

Sentencia T-413/19

ACCION DE TUTELA PARA OBTENER REINTEGRO DE TRABAJADOR QUE FUE RETIRADO DE SUS LABORES POR HABER CUMPLIDO EDAD DE RETIRO FORZOSO-Procedencia excepcional

PROHIBICION DE DESVINCULACION AUTOMATICA DE PERSONAS QUE LLEGAN A LA EDAD DE RETIRO FORZOSO

La Secretaría de Educación no debió aplicar de manera automática la causal de retiro por alcanzar la edad de retiro forzoso, sin antes verificar si se lesionaban los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada de prepensionado, seguridad social y mínimo vital de la accionante, en tanto el salario era su única fuente de ingresos y no disponía de un patrimonio que respaldara sus gastos, así como tampoco evaluó si la señora María Elvira estaba próxima a pensionarse y le restaban menos de tres años para cumplir el requisito de tiempo cotizado.

EDAD DE RETIRO FORZOSO-Vigencia de la Ley 1821 de 2016 y su aplicación en el tiempo

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

DESVINCULACION DE SERVIDOR PUBLICO POR CUMPLIMIENTO DE EDAD DE RETIRO FORZOSO-Condiciones para que pueda ordenarse reintegro excepcional

DERECHO AL MINIMO VITAL Y A LA SEGURIDAD SOCIAL DE PERSONA DESVINCULADA POR CUMPLIR EDAD DE RETIRO FORZOSO-Orden de reintegrar a accionante al cargo que venía desempeñando u otro similar hasta tanto le sea reconocida la pensión de vejez

Referencia: Expediente: T-7.312.311

Accionante: Melva Elvira Urango Hoyos

Accionado: Gobernación del Departamento de Córdoba y Secretaría de Educación Departamental de Córdoba.

Magistrada Ponente:

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Bogotá D.C., cinco (5) de septiembre dos mil diecinueve (2019).

La Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados José Fernando Reyes Cuartas, Alberto Rojas Ríos y Cristina Pardo Schlesinger, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, profiere la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en la Constitución Política (arts. 86 y 241-9), el Decreto 2591 de 1991 (art. 33) y el Acuerdo 02 de 2015 (art. 55), la Sala de Selección de Tutelas Número Cuatro de la Corte Constitucional, eligió para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia.[1] De conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, la Sala procede a dictar la sentencia correspondiente.

1. Hechos Relevantes[2]

1.1. Melva Elvira Urango Hoyos nació el 22 de julio de 1948 en Cerete (Córdoba)[3] y actualmente tiene 71 años. A partir del 22 de febrero de 1991 fue incorporada a la planta de cargos administrativos de la Secretaría de Educación del Departamento de Córdoba, para desempeñarse como auxiliar de servicios generales, en la Institución Educativa Santa Teresita del municipio de San Pelayo.[4]

1.2. La Secretaría de Educación departamental, mediante Decreto 002003 de octubre 24 de 2017, decidió “retirar del servicio por haber cumplido la edad de retiro forzoso a la señora URANGO HOYOS MELVA ELVIRA”. [5] Este acto administrativo fue objeto de recurso de reposición[6] y resuelto desfavorablemente con el Decreto 002278 de diciembre 26 de 2017, en el que se reiteró que el Decreto Ley 2400 de 1968, modificado por el Decreto Ley 3074 del mismo año, “estableció el cumplimiento de la edad de sesenta y cinco (65) años como causal de retiro forzoso para todos los empleados de la Rama Ejecutiva (artículo 31) (...) La ley 909 de 2004 extendió esta causal de manera general a todos los empleados

públicos de carrera o de libre nombramiento y remoción de las entidades, órganos y organismos mencionados en su artículo 3º”.[7]

1.3. La accionante solicitó entonces a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, entidad que negó la prestación social, mediante la resolución No. 2890116 de julio 3 de 2018,[8] teniendo en cuenta que si bien la peticionaria cumple con la edad exigida, no ocurre lo mismo con el número de semanas, dado que acreditó un total de 1.222.[9]

1.4. La actora solicitó a la Secretaría de Educación del Departamento de Córdoba, mediante escrito de agosto 28 de 2018, “el reintegro junto con el pago de salarios y las prestaciones sociales dejadas de percibir”,[10] sin que conste en el expediente respuesta a esta solicitud.

1.5. De acuerdo con la historia clínica,[11] la accionante padece hipertensión arterial,[12] así como otras dolencias. Además, manifestó que vive con su esposo, quien actualmente tiene 80 años,[13] y según la historia clínica, padece complicaciones de salud e hipertensión arterial.[14]

1.6. Manifestó la accionante que su esposo no percibe ingresos económicos y no posee bienes inmuebles, pues la vivienda en la que reside es propiedad de familiares de su esposo, inmueble que se encuentra localizado en el corregimiento La Madera, ubicado a veinte (20) minutos en moto de la cabecera municipal de San Pelayo. Allí también convive con su nieta[15] y su hija, quien está desempleada desde hace 2 años, por lo que toda la familia depende de los ingresos de la accionante.

1.7. Melva Elvira precisó que los servicios de salud para ella y su esposo eran prestados por la Nueva EPS y actualmente están siendo atendidos en el Camu de San Pelayo. Además, relató que “por lo pronto subsiste de manera precaria de la buena voluntad de amigos y algunos familiares”.[16]

1.8. Con fundamento en lo expuesto, la tutelante solicitó que se protejan los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, mínimo vital, derecho de petición y seguridad social, y que como consecuencia de ello, se ordene el reintegro a su lugar de trabajo, de manera que pueda completar las semanas faltantes para cumplir el requisito de

tiempo cotizado para acceder a la pensión de vejez.

2. Contestación de la entidad accionada y decisiones judiciales objeto de revisión

2.1. Respuesta de la entidad accionada

2.1.1. El Secretario de Educación Departamental manifestó que el Decreto Ley 2400 de 1968, modificado por el Decreto Ley 3074 del mismo año, estableció el cumplimiento de la edad de 65 años como causal de retiro forzoso para todos los empleados de la Rama Ejecutiva, cuyas excepciones no cobijan a la actora. Agregó que la Ley 909 de 2004 extendió esta causal de manera general a todos los empleados públicos de carrera o de libre nombramiento y remoción.

2.1.2. Del mismo modo, señaló que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado emitió concepto el 8 de febrero de 2017, en el que se explicó que: “no pueden permanecer en sus cargos, hasta cumplir los 70 años de edad, las personas que antes de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016 (es decir, hasta el 30 de diciembre de ese año) cumplieron la edad de retiro forzoso a la que estaban sujetos”. En este sentido, concluyó que la accionante tenía 68 años para el 30 de diciembre de 2016, de modo que la edad de retiro forzoso que le era aplicable era 65 años.

2.1.3. Finalmente, sostuvo que cuando Colpensiones incluya a la accionante en nómina de pensionados, “toma la fecha de retiro del servicio”, por lo que dicha entidad “tiene la obligación de asumir el pago del retroactivo de las prestaciones sociales que se causaron desde su desvinculación laboral hasta la fecha de ingreso a nómina”. [17]

2.2. Sentencia de primera instancia[18]

Mediante providencia del 8 de octubre de 2018, el Juzgado Primero Penal Municipal para Adolescentes de Montería-Córdoba, resolvió declarar la improcedencia de la acción de tutela.

2.2.1. Para sustentar su decisión, el a quo argumentó que “no obra en el expediente prueba alguna que le indique a este despacho que la vía ordinaria no es idónea y eficaz para proteger la afectación que presuntamente sufre, pues simplemente alega el perjuicio de no poder ejercer su derecho a completar las semanas (...) pero no demuestra en forma

alguna las condiciones de inminencia, urgencia, gravedad, impostergabilidad (...) solo se observa que padece de hipertensión que no se evidencia ser grave o que no esté siendo controlada (...) la accionante tenía la carga de la prueba”.

2.2.2. Respecto al requisito de inmediatez, sostuvo que en este caso no se gestionó una protección inmediata de los derechos, pues la acción de tutela fue interpuesta “más de un mes” después de haber conocido la negativa para el reconocimiento de la pensión de vejez, “indicativo de la menor gravedad en la presunta vulneración (...) a estas alturas, los citados efectos de la falta de reconocimiento de la pensión de vejez ya están consumados”.

2.2.3. Por último, agregó que el Consejo Superior de la Judicatura, “al confirmar sanciones disciplinarias impuestas a diferentes jueces de tutela”, ha solicitado a los operadores judiciales realizar un adecuado test de procedibilidad de la acción constitucional.

2.3. Impugnación[19]

2.3.1. El apoderado de la parte actora presentó escrito de impugnación dentro del término legalmente establecido para el efecto. Consideró que la señora Melva es una persona de la tercera edad, que merece especial protección constitucional. Además, recordó su situación familiar y la dependencia económica que ese grupo tiene respecto de los ingresos de la accionante.

2.3.2. Con relación al requisito de subsidiariedad, señaló que la acción ante la jurisdicción contencioso-administrativa puede tardar 3 años aproximadamente y la señora Melva “no tiene los recursos y menos la salud para aguantar y soportar una sentencia en firme y el posterior cumplimiento de ella por parte de la entidad pública (...) es poner en riesgo y vulnerabilidad su salud, su bienestar y el de su familia”. Al respecto, citó la sentencia T-048 de 2018 sobre estabilidad laboral reforzada, y concluyó que este requisito exige valorar las circunstancias de cada caso, pues la sola existencia de otro medio judicial no descarta de plano el amparo constitucional.

2.3.3. Respecto a la exigencia de inmediatez, indicó que la presentación de la acción de tutela requería recopilar documentos para sustentar la vulneración de los derechos. En ese sentido, citó un aparte de una sentencia de la Corte Constitucional, en la que se dijo que

“según el accionante el contrato laboral se dio por terminado el 3 de enero de 2017 y la acción de tutela fue presentada el 31 de marzo del mismo año, es decir, 2 meses y 28 días después, lo que no se considera un tiempo desproporcionado”.

2.3.4. Con fundamento en lo anterior, solicitó revocar la decisión proferida por el Juzgado Primero Penal Municipal para Adolescentes de Montería-Córdoba, y en su lugar, que se tutelaran los derechos invocados en el escrito de tutela.

2.4. Sentencia de segunda instancia[20]

2.4.1. El Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con función de conocimiento de Montería-Córdoba, mediante sentencia del 3 de diciembre de 2018, decidió confirmar el fallo recurrido. Coincidió en estimar que para el caso concreto existen otros mecanismos judiciales, dado que no es verificable la existencia de un perjuicio irremediable. Añadió que “no se vislumbra una vulneración a sus derechos fundamentales, dado que como se logra observar no se desvinculó inmediatamente cumplió la edad de retiro forzoso, sino que la dejaron en el cargo durante otro periodo de tiempo”, por lo que se configuró una causal objetiva de despido.

2.4.2. Agregó que no era precisa la calidad de pre pensionada de la accionante, pues si bien contaba con mil doscientas veintidós semanas cotizadas (1.222) “ese monto está lejos para considerar que la actora este ad portas de pensionarse y que de seguir cotizando adquiriría ese beneficio”.

2.4.3. Finalmente, sobre la vulneración al derecho al mínimo vital, señaló que no se evidenció la situación apremiante en la que dijo encontrarse, puesto que no inició de manera “inmediata las diligencias para la protección inmediata de sus derechos”, con lo que descartó el cumplimiento del requisito de inmediatez.

3. Actuaciones en sede de revisión

3.1. Mediante Auto del 8 de julio de 2019, la Magistrada Sustanciadora dispuso que, por Secretaría General de esta Corporación, se vinculara a la Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES, para que manifestara todo lo que considerara pertinente, en relación con sus competencias.

3.2. En cumplimiento del precitado Auto, la Directora de Prestaciones Económicas de Colpensiones, presentó oficio el 15 de julio de 2019, en el que precisó que “el interesado acredita un total de 8.836 días laborados, correspondientes a 1.262 semanas”. [21]

I. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia

De conformidad con las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución Política y en virtud de la selección y del reparto verificado en la forma establecida por el reglamento de esta Corporación, la Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional [22] es competente para revisar los fallos de tutela adoptados en el proceso de la referencia.

2. Estudio de procedencia de la acción de tutela

2.1. Legitimación en la causa por activa y por pasiva. La acción de tutela fue presentada por Melva Elvira Urango Hoyos, quien es la persona que fue retirada del cargo que venía desempeñando, sin que hubiese sido incluida en nómina de pensionados, y por tanto, la titular del derecho al mínimo vital que es objeto de debate en esta providencia. Por su parte, la accionada es la Secretaría de Educación de la Gobernación de Córdoba, entidad pública que expidió el acto administrativo de desvinculación de la demandante.

2.2. Inmediatez. Los jueces que conocieron la acción de tutela en primera y segunda instancia coincidieron en afirmar que el lapso de “más de un mes”, contado entre la negativa dada por Colpensiones para el reconocimiento de la pensión a la actora y la presentación de la acción de tutela, descartaba la urgencia que requiere el amparo para que sea procedente, pues luego de ese tiempo, “los citados efectos de la falta de reconocimiento de la pensión de vejez ya están consumados”. A juicio de la Sala, este argumento es contrario a la jurisprudencia constitucional, en la cual se han señalado criterios con base en los cuales debe valorarse la razonabilidad del plazo en el caso concreto, uno de ellos indica que en tanto la vulneración de los derechos de la víctima permanezca en el tiempo, el daño es actual y por tanto amparable con la acción de tutela. [23]

2.2.1. En este sentido, cuando una persona es retirada del cargo, su salario es la única fuente de ingresos disponibles y no cuenta con un patrimonio que le permita financiar los gastos necesarios para satisfacer sus necesidades básicas, las consecuencias de la privación de su salario persisten en el tiempo, hasta tanto sea incluida en nómina de pensionados o reintegrada a su cargo. De modo que los efectos del acto administrativo de desvinculación siguen siendo vigentes, mientras la carencia de ingresos económicos a favor de la accionante subsista y en consecuencia permanezca la imposibilidad de adquirir los bienes y servicios necesarios para vivir dignamente.

2.2.2. Además, la tutelante fue retirada de su cargo el 24 de octubre de 2017 y el amparo fue interpuesto el 25 de septiembre de 2018, es decir, transcurrieron once meses. La Sala concluye que este lapso es razonable, teniendo en cuenta que no es un periodo que exceda el requerido para adelantar los trámites que en efecto realizó la actora, esto es, reponer el acto administrativo que la desvinculó de su cargo, y ante la negativa, solicitar el reconocimiento de la pensión de vejez ante Colpensiones. Posteriormente, solicitar el reintegro, sin que con el paso del tiempo haya obtenido respuesta. Y finalmente, ejecutar las gestiones requeridas para presentar la acción de tutela. Por tanto, la accionante tuvo una actitud activa durante estos once meses.

2.3. Subsidiariedad. Esta Corporación ha establecido que por regla general la acción de tutela procede excepcionalmente para cuestionar actos administrativos de contenido particular y concreto. De manera que procede como “mecanismo transitorio, en los eventos en que se pretenda evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable; o como mecanismo definitivo, cuando la acción judicial ordinaria no sea idónea o eficaz para la protección de los bienes jurídicos en juego[24]”. [25]

2.3.2. En este sentido, esta Corporación ha estudiado varios casos en los que las personas han sido desvinculadas del servicio, bajo la causal de retiro forzoso, cuando aún no habían completado el tiempo de cotización para acceder a la pensión de vejez. En el caso de un trabajador que se desempeñaba como vigilante, le faltaban dos meses y medio para completar los veinte años de cotización y fue retirado del cargo bajo el argumento de haber alcanzado la edad de retiro forzoso, esta corporación estimó en esa oportunidad que

El argumento de falta de subsidiariedad decretado en el fallo de tutela de primera instancia

y confirmado en el de segunda no tiene asidero en el presente caso, porque someter al actor a iniciar una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, faltándole menos de tres meses para completar las cotizaciones requeridas para obtener su pensión de vejez resulta desproporcionado; asimismo conllevaría el agravamiento de su derecho al mínimo vital por el transcurso del tiempo haciendo más ostensible el perjuicio irremediable; contrario a lo manifestado por los jueces de instancia, para la Sala este perjuicio se evidencia en consideración a la terminación del contrato de trabajo del cargo de vigilante, sin que se haya completado el tiempo para consolidar su derecho a devengar la pensión de vejez.[28]

2.3.3. Posteriormente, en la sentencia T-294 de 2013,[29] este Tribunal estudió el caso de un docente desvinculado que había cotizado más de dieciocho (18) años y tenía sesenta y cinco (65) años. En esa oportunidad concluyó que “la avanzada edad de los solicitantes, sumada a la falta de recursos económicos para asumir los costos y asumir su manutención mientras aguardan los resultados de un proceso judicial, hacen que resulte desproporcionado someter a estas personas a esperar el pronunciamiento de la jurisdicción administrativa. En tales circunstancias, de manera excepcional se ha abierto camino a la acción de tutela, sea como mecanismo principal[30] o transitorio,[31] dependiendo de las particulares circunstancias de cada caso”.

2.3.4. Por su parte, en la sentencia T-360 de 2017, se recordó que “Cuando se trata de solicitudes de reintegro de personas que han sido retiradas de su cargo por haber alcanzado la edad de retiro forzoso, este Tribunal ha reiterado que la acción de tutela procede excepcionalmente como mecanismo definitivo cuando (i) al momento de su desvinculación no había logrado el reconocimiento de una pensión que garantizara su derecho al mínimo vital y (ii) no cuenta con otra fuente de ingresos que le permita satisfacer sus necesidades básicas[32]”.

En esta oportunidad, el caso que ocupó a la Corte fue el de una persona que se desempeñaba como celador en una institución educativa y fue retirado del servicio cuando cumplió 65 años y le faltaban 139 semanas para completar las 1300. En ese caso, esta Corporación consideró que se cumplía el requisito de subsidiariedad y que la acción de tutela procedía como mecanismo definitivo pues involucraba a una persona de la tercera edad, cuando fue desvinculado no se le había reconocido la pensión y no contaba con otra

fuentes de ingresos para satisfacer sus necesidades básicas.

2.3.5. Con relación al requisito que exige que la persona que invoca el amparo constitucional, no cuente con otra fuente de ingresos que le permita solventar sus necesidades básicas, en la sentencia T-357 de 2016,[33] se reiteró que “esta Corporación ha considerado en diferentes ocasiones y contextos que la ausencia de recursos económicos, con las consecuencias que tal circunstancia acarrea en la decisión del asunto, no debe ser probada por el peticionario sino que le corresponde a la parte accionada controvertir tal aseveración”.

2.3.6. En conclusión, la acción de tutela es procedente en el caso concreto, pues se trata de una adulta mayor de 71 años, es decir, involucra a una persona de la tercera edad, por lo que es un sujeto de especial protección constitucional. Adicionalmente, su única fuente de ingresos era su salario, no posee vivienda propia y tiene a su cargo a su esposo, quien es un adulto mayor de más de 80 años. Además, también dependían del salario de la accionante su hija y nieta, pues aquella ha estado desempleada por varios años. De manera que la Sala de Revisión concluye que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no es un mecanismo eficaz, porque implicaría para la accionante prolongar su precaria situación económica por varios años, colocándola en una situación de espera mientras sus circunstancias se agravan diariamente, a medida que ella y su esposo avanzan en edad. Adicionalmente, a la accionante le faltan solamente 38 semanas para completar las 1300 semanas requeridas para acceder a la pensión de vejez.

2.3.7. Además, la Sala estima que las medidas cautelares nominadas e innominadas previstas en el Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo no resultan eficaces porque: Primero, están sujetas a formalidades procesales, pues deben presentarse mediante apoderado judicial; Segundo, generalmente requieren que el solicitante preste caución, aun cuando sean de urgencia; y finalmente, es una protección transitoria del derecho, mientras que el amparo puede ser definitivo.

2.3.8. Del mismo modo, la Sala de Revisión encuentra que el Juez de primera instancia afirmó erróneamente que la señora Melva Elvira “no demuestra en forma alguna las condiciones de inminencia, urgencia, gravedad, impostergabilidad (...) la accionante tenía la carga de la prueba”, pues como bien ha sido expuesto en la jurisprudencia

constitucional,[34] no puede exigirse al peticionario que allegue pruebas de la precariedad económica en la que se encuentra, con el objeto de demostrar el perjuicio irremediable en relación con el mínimo vital, pues ante la afirmación del actor, la entidad es quien tiene la carga de controvertir el relato del accionante.

3. Planteamiento del problema jurídico

3.2. Para responder la pregunta formulada, la Sala de Revisión abordará los siguientes temas: Primero, la vigencia de la Ley 1821 de 2016 y su aplicación en el tiempo; Segundo, la aplicación de la causal objetiva de desvinculación por cumplimiento de la edad de retiro forzoso; Tercero, la estabilidad laboral reforzada de prepensionado; y finalmente, el derecho de petición. Posteriormente, se resolverá el caso concreto.

4. Vigencia de la Ley 1821 de 2016 y su aplicación en el tiempo.

4.1. Con la Ley 1821 de 2016, promulgada el 30 de diciembre de 2016, aumentó la edad de retiro forzoso para el desempeño de cargos públicos, la cual paso de 65 a 70 años. Una vez fue necesario aplicar esta nueva norma, surgieron dudas sobre su vigencia, dado que en el texto no se incluyó un régimen de transición, cuestión que motivó que el Gobierno Nacional solicitara concepto al Consejo de Estado, con el fin de clarificar “la situación de las personas que alcanzaron la edad de retiro forzoso antes de la entrada en vigencia de la nueva ley, pero que por diferentes razones, continuaban ejerciendo funciones públicas”.[35]

4.2. El Consejo de Estado respondió la consulta y explicó que el artículo 2º del proyecto de ley[36] contenía la frase “salvo quienes hayan cumplido la edad de 65 años”, pero luego fue retirada del texto, sin que con ello se hubiese alterado la intención del legislador de “sustraer de los efectos de la ley a quienes hubieran cumplido la edad de retiro forzoso. Simplemente la frase en cita se eliminó, pues a criterio del legislador era inocuo plantear la salvedad, en la medida en que debía entenderse incorporada en el texto propuesto”.[37]

4.3. En el mismo sentido, allí se mencionó que esta Ley no tiene efectos hacia el pasado, “pues al acoger el legislador el denominado efecto general inmediato de las leyes que constituye en esta materia la regla general, descarta que la Ley 1821 pudiese tener

efectos retroactivos o ultractivos. En armonía con lo anterior, debe observarse que el Congreso de la República no estableció un régimen de transición en parte alguna de la Ley 1821 de 2016, como hubiera podido hacerlo, ni para disponer que las personas que estuvieran cerca de cumplir la edad de retiro forzoso anterior (65 años) quedaran por fuera del incremento en dicha edad efectuado por la Ley 1821, ni para permitir, por el contrario, que quienes hubiesen cumplido 65 años en un determinado lapso anterior a la publicación de la ley, pudieran acogerse a la nueva edad de retiro forzoso”.[38]

4.4. Con base a lo expuesto, la sala de Consulta concluyó que la Ley 1821 de 2016 no tiene efectos retroactivos, y por tanto, no aplica para las personas que ya habían cumplido con la edad de retiro forzoso de 65 años, para la fecha de entrada en vigencia de dicha norma, aun cuando siguieran en el cargo, pues “podría pensarse que la situación jurídica descrita no está consolidada mientras la persona concernida no se haya retirado efectivamente del cargo, ni cesado efectivamente en sus funciones. Sin embargo, a juicio de la Sala, esta interpretación resulta equivocada, desde un punto de vista conceptual, pues no debe olvidarse que una cosa son las situaciones jurídicas, que se clasifican en hechos jurídicos y actos jurídicos, y otra son las situaciones de hecho o los simples acontecimientos. Así, el hecho de que un servidor público (para citar un ejemplo) haya llegado a la edad de retiro forzoso prevista en la ley, es una situación jurídica completa o consolidada, porque de ella se derivan efectos jurídicos (principalmente deberes), mientras que el hecho de que tal individuo permanezca en el cargo es, desde este punto de vista, una situación de hecho”.

4.5. Por su parte, la Corte Constitucional abordó el estudio de exequibilidad de la Ley 1821 de 2016, en la sentencia C-084 de 2018, allí citó el concepto del Consejo de Estado y a partir del mismo concluyó lo siguiente:

Así las cosas, en términos prácticos, la ley tendría dos consecuencias: (a) ampliar la edad de retiro para las personas que estando cobijadas por la causal y no habiendo sido exceptuadas por el inciso segundo del artículo 1[39], no hubieran cumplido la edad prevista en la normatividad anterior (65 años), al momento de entrar a regir la Ley 1821 de 2016; y (b) someter a la nueva edad de retiro forzoso (70 años) a las personas que no habiendo cumplido esa edad al 30 de diciembre de 2016 y no encontrándose incursas en las excepciones previstas en el inciso segundo del artículo 1, no estaban sujetas a la causal de

retiro forzoso por la edad, conforme a la legislación anterior.

Con fundamento en lo expuesto, se dio respuesta a las preguntas formuladas por el Gobierno Nacional, en primer lugar, señalando que respecto de quienes ya había operado la edad de retiro forzoso antes del 30 de diciembre de 2016, así siguieran en sus cargos por cualquier motivo, debían ser retirados efectivamente del servicio, dentro de los términos y condiciones que se señalan en la ley.

4.6. A continuación, este Tribunal abordó uno de los cargos que cuestionaba el impacto de esta Ley en el concurso de méritos para acceder al cargo de Notarios Públicos. En este punto, esta Corporación hizo suyo el concepto del Consejo de Estado y con base en él, concluyó que la Ley cobija a quienes no habían alcanzado la edad de retiro forzoso para la fecha de promulgación de la Ley, pues “como lo mencionó el Consejo de Estado, las personas que no habían llegado a la edad de retiro forzoso antes de la entrada en vigor de la Ley 1821 de 2016, podían continuar en sus cargos hasta llegar al máximo de los 70 años, sin que se produzca, por tal decisión, la vacante esperada (de carácter accidental) y, por ende, se activase a favor del aspirante el derecho adquirido a ser nombrado”.^[40]

5. La prohibición constitucional de la desvinculación automática de las personas que alcanzan la edad de retiro forzoso. Reiteración de jurisprudencia.

5.1. La normas que fijan una edad específica como causal de retiro forzoso han sido objeto de estudio en este Tribunal y reiteradamente se ha establecido su constitucionalidad, con base en dos argumentos principales: Primero, es un mecanismo de renovación de los cargos públicos, que no lesiona el derecho a la igualdad, dado que brinda “oportunidades laborales a otras personas, que tienen derecho a relevar a quienes ya han cumplido una etapa en la vida”;^[41] Segundo, las personas de la tercera edad que alcancen dicho tope, no quedan en una situación de indefensión porque el ordenamiento jurídico “prevé que habrá una compensación, es decir, la pensión de vejez, con lo cual se le da lo debido en justicia a las personas mayores de 65 años, y no quedan en estado de necesidad, ni de indefensión ante la vida”.^[42]

5.2. No obstante, esta Corporación también ha establecido que dicha causal objetiva de retiro del servicio no puede ser aplicada automáticamente por las autoridades públicas, sino que su materialización debe ser razonable y ajustarse a las condiciones que suponen

su exequibilidad, es decir, como ha sido expuesto en las sentencias de constitucionalidad citadas, que la persona reemplaza los ingresos provenientes del salario con la mesada pensional para financiar sus necesidades básicas. En contraste, si la causal se pone en marcha sin considerar que efectivamente así suceda, de manera que las personas enfrentan un cese intempestivo en los ingresos que venía percibiendo y sin un patrimonio que respalde su nueva situación, entonces surge una vulneración al derecho fundamental al mínimo vital.

5.3. En este sentido, en la sentencia T-012 de 2009,[43] esta Corporación se ocupó del caso de un docente retirado del cargo cuando cumplió 65 años. Al respecto, consideró la Corte que aun cuando la fijación de una edad de retiro como causal de desvinculación 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 derechos fundamentales, máxime teniendo en cuenta que se trata de personas de la tercera edad”. Por tanto, se ordenó el reintegro del accionante al cargo que venía desempeñando o uno equivalente, hasta que el Fondo de Pensiones se pronunciara sobre la solicitud de pensión de jubilación.[44]

5.4. En la sentencia T-865 de 2009,[45] el caso que ocupó a la Corte trató de una persona que se desempeñó como celador en un Hospital y fue desvinculado una vez cumplió 65 años, sin que hubiese un pronunciamiento de fondo sobre su solicitud de reconocimiento de pensión de vejez. Esta colegiatura determinó que el empleador vulneró el derecho fundamental del accionante al mínimo vital “sin haber realizado una valoración de sus circunstancias particulares” y sin considerar que el demandante iba a encontrar inconvenientes para el reconocimiento de la pensión de vejez “imputables a la mora de su empleador, y que por lo tanto el pago de la prestación de vejez no podría materializarse en el corto plazo”. En consecuencia, ordenó el reintegro al cargo que desempeñaba o uno equivalente hasta tanto fuese incluido en nómina de pensionados.

5.5. En la sentencia T-660 de 2011,[46] fue estudiado el caso de un funcionario de la Fiscalía General de la Nación, retirado del cargo cuando había cotizado “1.022 semanas, o sea 19 años, 10 meses y 17 día”. Al respecto, la Corte consideró que la persona debía ser reintegrada hasta tanto el Instituto de Seguros Sociales se pronunciara de fondo respecto

de la solicitud de pensión de vejez.

5.6. Por su parte, en la sentencia T-842 de 2012[47] se analizó el caso de una persona que ocupaba el cargo de conductor en la Alcaldía Municipal de Machetá y fue desvinculada cuando tenía 70 años. Colfondos S.A., manifestó que no tenía el capital suficiente para financiar la pensión de vejez y el empleador reportaba deuda por aportes en la cuenta de ahorro individual del solicitante. Al respecto, se estimó que debido a que la situación pensional del actor no estaba definida y su retiro se realizó “sin tener presentes sus circunstancias particulares”, se vulneró el derecho fundamental al mínimo vital del solicitante. En ese sentido, esta Corporación ordenó el reintegro sin solución de continuidad.

5.7. Posteriormente, en la sentencia T-294 de 2013[48] fueron sintetizadas las reglas fijadas en la jurisprudencia constitucional para conciliar la aplicación de una causal objetiva de retiro forzoso y la garantía de los derechos fundamentales al mínimo vital y vida digna.[49] En esta providencia se señalaron cuatro escenarios posibles en los que la causal objetiva de retiro forzoso debe aplicarse de forma razonable, esto es, valorando las circunstancias de cada caso.[50] La hipótesis que resulta pertinente para resolver el problema jurídico planteado es la siguiente:

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.[51]

En esta oportunidad, un docente con discapacidad visual fue retirado del servicio cuando cumplió 68 años, momento en el que había completado 18 años de servicio. En ese sentido, se ordenó el reintegro al cargo que venía desempeñando o a otro igual o de similar

categoría al que ocupaba, así como el pago de todos los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde su desvinculación hasta su efectivo reintegro laboral.

Por otra parte, también se ordenó a la entidad accionada recaudar la información necesaria para organizar la historia laboral del solicitante, pues esta Corporación consideró que el empleador tiene un deber de colaboración activa para actualizar la historia laboral del empleado que va a ser retirado del servicio y acompañarlo en la gestión de los trámites para el reconocimiento de la pensión, teniendo en cuenta que se encuentra en mejor posición, de modo que “aunque el trabajador está obligado a suministrar toda la información necesaria para reconstruir su historia laboral y certificar los tiempos de cotización, no es de recibo que una entidad pública traslade por completo al trabajador toda la carga de gestión que ello demanda”.

5.8. En la sentencia T-682 de 2014,[52] fue objeto de análisis el retiro de una docente de 65 años, responsable de su esposo de 71 años con discapacidad, quienes además fueron retirados del servicio de salud. Además, se verificó que el salario era la única fuente de ingresos de la accionante, de manera que se ordenó “el reintegro de la docente y pago de los salarios dejados de percibir, así como las correspondientes prestaciones a que haya lugar hasta tanto sea incluida en nómina de pensionados”.

5.9. El objeto de estudio en la sentencia T-718 de 2014[53] fue la desvinculación de un ciudadano que fue nombrado en el cargo de auxiliar de servicios generales grado 1 en la Secretaría de Educación de Boyacá, luego de 19 años de servicios, con base a la causal de edad retiro forzoso. Estimó este Tribunal que “de materializarse el retiro como lo pretende la demandada, se interferiría intensamente en la capacidad del actor para procurarse los bienes esenciales de vida para él y su familia, a pesar de que ha laborado ininterrumpidamente por un largo periodo en el mismo lugar”. De manera que confirmó la decisión del Juez de primera instancia que ordenó su reintegro sin solución de continuidad.

5.10. En la sentencia T-643 de 2015,[54] fue objeto de estudio la desvinculación de un docente por alcanzar la edad de retiro forzoso. En esa oportunidad, se señaló que “se incumplió con la regla impuesta por esta Corporación, por virtud de la cual de manera previa a su aplicación, se impone a las autoridades públicas el deber de tener en cuenta si

al funcionario ya se le ha reconocido un derecho pensional o si tiene alguna otra fuente de ingresos o rentas que le permita asegurar su subsistencia y el de su familia, con ocasión del tránsito que se produce entre una situación de empleo a una de desempleo”.

En ese mismo sentido, se consideró que las 126 semanas que faltaban para cumplir el requisito exigido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y acceder a la pensión de vejez, es una “circunstancia que implica tener al actor dentro del rango de protección de los prepensionados”, pues tal número de semanas equivale a menos de tres años. Por tanto, este Tribunal ordenó a la entidad accionada reintegrar al actor en el cargo que venía desempeñando, o a otra igual o similar categoría al que ocupaba, hasta tanto le fuese reconocida la pensión de vejez y se produjera su inclusión en nómina.

5.11. Por su parte, uno de los casos estudiados[55] en la sentencia T-360 de 2017,[56] trató de un hombre de 65 años, quien fue desvinculado del cargo de celador en una Institución Educativa, bajo el argumento de que había cumplido la edad de retiro forzoso, pese a que le faltaban 139 semanas para completar las 1300 requeridas para el reconocimiento de la pensión de vejez. Al respecto, la Corte Constitucional consideró que es

Pertinente flexibilizar la aplicación de la regla de retiro forzoso a fin de evaluar si la persona ha logrado garantizar su mínimo vital o no. En caso de que no hay logrado garantizar su mínimo vital adquiriendo sus derechos pensionales, la entidad deberá mantenerlo en su cargo hasta que se le reconozca su pensión y se produzca su registro en nómina (...) Se trata en consecuencia, de establecer una solución que haga posible el tránsito entre la culminación de la actividad laboral y la obtención de los beneficios de la pensión (...) Esta regla no impide la desvinculación del trabajador si se configura otro tipo de causal que lo justifique, asociada por ejemplo, al cumplimiento de sus obligaciones.

En este caso, esta Corporación concluyó que para el accionante el salario era su única fuente de ingresos, no contaba con recursos económicos disponibles para su subsistencia y dependía de la caridad de una sobrina. Agregó que debido a que el actor se desempeñó desde 1992 en la institución educativa de Caldas, le resultaría difícil acceder a un empleo o devengar ingresos por la prestación de servicios profesionales. Además, se verificó que estaba cerca de recibir la pensión de vejez, por lo que “se considera que su desvinculación

no fue razonable en la medida que no se evaluó su situación particular previo a la aplicación de la causal del cumplimiento de edad de retiro forzoso para verificar que no se afectara su mínimo vital”. En este sentido, se concedió el amparo del derecho al mínimo vital y seguridad social del accionante, y se ordenó su reintegro al cargo que venía desempeñando u otro similar al que ocupaba, hasta que se produjera la inclusión en nómina en calidad de pensionado.

6. La estabilidad laboral reforzada de prepensionado. Reiteración de jurisprudencia.

6.1. Debido a que la Corte Constitucional ha considerado que las personas, aun cuando hayan alcanzado la edad de retiro forzoso, tienen derecho a permanecer en el cargo hasta que completen los requisitos para acceder a la pensión de vejez, cuando su mínimo vital dependía de su salario, esta Corporación, con el ánimo de delimitar en el tiempo la aplicación de esta regla por parte de las entidades públicas, inicialmente acudió al término de tres años previsto para la protección de los prepensionados en el marco de la política social denominada retén social, y posteriormente, estimó la protección constitucional de las personas que están próximas a pensionarse desde la categoría de prepensionados en todos los contextos laborales, tanto públicos como privados.

6.2. De ese modo, en la sentencia T-495 de 2011,[57] se estudió la desvinculación de un trabajador de 66 años, quien se desempeñaba como vigilante de una institución educativa y había cotizado durante 19 años y 9 meses y medio. En esa ocasión, por primera vez, se señaló que pese a que la figura del retén social fue prevista para la liquidación de entidades públicas y “no es el caso que nos ocupa, el ejemplo sirve como parámetro de interpretación jurídica para no tomar estas decisiones únicamente bajo criterios objetivos”. Por lo que concluyó que “el actor ha debido ser mantenido en el cargo hasta completar los 20 años de cotizaciones, y luego de completarlos, ha debido permanecer en el mismo, hasta que el Fondo de Pensiones le empezara a pagar efectivamente su mesada pensional”. En consecuencia, se ordenó a la entidad accionada expedir un nuevo acto administrativo con el objeto de reintegrar al accionante, sin solución de continuidad, al cargo de celador o a uno de las mismas condiciones salariales que venía desempeñando. Igualmente, ordenó al Fondo de Pensiones reconocer y pagar la pensión de vejez al accionante.

6.3. En el mismo sentido, en la sentencia T-294 de 2013, ya citada en esta providencia, este Tribunal reiteró que

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.[58] (Negrilla fuera del texto original).

6.4. Posteriormente, en la jurisprudencia se ha venido haciendo referencia a la estabilidad laboral reforzada de los prepensionados, teniendo en cuenta que en varios casos venía negándose dicha protección, bajo el argumento que no se trataba de las circunstancias previstas para la política social denominada reten social. Al respecto, se señaló que “la Corte desestima lo expresado por los jueces de instancia, en el sentido de confundir la estabilidad laboral reforzada de los prepensionados con la figura del retén social, para concluir erróneamente que la mencionada estabilidad solo es aplicable en los casos que el retiro del cargo se sustenta en su supresión ante la liquidación de la entidad y en el marco de los procesos de restructuración de la Administración Pública”.[59]

6.5. Del mismo modo, en la sentencia T-326 de 2014, se precisó que “la condición de prepensionado, como sujeto de especial protección, no necesita que la persona que alega pertenecer a dicho grupo poblacional se encuentre en el supuesto de hecho propio de la liquidación de una entidad estatal y cobija incluso a los trabajadores del sector privado que se encuentren próximos a cumplir los requisitos para acceder a una pensión por lo que puede decirse que tiene la condición de prepensionable toda persona con contrato de trabajo que le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez.”.

6.6. De ahí que en la sentencia T-643 de 2015,[60] en la que fue objeto de estudio la desvinculación de un docente por alcanzar la edad de retiro forzoso, se señaló que las 126 semanas que faltaban para cumplir el requisito exigido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y acceder a la pensión de vejez, es una “circunstancia que implica tener al actor dentro del rango de protección de los prepensionados”.

6.7. Del mismo modo, en la sentencia T-638 de 2016,[61] se expuso que “la estabilidad laboral de los prepensionados es una garantía constitucional de los trabajadores del sector público o privado, de no ser desvinculados de sus cargos cuando se encuentren a puertas de cumplir con los requisitos para acceder a la pensión de vejez. De otro lado, no basta la mera condición de prepensionado, sino que se precisa verificar si hubo afectación de los derechos fundamentales.[62]”. [63]

6.8. En el mismo sentido, este Tribunal explicó recientemente que “se brinda un escenario de mayor seguridad jurídica en la aplicación de la edad de retiro,[64] sobre la base de la jurisprudencia que por vía tutela ha considerado que la citada causal no puede emplearse de manera automática, generalizada, ni indiscriminada, sin tener en cuenta la situación particular de cada servidor, especialmente, en lo referente a la garantía de sus condiciones básicas de subsistencia. [65] Para lograr tal fin, en casos particulares, se ha brindado la posibilidad de que se continúe en el servicio por un plazo máximo de tres años, hasta que se cumplan con los requisitos para acceder a la pensión[66]”. [67] (Negrilla fuera del texto original).

6.9. Ahora bien, dado que la estabilidad laboral reforzada de los prepensionados, “protege la expectativa del trabajador de obtener su pensión de vejez, ante su posible frustración como consecuencia de una pérdida intempestiva del empleo. Por tanto, ampara la estabilidad en el cargo y la continuidad en la cotización efectiva al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones”, [68] en la sentencia SU-003 de 2018[69] se estableció que el requisito para acreditar esta condición y ser beneficiario de esta protección constitucional es que, “las personas vinculadas laboralmente al sector público o privado, que están próximas (dentro de los 3 años siguientes) a acreditar los dos requisitos necesarios para obtener la pensión de vejez (la edad y el número de semanas – o tiempo de servicio – requerido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o el capital necesario en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad) y consolidar así su derecho a la pensión”.

7. Derecho Fundamental de Petición. Reiteración de jurisprudencia.

7.1. El derecho fundamental de petición está consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política y con este se protege el derecho de todos los ciudadanos de presentar peticiones respetuosas y a obtener una respuesta en los plazos fijados en la Ley 1755 de 2015, por medio de la cual se reguló esta garantía constitucional.

7.2. Esta Corporación ha reiterado que el contenido esencial del derecho fundamental de petición incluye: “(i) la posibilidad efectiva de elevar, en términos respetuosos, solicitudes ante las autoridades, sin que éstas se nieguen a recibirlas o se abstengan de tramitarlas; (ii) la respuesta oportuna, esto es, dentro de los términos establecidos en el ordenamiento jurídico, con independencia de que su sentido sea positivo o negativo; (iii) una respuesta de fondo o contestación material, lo que implica una obligación de la autoridad a que entre en la materia propia de la solicitud, según el ámbito de su competencia, desarrollando de manera completa todos los asuntos planteados (plena correspondencia entre la petición y la respuesta) y excluyendo fórmulas evasivas o elusivas[70].”[71]

7.3. En la sentencia C-418 de 2017, la Corte, nuevamente, reiteró las reglas que orientan el ejercicio y garantía del derecho fundamental de petición, algunas de ellas son las siguientes:

7.3.1. El derecho de petición es un derecho fundamental y es determinante para la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa.

7.3.2. Es un medio para la garantía de otros derechos fundamentales, como la libertad de expresión.

7.3.3. La respuesta dada a la petición debe satisfacer los siguientes requisitos: (i) Oportuna, es decir, dentro de los plazos previstos en la ley; (ii) La respuesta debe resolver de fondo el asunto planteado, además debe ser precisa, clara y congruente con lo solicitado; y (iii) debe ser puesta en conocimiento del peticionario.

8. Solución del caso concreto

8.1. Melva Elvira Urango Hoyos presentó acción de tutela con fundamento en que la

Secretaría de Educación del Departamento de Córdoba, a través de acto administrativo la retiro del servicio por haber alcanzado la edad de retiro forzoso, que para el caso era 65 años, según lo previsto en el Decreto Ley 2400 de 1968. En el momento de la desvinculación, la accionante había cotizado 1.262 semanas, de manera que el Fondo de Pensiones- Colpensiones, negó el reconocimiento de la pensión de vejez porque le faltaban 38 semanas para completar el requisito de tiempo para acceder a dicha prestación social.

8.2. En este contexto, la Sala de Revisión advierte que la Secretaría de Educación del Departamento de Córdoba, tanto en el acto administrativo que desvinculó de su cargo a la accionante, como en la respuesta dada al Juez de primera instancia dentro del trámite de la acción de tutela, sostuvo que dicho retiro obedeció a la aplicación del Decreto Ley 2400 de 1968, modificado por el Decreto Ley 3074 y la ley 909 de 2004, según las cuales es una causal de retiro del servicio alcanzar los 65 años. Como bien se expuso en la parte considerativa de esta providencia, la accionante ya había cumplido 65 años, que para entonces correspondía a la edad de retiro forzoso según el Decreto Ley 2400 de 1968. Esto ocurrió, cuando la Ley 1821 ya había sido promulgada, esto es, diciembre 30 de 2016, pues para esta fecha, Melva Elvira ya tenía 68 años, por lo que su situación jurídica ya estaba consolidada, aunque hubiese permanecido en el cargo, tal como lo explicó el Consejo de Estado en el concepto citado.

8.3. Ahora bien, en la narrativa del acto administrativo de desvinculación, no se evidencia una valoración adicional de las especiales circunstancias en las que se encontraba la señora Melva Elvira. En efecto, las autoridades públicas y sus respectivas oficinas de personal tienen la responsabilidad de asegurar que esta causal se aplique en sus instituciones, de manera que se cumpla el fin constitucional legítimo que tiene dicha medida, esto es, asegurar el relevo generacional en el servicio público para que todas las personas tengan oportunidad de acceder a estos empleos y de ese modo, realizar el derecho a la igualdad en el acceso a cargos públicos. Así ha sido reiterado por la jurisprudencia de esta Corporación, en la que se ha declarado la exequibilidad de las normas que disponen un tope de edad para permanecer en el desempeño de funciones públicas. Al respecto, se ha dicho que es un mecanismo idóneo para garantizar “oportunidades laborales a otras personas, que tienen derecho a relevar a quienes ya han cumplido una etapa en la vida”. [72]

8.4. No obstante, también se precisó que esta disposición legal es constitucional en la medida que quien es retirado del servicio, siendo un adulto mayor, compensa su salario con la mesada pensional, de manera que continua percibiendo los ingresos para satisfacer sus necesidades básicas para él y su familia a cargo, sin que su derecho fundamental al mínimo vital resulte lesionado. En este sentido, ha dicho este Tribunal que quienes alcancen los 65 años y deban ser retirados del servicio no quedan en una situación de indefensión o vulnerabilidad, porque esta medida “prevé que habrá una compensación, es decir, la pensión de vejez, con lo cual se le da lo debido en justicia a las personas mayores de 65 años, y no quedan en estado de necesidad, ni de indefensión ante la vida”. [73]

8.5. Sin embargo, como bien lo ilustra el caso bajo estudio, las circunstancias fácticas de los ciudadanos indican que no necesariamente coincide el momento en el que se alcanza la edad de retiro forzoso con el reconocimiento de la pensión de vejez. De manera que si la persona cumple 65 años y es desvinculada cuando no dispone de ingresos adicionales o de un patrimonio que respalde la carencia del salario, efectivamente queda en una situación de indefensión y debilidad que afecta directamente su derecho fundamental al mínimo vital y el de su familia a cargo.

8.6. Esta es la situación de la señora María Elvira Hoyos, quien actualmente tiene 71 años y para el momento que fue desvinculada por alcanzar la edad de retiro forzoso, su única fuente de ingresos era su salario, con el que financiaba los gastos de alimentación, transporte, vestido, salud y demás bienes y servicios necesarios para satisfacer tanto sus necesidades básicas como las de su familia a cargo. La vivienda que habita junto con su esposo, hija y nieta no es de su propiedad, sino que pertenece a unos familiares. Por su parte, su esposo tiene 80 años y no recibe ingreso alguno, ni por salarios, como tampoco percibe una mesada pensional. Además, la accionante tiene a cargo a su hija y a su nieta de 6 años, pues la primera ha estado desempleada por varios años. Adicionalmente, en el relato dado por la accionante en el escrito de tutela, manifestó que desde su retiro apenas “subsiste de manera precaria de la buena voluntad de amigos y algunos familiares”.

8.7. De esta manera, la accionante fue desvinculada por la Secretaria de Educación Departamental, sin que se evaluaran sus circunstancias particulares. De haberse hecho esta constatación, se hubieran verificado las condiciones descritas en el numeral anterior y que la señora Melva vivía exclusivamente con los ingresos provenientes de su salario. Además,

la entidad tampoco corroboró que le faltaban tan solo treinta y ocho semanas para culminar el requisito de cotizaciones, para atender a la estabilidad laboral reforzada de la que gozan los prepensionados, y de ese modo, verificar que se cumpliera con la condición que torna constitucional la disposición legal de desvinculación por alcanzar la edad de retiro forzoso, esto es, que la actora estuviese incluida en nómina de pensionados.

8.8. Efectivamente, la accionante completó para la fecha de su retiro 1.262 semanas cotizadas, como lo señaló Colpensiones[74], de suerte que le faltaban sólo 38 semanas para completar el requisito de tiempo y de ese modo reunir las condiciones para acceder a la pensión de vejez. En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha señalado que con base a la estabilidad laboral de la que gozan los prepensionados y que ha aplicado a estos casos, si a la persona le faltan 3 años o menos para completar el requisito de tiempo cotizado y se cumple con la condición de afectación al mínimo vital, tal como fue expuesto previamente, es deber de la entidad pública permitir que la persona continúe trabajando hasta tanto sea incluida en nómina de pensionados, con el objetivo de asegurar la continuidad en el flujo de ingresos con los que es posible sufragar sus necesidades básicas.

8.9. En este sentido, el Juez de segunda instancia pasó por alto la jurisprudencia expuesta en la parte considerativa de esta providencia, cuando afirmó que el monto de semanas cotizadas por la accionante “está lejos para considerar que la actora este ad portas de pensionarse y que de seguir cotizando adquiriría ese beneficio”. En contraste, para esta Sala es claro que la señora María Elvira si estaba próxima a pensionarse y le restaba un corto tiempo para alcanzar el requisito de las 1300 semanas, conforme al parámetro de tres años establecido por esta Corporación.

8.10. Con relación al derecho a la seguridad social de la accionante, la Sala encuentra que efectivamente resultó lesionado, como consecuencia de la desvinculación del cargo que venía desempeñando la señora Melva Elvira, pues se interrumpió de manera intempestiva las cotizaciones al sistema de seguridad social, con lo cual se frustró su expectativa de obtener el reconocimiento a la pensión de vejez.

8.11. Por otra parte, la Sala estima que la Secretaría de Educación del Departamento de Córdoba también vulneró el derecho fundamental de petición de la accionante, dado que

mediante escrito de agosto 28 de 2018, solicitó el reintegro junto con el pago de salarios y las prestaciones sociales dejadas de percibir, sin que en el expediente conste respuesta a dicha petición. Además, en ninguna de los escritos de contestación, allegados por la entidad accionada durante el trámite de primera y segunda instancia, se informó sobre la suerte que corrió dicha comunicación. Ahora bien, teniendo en cuenta que dicha petición estaba orientada a solicitar el reintegro al cargo, cuestión que se ampara en esta sentencia, no se dará orden alguna para que dé respuesta a dicho escrito, y en su lugar, se advertirá a la entidad accionada que en adelante solucione oportunamente las peticiones que le eleven los ciudadanos.

8.12. En conclusión, la Sala de Revisión observa que la Secretaría de Educación Departamental del Córdoba no debió aplicar de manera automática la causal de retiro por alcanzar la edad de retiro forzoso, sin antes verificar si se lesionaban los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada de prepensionado, seguridad social y mínimo vital de la accionante, en tanto el salario era su única fuente de ingresos y no disponía de un patrimonio que respaldara sus gastos, así como tampoco evaluó si la señora María Elvira estaba próxima a pensionarse y le restaban menos de tres años para cumplir el requisito de tiempo cotizado. Del mismo, la Sala concluye que la entidad accionada vulneró el derecho fundamental de petición de la tutelante, debido a que el escrito presentado el 28 de agosto de 2018, no tuvo respuesta por parte de la entidad accionada.

I. DECISIÓN

La Sala de Revisión concluye entonces que la Secretaría de Educación del Departamento del Córdoba vulneró el derecho fundamental al mínimo vital de la señora Melva Elvira Urango Hoyos, cuando decidió aplicar la causal de desvinculación por alcanzar la edad de retiro forzoso, sin considerar que su única fuente de ingresos era su salario y no había sido incluida en nómina de pensionados, de manera que dejó de recibir los ingresos económicos con los que venía pagando los gastos que implica la satisfacción de sus necesidades básicas y las de su familia a cargo.

Por lo anterior, en la parte resolutive de esta sentencia se le ordenará a la Secretaría de Educación del Departamento de Córdoba, que dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de esta sentencia, reintegre sin solución de continuidad a Melva Elvira Urango

Hoyos al cargo que venía desempeñando, o a uno equivalente o superior, hasta tanto sea incluida en nómina de pensionados. Así mismo, que en el mismo término, solicite a la Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES, el cálculo actuarial para el pago de las cotizaciones a pensión a que haya lugar por el tiempo en que Melva Elvira Urango Hoyos estuvo desvinculada, y en ese sentido, se ordenará a la Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES, que se pronuncie al respecto dentro de los tres (3) días siguientes de presentada dicha solicitud. Igualmente, se ordenará a la Secretaría de Educación del Departamento de Córdoba, que dentro de los ocho (8) días siguientes a la notificación de esta sentencia, pague a la accionante todos los salarios dejados de percibir y las correspondientes prestaciones a que haya lugar, desde la fecha de desvinculación hasta la fecha en que el reintegro se haga efectivo, salvo las cotizaciones a pensión dejadas de pagar en este lapso, que se cancelarán por la vía del pago del cálculo actuarial correspondiente, el cual debe ser cancelado por la entidad accionada. De acuerdo con esto, se ordenará a la Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES que dentro de los tres (3) días siguientes del pago que realice la Secretaría de Educación del Departamento de Córdoba, se pronuncie sobre el reconocimiento de la pensión de vejez de la señora Melva Elvira Urango Hoyos.

Igualmente, se advertirá a la Secretaría de Educación del Departamento de Córdoba, que se abstenga de aplicar automáticamente la causal de desvinculación por alcanzar la edad de retiro forzoso y sin evaluar si a la persona le faltan tres años o menos para completar el requisito de tiempo cotizado para acceder a la pensión de vejez y si tiene ingresos adicionales suficientes o un patrimonio para satisfacer sus necesidades básicas, ante la carencia del salario que venía percibiendo. Finalmente, también se advertirá a la entidad accionada para que en adelante responda oportunamente las solicitudes que le eleven los ciudadanos en ejercicio de su derecho fundamental de petición.

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

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal Municipal para Adolescentes de Montería-Córdoba, proferida el 8 de octubre de 2018 y la sentencia del Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con función de conocimiento de Montería-Córdoba, del 3 de diciembre de 2018, que negaron las pretensiones de la

acción de tutela interpuesta por Melva Elvira Urango Hoyos contra la Secretaría de Educación del Departamento de Córdoba. En su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, seguridad social y al mínimo vital de la accionante.

SEGUNDO.- DEJAR SIN EFECTO el Decreto No. 002003 de octubre 24 de 2017, mediante el cual se retiró del servicio a la accionante, y el Decreto No. 002278 de diciembre 2017, mediante el cual se resolvió desfavorablemente el recurso de reposición interpuesto contra el acto administrativo de desvinculación, expedidos por la Secretaría de Educación del Departamento de Córdoba.

TERCERO.- ORDENAR a la Secretaría de Educación del Departamento de Córdoba, que dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de esta sentencia, reintegre sin solución de continuidad a Melva Elvira Urango Hoyos al cargo que venía desempeñando, o a uno equivalente o superior, hasta tanto sea incluida en nómina de pensionados.

CUARTO.- ORDENAR a la Secretaría de Educación del Departamento de Córdoba, que dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de esta providencia, solicite a la Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES, el cálculo actuarial para el pago de las cotizaciones de pensión a que haya lugar por el tiempo que Melva Elvira Urango Hoyos estuvo desvinculada.

QUINTO.- ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES que se pronuncie sobre la solicitud del cálculo actuarial que le eleve la Secretaría de Educación del Departamento de Córdoba en cumplimiento de esta providencia, dentro de los tres (3) días siguientes de presentada dicha solicitud.

SEXTO.- ORDENAR a la Secretaría de Educación del Departamento de Córdoba, que dentro de los ocho (8) días siguientes a la notificación de esta sentencia, pague a la accionante todos los salarios dejados de percibir y las correspondientes prestaciones a que haya lugar, desde la fecha de desvinculación hasta la fecha en que el reintegro se haga efectivo, salvo las cotizaciones a pensión dejadas de pagar en este lapso, que se cancelarán por la vía del pago del cálculo actuarial correspondiente, el cual debe ser cancelado por la entidad accionada.

SEPTIMO.- ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES que dentro de los tres (3) días siguientes del pago que realice la Secretaría de Educación del Departamento de Córdoba en cumplimiento del numeral anterior, se pronuncie sobre el reconocimiento de la pensión de vejez de la señora Melva Elvira Urango Hoyos.

OCTAVO.- ADVERTIR a la Secretaría de Educación del Departamento de Córdoba que se abstenga de aplicar automáticamente la causal de desvinculación por alcanzar la edad de retiro forzoso sin evaluar si a la persona le faltan tres años o menos para completar el requisito de tiempo cotizado para acceder a la pensión de vejez y si tiene ingresos adicionales suficientes o un patrimonio para satisfacer sus necesidades básicas ante la carencia del salario que venía percibiendo.

NOVENO.- ADVERTIR a la Secretaría de Educación del Departamento de Córdoba, para que en adelante responda oportunamente las solicitudes que le eleven los ciudadanos en ejercicio de su derecho fundamental de petición.

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

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

Ausente con excusa

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] La Sala de Selección de tutelas Número Cuatro estuvo conformada por los magistrados Alberto Rojas Ríos y Cristina Pardo Schlesinger, conforme al Auto del 30 de abril de 2019.

[2] El relato de la acción de tutela fue complementado con las pruebas documentales para precisar los hechos.

[3] Cuaderno de primera instancia, folio 24.

[4] Cuaderno de primera instancia, folio 8 y 23.

[5] Cuaderno de primera instancia, folios 9 y 10.

[6] Cuaderno de primera instancia, folios 11 y 12.

[7] Cuaderno de primera instancia, folios 13 y 14.

[8] Cuaderno de primera instancia, folios 15 a 19.

[9] Cuaderno de primera instancia, folio 19.

[10] Cuaderno de primera instancia, folio 20 y 21.

[11] Cuaderno de primera instancia, folio 30 a 34 y 44 a 46.

[12] Cuaderno de primera instancia, folio 43.

[13] Cuaderno de primera instancia, folio 25.

[14] Cuaderno de primera instancia, folio 35 y 37 a 42.

[15] Dary Luz Durango Caro nació el 16 de noviembre de 2012, de manera que a la fecha tiene 6 años.

[16] Cuaderno de primera instancia, folio 3.

[17] Cuaderno de primera instancia, folios 53 y 54.

[18] Cuaderno de primera instancia, folios 58 a 62.

[19] Cuaderno de primera instancia, folios 65 a 69.

[20] Cuaderno de segunda instancia, folios 5 a 9.

[21] Cuaderno de revisión, folios 50 a 58.

[22] La Sala Séptima de Revisión de Tutelas conformada por los Magistrados Cristina Pardo Schlesinger, José Fernando Reyes Cuartas y Alberto Rojas Ríos.

[23] Corte Constitucional, sentencia T-621 de 2017, MP. Alberto Rojas Ríos. Ver también sentencia T-1110 de 2005, MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

[24] Sentencia T-232 de 2013. Reiterada en la sentencia T-404 de 2014

[25] Corte Constitucional. Sentencia T-154 de 2018. MP. José Fernando Reyes Cuartas.

[26] Corte Constitucional, sentencia T-495 de 2011, MP. Juan Carlos Henao Pérez.

[27] Ibid. Ver las sentencias de reiteración T-660 de 2011, MP. MP. Jorge Iván Palacio Palacio, T-842 de 2012 y T-682 de 2014.

[28] Corte Constitucional, sentencia T-495 de 2011, MP. Juan Carlos Henao Pérez.

[29] MP. María Victoria Calle Correa.

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

falta de respuesta del Fondo de Pensiones. Por su parte, en las sentencias T-1208 de 2004 (MP. Jaime Córdoba Triviño) y T-067 de 2013 (MP. Jorge Ignacio Pretelt) no se ordenó el reintegro de los accionantes, pero si el reconocimiento inmediato de su pensión de vejez y de la pensión de retiro por vejez, respectivamente.

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

[32] Corte Constitucional. Sentencia T-294 de 2013. MP. María Victoria Calle Correa.

[33] MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

[34] Ver numeral 2.3.5 de esta providencia.

[35] Corte Constitucional. Sentencia C-084 de 2018. MP. Luis Guillermo Guerrero.

[36] “Ley 1821 de 2016. ARTÍCULO 2°. La presente ley no modifica la legislación sobre el acceso al derecho a la pensión de jubilación, Quienes, a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, accedan o se encuentren en ejercicio de funciones públicas podrán permanecer voluntariamente en los mismos, con la obligación de seguir contribuyendo al régimen de seguridad social (salud, pensión y riesgos laborales), aunque hayan completado los requisitos para acceder a la pensión de jubilación. A las personas que se acojan a la opción voluntaria de permanecer en el cargo, en los términos de la presente ley, no les será aplicable lo dispuesto en el párrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003”.

[37] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas, concepto del 8 de febrero de 2017, radicación interna: 2326 y número único: 11001-03-06-000-2017-00001.

[38] Ibíd.

[39] Se trata de los funcionarios de elección popular y de los mencionados en el artículo 29

del Decreto-Ley 2400 de 1968.

[40] Corte Constitucional. Sentencia C-084 de 2018, MP. Luis Guillermo Guerrero.

[42] Ibíd. En el mismo sentido ver las sentencias C-563 de 1997, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz, sentencia C-107 de 2002, MP. Clara Inés Vargas Hernández, sentencia C-1037 de 2003, MP. Jaime Araujo Rentería.

[43] MP. Rodrigo Escobar Gil.

[44] Ha sido reiterada la jurisprudencia en la que se ha protegido el derecho de los docentes a permanecer en su empleo hasta tanto se defina su situación pensional y sean incluidos en nómina. Al respecto ver las sentencias T-007 de 2010, MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-496 de 2010, MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y sentencia T-174 de 2012, MP. María Victoria Calle Correa.

[45] MP. Jorge Iván Palacio Palacio,

[46] MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

[47] MP. María Victoria Calle Correa.

[48] MP. María Victoria Calle Correa.

[49] Corte Constitucional, sentencia T-682 de 2014, MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

[50] Los otros tres escenarios son los siguientes: Primero, cuando el trabajador ha cumplido los requisitos para acceder a la pensión, pero no ha sido incluido en nómina de pensiones, por negligencia del Fondo de pensiones o del empleador en el pago de las cotizaciones. Segundo, cuando el cumplimiento de los requisitos es objeto de controversia. Tercero, cuando las personas tienen una edad avanzada y no lograron cumplir el requisito de pensión de vejez, pero sí aquellas necesarias para obtener la pensión de retiro por vejez.

[51] Corte Constitucional, sentencia T-294 de 2013, MP. María Victoria Calle Correa.

[52] MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

[53] MP. María Victoria Calle Correa.

[54] MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[55] El segundo caso involucró a una mujer de 65 años, quien fue nombrada en el cargo de auxiliar administrativa de una planta de personal que fue creada temporalmente por la Alcaldía Mayor de Bogotá. En esa oportunidad, la desvinculación no fue consecuencia de alcanzar la edad de retiro forzoso, sino por la vigencia transitoria de dicha planta de personal.

[56] MP. Alejandro Linares Cantillo.

[57] MP. Juan Carlos Henao Pérez.

[58] Corte Constitucional, sentencia T-294 de 2013, MP. María Victoria Calle Correa.

[59] Sentencia T-186 de 2013, MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

[60] MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[61] MP. Jorge Iván Palacio Palacio

[62] Sentencia T-638 de 2016.

[63] Citada en la sentencia T-460 de 2017, MP. Alberto Rojas Ríos.

[64] En línea con lo dispuesto en el artículo 1, según el cual: “(...) Una vez cumplidos [los 70 años], se causará el retiro inmediato del cargo que desempeñen [las personas que ejercen funciones públicas] sin que puedan ser reintegradas bajo ninguna circunstancia. (...)”.

[65] Sobre el particular se pueden consultar las Sentencias T-294 de 2013 y T-376 de 2016.

[66] Véanse, entre otras, las Sentencias T-496 de 2010, T-495 de 2011 y T-360 de 2017.

[67] Corte Constitucional. Sentencia C-084 de 2018. MP. Luis Guillermo Guerrero.

[68] Corte Constitucional. Sentencia SU-003 de 2018, MP. Carlos Bernal Pulido.

[69] MP. Carlos Bernal Pulido.

[70] Cfr. Sentencia C-T-251 de 2008. Citada en la Sentencia T-487 de 2017.

[71] Corte Constitucional, sentencia T-077 de 2018. MP. Antonio José Lizarazo Ocampo.

[72] Corte Constitucional, sentencia C-351 de 1995, MP. Vladimiro Naranjo Mesa.

[73] Ibíd. En el mismo sentido ver las sentencias C-563 de 1997, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz, sentencia C-107 de 2002, MP. Clara Inés Vargas Hernández, sentencia T-1037 de 2003, MP.

[74] Cuaderno de revisión, folio 56.