejez o en otros términos, más de cinco (5) años de cotización, circunstancia que impide a esta Corporación reintegrar al actor hasta el momento del reconocimiento de esta prestación.

55.2. La circunstancia referida implica que la Corte debe ordenar el reintegro del accionante al cargo que ocupaba en la Procuraduría General de la Nación, para que dentro del mes siguiente manifieste por escrito[78], si decide optar por recibir la indemnización sustitutiva a la que tiene derecho o si prefiere seguir cotizando al Sistema de Seguridad Social para adquirir su pensión completa. En el primer evento deberá la accionada apoyar al actor en los trámites dirigidos a obtener esta prestación pensional y no podrá desvincularlo en tanto reciba su pensión. Pero si la alternativa manifestada por el accionante en el término indicado en la parte resolutive, consiste en seguir cotizando, no estará obligado el Ministerio Público a mantenerlo en su cargo y previo el cumplimiento del debido proceso administrativo podrá adoptar la decisión correspondiente.

55.3. Esta Sala aclara que si bien de acuerdo con lo establecido por las leyes laborales, el reintegro conlleva la no solución de continuidad del vínculo laboral y el pago de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, incluidos los aportes a seguridad social, en este caso, dicha medida no va acompañada de esas consecuencias, bajo el entendido que la misma claramente, no se apoya en una ley ordinaria específica, sino en la materialización de valores y principios constitucionales con los precisos alcances que esta Corte fija o delimita. Sin embargo, ello no impide que esta discusión sea estudiada en el escenario contencioso administrativo[79].

III. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

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

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

(a) Si bien esta Corporación ha declarado la constitucionalidad de distintas disposiciones que han fijado la edad de retiro forzoso en sesenta y cinco (65) años, la aplicación de esta causal deber ser razonable, no puede efectuarse de forma automática y siempre debe consultar la situación particular del servidor público con el fin de evitar una afectación al mínimo vital.

(b) La manera de solucionar los casos en los que una persona es retirada del servicio por llegar a la edad de retiro forzoso sin haber adquirido la pensión, dependerá (i) de la certeza sobre la prestación pensional a la que tiene derecho el actor, (ii) del cumplimiento de todas las cotizaciones exigidas o en defecto de lo anterior, (iii) del tiempo de cotizaciones que le restan.

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

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

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

IV. DECISIÓN

La Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del

pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

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

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

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

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

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

Con salvamento parcial de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DE LA MAGISTRADA

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

A LA SENTENCIA T-376/16

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA RESPECTO DE PERSONAS CON CANCER-El amparo constitucional que se le otorgó al actor lo pone en la posición de elegir entre su derecho a la salud y su aspiración pensional (Salvamento parcial de voto)

El reintegro se concede para efectos de que el actor, durante el lapso de un mes, elija si quiere recibir la indemnización sustitutiva de pensión o si continúa cotizando con el fin de lograr la pensión de vejez. La única opción que le permitirá alargar un poco más su permanencia en el cargo y conservar su afiliación a salud es solicitar la indemnización sustitutiva, pues de elegir la opción alternativa sería desvinculado de la entidad.

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA RESPECTO DE PERSONAS CON CANCER-Correspondía proteger el derecho a la seguridad social de una persona diagnosticada con una

enfermedad catastrófica de alto costo, que llega a la edad de retiro forzoso y aún le faltan más de 3 años de cotización (Salvamento parcial de voto)

Era la oportunidad para determinar claramente si la normatividad que rige la desvinculación laboral de personas con limitaciones físicas, cuando éstas tienen derecho a la estabilidad laboral reforzada, debe aplicarse incluso cuando la causal de retiro es el cumplimiento del límite de edad para el ejercicio de la función pública. La Sala debió extender la protección y asegurar que el actor continuara cotizando al sistema de seguridad social en salud para efectos de recibir los servicios médicos que necesitaba.

Referencia: Expediente T- 5.445.224

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

Magistrado ponente:

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, a continuación presento las razones que me llevan a salvar parcialmente el voto en la sentencia de la referencia, aprobada el 15 de julio de 2016 por la Sala Tercera de Revisión.

1. La Sentencia T-376 de 2016 fue proferida con ocasión de la solicitud de amparo constitucional elevada por el señor Jairo Álvarez Montoya. Él acudió a la acción de tutela con el fin de que, mientras se le reconoce la pensión para ex-trabajadores del Ministerio Público (Decreto 546 de 1971, Artículo 10), sea reintegrado al cargo que ocupó como sustanciador en la Procuraduría General de la Nación.

Tal y como lo narró el accionante, desde 2009 se desempeñó en esa entidad como sustanciador. Mediante el Decreto 4139 del 17 de octubre de 2014 se dispuso su retiro a partir del 19 de abril del 2015, por haber cumplido la edad de retiro forzoso.

El 27 de marzo del 2015 el accionante informó a la Procuraduría que había sido diagnosticado con cáncer y manifestó su preocupación al entender que su desvinculación interrumpiría la prestación de los servicios médicos a su favor. A pesar de ello, fue separado

del cargo en la fecha anunciada, sin tener en cuenta que padece de un tumor neuroendocrino que requiere tratamiento médico continuo.

El 25 de marzo del 2015, COLPENSIONES le negó al accionante la pensión de vejez por no tener la densidad de semanas requerida para acceder a ella. El accionante controvertió esa determinación y COLPENSIONES la confirmó al resolver los recursos de reposición y apelación.

2. Según determinó la Sala, al accionante le faltan aproximadamente cinco años de aporte continuo para cotizar el número de semanas que le faltan. Se descartó que tenga derecho a la pensión contemplada en el Decreto 546 de 1971 (Artículo 10), dado que no constituyó ninguna expectativa pensional durante su vigencia porque no estaba vinculado al Ministerio Público para cuando entró a regir la Ley 100 de 1993.

3. Adicionalmente, la sentencia hizo énfasis en que la edad de retiro forzoso no lleva implícita una discriminación etaria, pues para esta Corporación es un mecanismo de renovación generacional, previsto en pro de la función pública. Bajo esa óptica, determinó que dado el elevado número de semanas que le faltan al accionante para lograr la pensión, no era posible reintegrarlo hasta que consiguiera pensionarse. Solo hubiere sido posible si el tiempo de cotización restante fuera inferior a los 3 años, conforme el precedente constitucional.

Si bien encontró que la edad de retiro forzoso no puede aplicarse en forma automática y sin tener en cuenta la situación particular de quien ha cumplido la edad límite para ejercer la función pública, precisó que los escenarios en los que esta figura (la de la edad de retiro forzoso) se ha relativizado, imponen en este caso un reintegro temporal, mientras que el actor define si opta por la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o si decide seguir cotizando para aspirar a la pensión. En este último caso no le será posible continuar vinculado en la entidad.

Frente al caso concreto, la Sala concedió la protección constitucional y ordenó a la Procuraduría General de la Nación que en 48 horas reintegre al actor al cargo que desempeñaba, para que manifieste por escrito, en el término máximo de un mes, si opta por (i) cotizar las semanas que le hacen falta para acceder a la pensión o (ii) solicitar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. Si decide cotizar, el Ministerio Público no

estará obligado a mantenerlo vinculado al cargo y a través del procedimiento administrativo correspondiente, podrá adoptar la decisión que corresponda.

4. Se hizo énfasis en que “si bien de acuerdo con lo establecido por las leyes laborales, el reintegro conlleva la no solución de continuidad del vínculo laboral y el pago de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, incluidos los aportes a seguridad social, en este caso, dicha medida no va acompañada de esas consecuencias, bajo el entendido que la misma claramente, no se apoya en una ley ordinaria específica, sino en la materialización de valores y principios constitucionales con los precisos alcances que esta Corte fija o delimita.”

5. Comparto el sentido de la decisión, fundada en la necesidad de proteger los derechos fundamentales del accionante, ante el proceder irreflexivo de la Procuraduría General de la Nación. No obstante, creo que en términos generales a la providencia se le fijó un alcance limitado que no atiende íntegramente las particulares condiciones del accionante. Explicaré a continuación los fundamentos de mi posición, que básicamente son tres.

Primero: La elección que provoca la decisión pone al actor en la posición de elegir entre su derecho a la salud y su aspiración pensional.

6. El amparo constitucional que se otorgó a los derechos fundamentales del actor resulta ser meramente simbólica, si se tiene en cuenta la situación fáctica que llevó al accionante a interponer esta acción.

Obsérvese que el reintegro se concede para efectos de que el actor, durante el lapso de un mes, elija si quiere recibir la indemnización sustitutiva de pensión o si continúa cotizando con el fin de lograr la pensión de vejez. La única opción que le permitirá alargar un poco más su permanencia en el cargo y conservar su afiliación a salud es solicitar la indemnización sustitutiva, pues de elegir la opción alternativa sería desvinculado de la entidad.

Aun cuando el actor pretende lograr su pensión de vejez, como queda claro de la presentación de esta acción, muy posiblemente optará por la indemnización, y no en forma libre y espontánea, sino llevado a conservar el más alto nivel de salud que le sea posible mediante la elección de la opción que le permita seguir afiliado. Con una enfermedad de

alto costo probablemente la indemnización sustitutiva sea solo una solución momentánea y no permita asegurar la continuidad del tratamiento médico, como en realidad pretende.

La elección que se le invita a hacer al accionante (i) lo pone en la difícil situación de elegir entre el derecho pensional que pretende y su derecho a la salud, y (ii) resulta meramente aparente pues, las condiciones en las que se encuentra, le imponen un camino gravemente previsible.

Segundo: La decisión resulta materialmente insuficiente para contener el riesgo en el que se encuentra el actor y no responde íntegramente al objeto del proceso.

7. El caso concreto y el riesgo para el accionante está marcado por el cáncer que padece y por la inminente interrupción de su tratamiento médico, como consecuencia de la separación del cargo. En mi criterio lo que correspondía era proteger el derecho a la seguridad social de una persona diagnosticada con una enfermedad catastrófica de alto costo, que llega a la edad de retiro forzoso y aún le faltan más de tres años de cotización. Era la oportunidad para determinar claramente si la normatividad que rige la desvinculación laboral de personas con limitaciones físicas, cuando éstas tienen derecho a la estabilidad laboral reforzada, debe aplicarse incluso cuando la causal de retiro es el cumplimiento del límite de edad para el ejercicio de la función pública.

Sin embargo, la posición mayoritaria de la Sala no lo consideró así. La consecuencia es que el problema abordado quedó reducido a verificar si el actor tenía o no una expectativa cercana de pensión y a aplicar las subreglas jurisprudenciales al respecto, obviando su estado de salud.

8. Desde mi perspectiva, si bien la orden emitida al Ministerio Público recoge una fórmula empleada por esta Corporación en 2010[80], la misma resulta insuficiente e ineficiente en el caso concreto, por la relevancia que tiene la reclamación frente al derecho a la salud. La Sala se contrajo a proteger el derecho a la seguridad social, como en cualquier caso, para una persona que llega a la edad de retiro forzoso y le faltan bastantes semanas por cotizar y aunque mencionó el derecho a la salud no lo asumió como un elemento central en este caso.

En razón de lo anterior, aunque estoy de acuerdo con el sentido protector del fallo, disiento

del alcance de la protección que se otorgó, porque a mi juicio no responde íntegramente a la amenaza que se ciñe sobre los derechos del actor, en relación con lo que narra y pretende en su escrito de tutela. Claramente la preocupación principal que lo llevó a acudir a esta acción fue la continuidad en el tratamiento de su enfermedad y la respuesta otorgada por la Sala desatiende ese punto.

9. Cabe recordar sobre este aspecto, que el juez al resolver cualquiera de los casos que se someten a su conocimiento debe responder, en el marco del principio de congruencia de la decisión judicial, a todas las cuestiones que hayan sido planteadas en el proceso. Lo contrario afecta el derecho al acceso a la administración de justicia.

El principio de congruencia, también llamado “de consonancia”, es aquel que en resguardo de las garantías constitucionales atadas al debido proceso, impone al funcionario judicial el deber de dar solución a cada una de las solicitudes hechas por el demandante y el demandado. Entonces, al momento de tomar la decisión que cierra un debate, debe determinar todas y cada una de las pretensiones y de las excepciones formuladas[81]. Este principio se trasgrede cuando la “sentencia no está en conexión con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda”[82] y con los debates que surgen entre las partes, como consecuencia del diálogo entre ellas[83].

De tiempo atrás esta Corporación ha sostenido que se trata de un:

“principio general, en materia de procedimiento, por estar directamente relacionado con el debido proceso y el derecho de defensa, [y consiste en] que exista la debida coherencia, en todas las sentencias, entre los hechos, las pretensiones y la decisión. (...) También se ha establecido (...) que no toda falta de pronunciamiento expreso sobre una pretensión, hace, por sí misma incongruente una sentencia. Al respecto, cabe recordar lo dispuesto en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil[84]. // En el caso de la acción de tutela, debe, pues, el juez analizar si (...) tal omisión (...) puede haber sido determinante en la decisión a adoptar.”[85]

El principio en mención en últimas implica que la “sentencia debe fijarse dentro de los límites de las pretensiones deducidas por el actor y aquello que reconoce o controvierte el demandado; si va más allá, será ultra petita o extra petita (según resuelva más de lo pedido o fuera de lo pedido)”[86].

El juez de tutela, que está facultado para fallar tanto *ultra* como *extra petita*[87], debe entonces pronunciarse, como mínimo, sobre todas las cuestiones que se le plantean. Debe resolver la totalidad de los asuntos que resultan relevantes e indispensables para que la acción de tutela pueda ofrecer una protección adecuada y suficiente al actor, conforme los hechos expuestos por él y su contraparte.

No hacerlo implica, en últimas, la desprotección material del accionante y además arrebatarle la posibilidad de que acuda nuevamente a la acción de tutela, pues de hacerlo, en principio, se enfrentará con una eventual cosa juzgada sobre la materia en debate o con la figura de la temeridad.

10. En lo que atañe al caso concreto, es claro que el demandante propuso la acción de tutela para resguardar, entre otros, su derecho a la salud. La desvinculación laboral que acarrea el cumplimiento de la edad de retiro forzoso, en su caso particular, implica la interrupción de un tratamiento médico para enfrentar el cáncer que le fue diagnosticado tiempo atrás. Llevado por esa intención en su escrito destacó que, una vez fue enterado de la programación de su desvinculación, informó a la accionada su condición médica con el fin de contener la medida. Sin embargo la Procuraduría General de la Nación hizo caso omiso de las condiciones particulares del actor.

Por lo tanto, la alegación del riesgo a la salud al que lo exponía la desvinculación laboral de la que fue objeto no era un asunto menor. Incluso fue central cuando se concluyó que la acción de tutela era procedente por la condición médica del señor Álvarez (fundamento jurídico 31.1 de la Sentencia T-376 de 2016), aunque en principio contaba con la vía contencioso administrativa para ventilar su caso.

Sin duda, la Sala percibió una amenaza contundente al derecho a la salud del actor que urgía la intervención del juez de tutela. Sin embargo, esa intervención finalmente no se orientó a la protección de ese derecho y no previó ninguna medida que asegurara la continuidad en el tratamiento para el cáncer que padece. Únicamente se contempló un reintegro temporal, que no contiene sino que posterga por corto tiempo los efectos de la desafiliación del régimen de salud y de la interrupción del servicio médico en el caso del actor, que enfrenta una enfermedad catastrófica.

Vistas así las cosas, desde mi punto de vista, la Sala debió extender la protección y

asegurar que el señor Jairo Álvarez Montoya continuara vinculado a la entidad demandada para que pudiese continuar cotizando al sistema de seguridad social en salud para efectos de recibir los servicios médicos que necesitaba. En últimas, en el marco del principio de congruencia, debió argumentarse por qué no se amparaba este bien constitucional, pues aun cuando claramente constituye uno de los ejes del debate, las consideraciones sobre él son abstractas y en el caso concreto sólo se presentan en cuanto a la procedencia de la acción, por lo que las órdenes emitidas no apuntan a su salvaguarda.

Considerado lo anterior, me aparto de la decisión tomada por la Sala, por considerarla incongruente con los hechos relatados y con la situación expuesta por el accionante, frente a la cual las órdenes resultan insuficientes.

Tercero: El reintegro tal como fue concebido no está suficientemente motivado y procedía perfectamente la inaplicación de la causal de retiro del empleo por haber llegado a la edad de retiro forzoso.

11. La Sala consideró que la protección que pedía el actor quedaba satisfecha con la orden de reintegro temporal al cargo que ocupaba en la Procuraduría General de la Nación. La orden sobre su reintegro se hizo sin darle continuidad al vínculo laboral entre él y la entidad demandada, por lo que el actor no recibiría salarios o cualquier otra prestación durante el tiempo no laborado.

La razón, es que como quiera que el reintegro no deviene de un texto legislativo y si directamente del texto constitucional, esta Corporación está facultada para darle el alcance que más se ajuste a la protección de los derechos fundamentales afectados. En este caso el reintegro no implicaría reconocer prestaciones de tipo salarial y parafiscal mientras el actor permaneció desvinculado de su cargo.

Lo cierto es que en la sentencia, que dedica a esta cuestión un párrafo (fundamento jurídico 55.3), no se precisaron los motivos que imponían limitar los efectos del reintegro concedido. No se motivó la decisión sobre esta cuestión y, por eso es posible afirmar que en realidad, esta Corporación no fijo más que en forma enunciativa y no explicativa como le correspondía, el alcance del reintegro. La decisión de restarle efectos patrimoniales al reintegro, no tuvo sustento suficiente.

12. Estoy convencida de que la facultad de la Corte Constitucional para adoptar tal o cual medida con el fin de contener la vulneración de los derechos fundamentales y de darle un alcance constitucional y no meramente legal a las mismas, no puede interpretarse como el desprendimiento de la obligación de motivación que tiene el juez al tomar sus decisiones.

Me preocupa que en esta sentencia se haya adoptado una decisión sin motivación sobre el reintegro del actor. Ello compromete los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho, en sus formas más primigenias, según las cuales todo poder público se encuentra atado al ordenamiento constitucional en el que se encuentra el debido proceso, como una garantía ciudadana ante el aparato de administración de justicia. Y la motivación de las sentencias judiciales es imperativa en resguardo de aquel.

13. Ahora si bien es cierto que, a través de una alusión sucinta a pie de página, se alude a un caso fallado previamente por esta misma sede judicial y por la misma Sala, también lo es que aquel no comparte con este asunto los elementos fácticos y jurídicos suficientes para que sea un precedente aplicable. Mucho menos para que constituya por sí mismo razón suficiente para desconocerle efectos patrimoniales al reintegro laboral.

En el punto de la restricción al alcance del reintegro laboral la cita a pie de página número 79 hace mención a la Sentencia T-218 de 2016 (M.P. Alejandro Linares Cantillo)[88]. En esta se resolvió el caso de un exsoldado retirado del servicio a causa de una disminución en su capacidad laboral. Una vez recuperada y recobrado su estado de salud, éste solicitaba el reintegro laboral y el Ejército Nacional lo había negado en varias oportunidades.

Fue reconocido y ordenado el reintegro pretendido, con la salvedad contemplada en el fundamento jurídico 77 de esa decisión, conforme el cual:

La evidente falta de identidad entre ambos casos, conlleva a que esta consideración de la sentencia T-218 de 2016, no pueda ser aplicada en forma automática y sin explicación adicional alguna en este caso, para concluir la solución de continuidad del vínculo laboral. La diferencia de hecho y de derecho entre ambas situaciones, implica la necesidad inexcusable de motivar esta decisión sobre los efectos del reintegro laboral y sobre la negativa a reconocer prestaciones salariales y parafiscales con cargo al empleador.

No es posible asumir que este punto es intrascendente, pues de un modo u otro la

sentencia confiere -en forma errada, a mi juicio- mayor fuerza material a la protección judicial de los derechos que deriva de la aplicación de un mandato legal, que a la que deviene directamente de la Constitución Política. Ello es incompatible con la supremacía constitucional que impone el artículo 4° superior y con los deberes y las potestades del juez de tutela, evidentemente más amplios en la medida en que se orientan a proteger derechos fundamentales afectados y con ello a restablecer el sistema constitucional. La jerarquía de las fuentes del derecho en el sistema constitucional colombiano fue desconocida al otorgar mayor vocación protectora a la ley que a la Constitución.

14. Finalmente, pero en esa misma línea, es importante advertir que en virtud de la relación jerárquica que existe entre el texto superior y las disposiciones legislativas, la incompatibilidad entre ellos ha de ser resuelta, sin vacilación, en favor del primero, pues ostenta “el grado más alto dentro de la jerarquía de las normas, de manera que el contenido de las leyes y de las normas jurídicas generales está limitado por el de la Constitución”[89].

Para efectos de asegurar la supremacía de la Constitución en el ordenamiento jurídico colombiano, se han previsto distintos mecanismos de control constitucional. Además de la acción pública de inconstitucionalidad, como dispositivo de control abstracto reservado a la Corte Constitucional y al Consejo de Estado[90], los jueces a través de las acciones constitucionales[91] y, en general, los servidores públicos[92] pueden ejercer un control concreto de constitucionalidad y asegurar la supremacía y materialidad de los postulados constitucionales, de forma particular mediante la excepción de inconstitucionalidad.

La excepción de inconstitucionalidad “consiste en la inaplicación, en caso de contradicción manifiesta con la Constitución Política, de las normas de inferior jerarquía, a propósito de un caso particular y con efectos inter partes”[93]. Su utilización está condicionada a la constatación, en un asunto concreto, de que a pesar de la constitucionalidad de la ley (que es indiscutible y sobre la que en forma general pesa una presunción), material y flagrantemente su aplicación se opone a los mandatos constitucionales dadas las especiales condiciones en que se encuentra una persona. En esos eventos los servidores públicos que tengan entre sus funciones la aplicación de normas infra constitucionales tienen la potestad apartarse de ellas y, en su lugar, sobreponer la Constitución.

Nada tiene que ver la excepción de inconstitucionalidad con la compatibilidad de la norma de inferior jerarquía, considerada en abstracto, con los preceptos constitucionales. Más bien atañe a los efectos que produce su aplicación en concreto, pues a pesar de que tal o cual norma infra constitucional pueda resultar lesiva para los derechos fundamentales en el marco de una situación particular y concreta, conserva intacta su validez dentro del sistema jurídico[94]. De ahí que de la excepción de inconstitucionalidad no puedan predicarse más que efectos inter partes[95].

Esta Corporación ha sido enfática en señalar que del principio de supremacía constitucional “surge [no solo la facultad, sino] la obligación para los jueces de aplicar la excepción de inconstitucionalidad, en el momento de adjudicación del derecho”[96], en ese sentido puede decirse que:

“(…) los jueces de la República tienen el deber de aplicar la excepción de inconstitucionalidad cuando quiera que adviertan en un caso concreto que existe incompatibilidad entre la norma legal (o de inferior jerarquía) a aplicar y la Constitución, de suerte que [incluso] la constitucionalidad de una decisión judicial queda en entredicho cuando se abstiene de cumplir dicho deber. Mientras que los jueces ordinarios tienen el deber de inaplicar la Ley contraria a la Constitución, por tratarse de una obligación a la cual están sujetos todos los funcionarios públicos, tratándose de jueces de tutela, este deber es específico, por corresponder al ámbito funcional propio de la jurisdicción constitucional.”[97]

En consecuencia la inaplicación de disposiciones legales incompatibles con las garantías constitucionales, en la práctica y frente a un asunto concreto, no es facultativa, sino imperativa para el juez, sobre todo cuando ejerce sus facultades en el marco de la jurisdicción constitucional.

Al descender al análisis de la compatibilidad entre la aplicación del artículo 171[98], del Decreto Ley 262 de 200, que consagra la edad de retiro forzoso en la Procuraduría General de la Nación, y los derechos a la salud, al mínimo vital e incluso a la vida digna de Jairo Álvarez Montoya, notoriamente se percibe que retirarlo del cargo, a pesar de que constituye en abstracto una medida compatible con la Constitución, para él implica el desconocimiento de sus derechos en sus particulares circunstancias, en la que como efecto directo de la

desafiliación en salud y de la interrupción de su tratamiento médico, incluso puede acarrear la muerte.

La opción de retirar al accionante del cargo, bien sea de inmediato o un mes después de notificada la sentencia de la que me aparto, implica cuando menos para el señor Álvarez, desde el punto de vista material (i) la imposibilidad de encontrar otro empleo, dada la edad que tiene y la falta de oferta en el mercado laboral para las personas mayores, que se acrecienta si se tiene en cuenta que su diagnóstico de salud presumiblemente le llevará a ausentarse regularmente de su labor; y (ii) dificultades para que una vez desvinculado de su cargo, pueda continuar afiliado al régimen de seguridad social en salud, para efecto de continuar con el tratamiento médico que adelanta con el fin de hacerle frente a la enfermedad que actualmente padece, que además es catastrófica y de alto costo, y para el cual una indemnización sustitutiva puede ser irrelevante.

Bajo esa perspectiva, a mi juicio, en el caso concreto dado que la norma que consagra el retiro forzoso en razón de factores etarios, si bien es constitucional, resulta lesiva de los derechos a la salud y al mínimo vital de una persona en situación de debilidad manifiesta, por su estado de salud y por la imposibilidad material de proveerse otros medios de subsistencia y de perpetuar su afiliación en salud para continuar el tratamiento médico que adelanta para contrarrestar el cáncer que le fue diagnosticado, la Sala no solo pudo, sino que debió aplicar la excepción de inconstitucionalidad frente a lo dispuesto en el artículo 171 del Decreto Ley 262 de 2000, para resguardar material, y no solo formalmente, los derechos del accionante. Al no hacerlo descuidó su deber misional de garantizar la supremacía del texto constitucional.

15. En conclusión, aunque considero que el sentido protector de la decisión responde razonablemente al caso concreto, las órdenes y consideraciones proferidas resultan insuficientes, en suma porque (i) el resguardo de los derechos se basa en una elección aparente del accionante; (ii) no se resuelven todas las alegaciones relevantes del actor; (iii) el limitado alcance que se le dio a la figura del reintegro no se motivó; y, (iv) no responde al sistema de fuentes jerárquico que impera en Colombia, pues era imperativo aplicar la excepción de inconstitucionalidad sobre la norma que prevé el retiro forzoso del accionante y conceder un reintegro indefinido en su caso particular, por cuanto su retiro resulta inconstitucional en este asunto.

Por ende, me aparto parcialmente de la decisión que en esta oportunidad ha tomado la Sala.

Fecha ut supra

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

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

[2] Folio 12 del cuaderno principal.

[3] Folio 13 del cuaderno principal.

[4] Folio 14 del cuaderno principal.

[5] Folio 5 y 6 del cuaderno de Revisión.

[6] Folio 22 del cuaderno principal.

[7] Notificación visible en el folio 32 del cuaderno principal.

[8] Folio 84 del cuaderno principal.

[9] Folio 17 del cuaderno de Revisión.

[10] Folios 24 al 34 del cuaderno de Revisión.

[11] Folios 35 al 48 del cuaderno de Revisión.

[12] Folios 51 y 52 del cuaderno de Revisión.

[13] Folios 53 al 90 del cuaderno de Revisión.

[14] Folio 55 del cuaderno de Revisión.

[15] La Corte Constitucional mediante Sentencia C-754/15 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado)

reiteró el carácter fundamental del derecho a la salud en los siguientes términos: “(...) esta Corporación ha determinado que el derecho a la salud es un derecho fundamental y autónomo esencial para la garantía de la dignidad humana, que comprende el derecho al nivel más alto de salud física, mental y social posible, y que algunas de sus facetas son susceptibles de ser reclamadas mediante la acción de tutela”.

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

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

[18] El artículo 86 de la Constitución Política dispone que: “toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública (...)”.

[19] De conformidad con el Artículo 5º del Decreto 2591 de 1991: “La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2º de esta ley”. CP, art 86º; D 2591/91, art 1º.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

efectos” y, por último, “impartir ordenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer”.

[30] Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Sentencia del cinco (5) de marzo de dos mil catorce (2014). Radicación 25000-23-42-000-2013-06871-01. (C.P. Alfonso Vargas Rincón).

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

[32] Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Sentencia del cinco (5) de marzo de dos mil catorce (2014). Radicación 25000-23-42-000-2013-06871-01. (C.P. Alfonso Vargas Rincón).

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

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

[35] M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

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

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

calidad y un tratamiento eficiente e integral para la enfermedad que se padezca, estos merecen una especial protección por parte del Estado”. Por su parte, en la Sentencia T-142/16 (M.P. Alejandro Linares Cantillo) se afirmó que la Corte Constitucional al estudiar distintos casos ha considerado que por la gravedad, la complejidad y la magnitud del cáncer, las personas que lo sufren gozan de una especial protección constitucional.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[44] Esta disposición fue modificada por el artículo 137 del Decreto Ley 19 de 2012, que

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

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

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

[47] Ibídem.

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

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

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

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

[52] Ley Estatutaria de Administración de Justicia.

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

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

[55] Inciso 2º del artículo 30 del Decreto 1660 de 1978. “Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 15 y 20 de 1972, los Decretos 250 y 762 de 1970, 546 de 1971 y

717 de 1978, y otras disposiciones sobre administración del personal de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de las Direcciones de Instrucción Criminal”.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[67] *Ibídem*.

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

[69] Esta solución, para la Corte Constitucional, contrario a si se ordena que la persona sea retirada sólo cuando cumpla con los requisitos para pensionarse, produciría resultados

perversos al incentivar la discriminación en el ingreso de la función pública a las personas que no hayan cotizado al sistema de seguridad social de forma significativa, en abierta contradicción con el artículo 13 de la Constitución.

[70] *Ibíd.*

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

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

[73] En la Sentencia T-496/10 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) se determinó que: “(...) al hallarse acreditado que con la aplicación objetiva de la norma sobre la edad de retiro forzoso se vulneraron los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas de la actora, se ordenará el reintegro de la señora Magola Quiñones de Rosero al cargo que ocupaba o a uno equivalente al momento en que se produjo su retiro para que en un término prudencial, el cual se considera como un (1) mes, manifieste por escrito (i) si opta por seguir cotizando al sistema de pensiones hasta completar el número de semanas exigidas por la ley para acceder a la pensión de vejez, o exprese (ii) su imposibilidad de seguir cotizando al sistema de pensiones. /No está de más advertir que en el primer evento la Institución no estaría obligada a mantener en el cargo a la actora, pues constituye una opción personal de la trabajadora el querer o no continuar cotizando al sistema hasta

alcanzar el requisito del número de semanas para el respectivo reconocimiento pensional./En el caso de que la actora manifieste su imposibilidad de seguir cotizando al régimen de pensiones y decida de forma libre y espontánea solicitar la indemnización sustitutiva de vejez, deberá la entidad accionada apoyarla en los trámites tendientes a obtener dicho reconocimiento y sólo podrá desvincularla hasta que efectivamente se produzca el reconocimiento y pago de dicha prestación económica”.

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

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

[76] Artículo 4º de la Constitución Política de 1991.

[77] Folios 28 a 34 del cuaderno de Revisión.

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

[80] Pese a no hacerse mención a ello, la fórmula de protección adoptada deviene de la Sentencia T-496 de 2010. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. En esa providencia el derecho a la salud fue reivindicado apenas en forma tangencial y no central, como en este caso. Acoger la determinación allí acogida implica proteger el derecho a la seguridad social pero sin atender las reclamaciones hechas en materia de salud. Obsérvese que en esta sentencia se ordenó: “SEGUNDO. En su lugar, ORDENAR, al Hospital San Andrés de Tumaco E.S.E que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, reintegre a la accionante al cargo que venía desempeñando o a uno de la misma categoría para que manifieste por escrito dentro de un término prudencial, el cual se considera como un (1) mes: a) si opta por seguir cotizando al sistema de pensiones

hasta alcanzar el número de semanas exigidas por la ley dentro de su régimen específico, caso en el cual la Institución no estaría obligada a mantener en el cargo a la actora, pues constituye una opción personal de la trabajadora el querer o no continuar cotizando al sistema hasta alcanzar el requisito del número de semanas para el respectivo reconocimiento pensional; o, // b) si se encuentra en la imposibilidad de seguir aportando al régimen pensional y decide libremente optar por la solicitud de la indemnización sustitutiva de vejez, caso en el cual la entidad accionada deberá apoyarla en los trámites tendientes a obtener dicho reconocimiento y sólo podrá desvincularla hasta que efectivamente se produzca el pago de dicha prestación económica.” El Magistrado Humberto Sierra Porte salvó el voto.

[81] Sentencia T-152 de 2013. M.P. Alexei Julio Estrada.

[82] Sentencia SU-424 de 2012. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[83] Sentencia T-511 de 2015. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. “(...) la congruencia en las providencias judiciales, máxime cuando se está frente a la vulneración de derechos fundamentales, debe predicarse no solo entre los hechos, las pretensiones y el resuelve, sino, además, debe responder también a lo que se logró debatir y probar en el proceso.”

[84] Actualmente la norma está recogida en el artículo 281 del Código General del Proceso, que prevé “La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley. // No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta. // Si lo pedido por el demandante excede de lo probado se le reconocerá solamente lo último.

// En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio.

Parágrafo 1°. En los asuntos de familia, el juez podrá fallar ultrapetita y extrapetita, cuando sea necesario para brindarle protección adecuada a la pareja, al niño, la niña o adolescente,

a la persona con discapacidad mental o de la tercera edad, y prevenir controversias futuras de la misma índole.

Parágrafo 2°. En los procesos agrarios, los jueces aplicarán la ley sustancial teniendo en cuenta que el objeto de este tipo de procesos es conseguir la plena realización de la justicia en el campo en consonancia de los fines y principios generales del derecho agrario, especialmente el relativo a la protección del más débil en las relaciones de tenencia de tierra y producción agraria. // En los procesos agrarios, cuando una de las partes goce del amparo de pobreza, el juez de primera o de única instancia podrá, en su beneficio, decidir sobre lo controvertido o probado aunque la demanda sea defectuosa, siempre que esté relacionado con el objeto del litigio. Por consiguiente, está facultado para reconocer u ordenar el pago de derechos e indemnizaciones extra o ultrapetita, siempre que los hechos que los originan y sustenten estén debidamente controvertidos y probados. // En la interpretación de las disposiciones jurídicas, el juez tendrá en cuenta que el derecho agrario tiene por finalidad tutelar los derechos de los campesinos, de los resguardos o parcialidades indígenas y de los miembros e integrantes de comunidades civiles indígenas.”

[86] VÉSCOVI, Enrique. Teoría General del Proceso. Temis, Bogotá, 1984. P. 53.

[87] Ver entre otras las sentencias T-464 de 2012 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-110 de 2014 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y T-115 de 2015 M.P. Mauricio González Cuervo.

[88] En ella se ampararon los derechos de un exsoldado que “fue calificado en su momento con una incapacidad permanente parcial del 21.24%, (...) el actor refiere haber recuperado su salud y haber puesto esta situación a consideración de la institución con el fin de que se le realizara una nueva valoración médica para determinar su posible reintegro, petición que no fue acogida por el Ejército Nacional. Esto quiere decir que la Sala encontró una serie de irregularidades que afectaron los derechos fundamentales del accionante: (i) un concepto médico que recomienda el retiro, a pesar de valorar la incapacidad en un porcentaje bastante bajo; (ii) una decisión de retiro indebidamente notificada; y, (iii) una respuesta a la solicitud hecha que desconoce el principio de estabilidad en el empleo y el derecho a la salud, más aún respecto de una afección superable.” Así las cosas, la decisión fue reintegrar al accionante, con una situación muy distinta a la del actor en la medida en

que entre otras permanecería en el cargo, sin dar lugar a las prestaciones dejadas de percibir.

[89] Sentencia C-069 de 1995. M.P. Hernando Herrera Vergara.

[90] Sentencia C-400 de 2013. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[91] Ley Estatutaria de Administración de Justicia. Artículo 43, inciso 2. “También ejercen jurisdicción constitucional, excepcionalmente, para cada caso concreto, los jueces y corporaciones que deban proferir las decisiones de tutela o resolver acciones o recursos previstos para la aplicación de los derechos constitucionales.”

[92] Sentencia T-658 de 2005 “La Corte ha sido enfática sobre la potestad que tienen todas las autoridades de la República para llevar a cabo el ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad”. En ese mismo sentido ver Sentencia C-037 de 1996. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

[93] Sentencia T-1028 de 2010. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[94] Sentencia C-122 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

[95] Sentencia C-600 de 1998. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

[96] En el mismo sentido Auto 015 de 2003. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. “El artículo 4 constitucional no sólo permite, sino que ordena que en cualquier caso de incompatibilidad de la Constitución con otra ley o norma jurídica se aplicarán las disposiciones constitucionales. En esa medida, el funcionario judicial que aplique la excepción de inconstitucionalidad en un caso concreto ve plenamente validados sus pronunciamientos a la luz de la Carta Política.”

[97] Sentencia T-298 de 2004. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

[98] Decreto Ley 262 de 2000. Artículo 171. “Edad de retiro forzoso. Todo servidor de la Procuraduría General de la Nación que cumpla la edad de 65 años debe ser retirado del servicio y no podrá ser reintegrado”.