

Sentencia T-487/10

ACCION DE TUTELA CONTRA LA FISCALIA GENERAL Y LA PROCURADURIA-Casos en que los demandantes fueron retirados del servicio sin que les hubiera sido reconocida la pensión de jubilación

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CARACTER PARTICULAR Y CONCRETO-Procedencia excepcional para obtener reintegro laboral cuando se colige vulneración de derechos fundamentales o perjuicio irremediable

DERECHO FUNDAMENTAL AL MINIMO VITAL-Reiteración de jurisprudencia

EDAD DE RETIRO FORZOSO-Causal de desvinculación de los servidores públicos

DERECHO AL REINTEGRO LABORAL-Reintegro de servidores públicos, pensión de jubilación y declaratoria de insubsistencia

La Corte Constitucional ha sostenido que la desvinculación de los funcionarios por el advenimiento de la edad de retiro forzoso cumple con ciertos fines constitucionales: el derecho al trabajo de quienes aspiran a servir al Estado, el principio de igualdad de oportunidades en el acceso a los cargos públicos o el principio de intervención del Estado en la economía. Pero también ha establecido que, al igual que acontece con las demás instituciones del Estado Social de Derecho, esta tiene límites. Su aplicación debe ser razonable, motivo por el cual debe responder a las características peculiares, tanto fácticas como jurídicas de los trabajadores en cada caso concreto, porque estos son sujetos de la tercera edad y por tanto son titulares de una especial protección constitucional. El contexto fáctico y constitucional del caso, es lo que impele a esta Sala de Revisión a considerar que la Fiscalía General de la Nación realizó una aplicación literal de la causal de retiro forzoso sin tener en cuenta los mandatos constitucionales que rigen esta institución, por tanto, vulneró los derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social y al mínimo vital del accionante, cuando decidió desvincularlo del cargo de investigador criminalístico VII por medio de la Resolución N° 1547 de agosto de 2009.

ACCION DE TUTELA CONTRA LA FISCALIA GENERAL Y LA PROCURADURIA-Procedencia para la

protección de los derechos a la salud, seguridad social y mínimo vital vulnerados por desvinculación del cargo que desempeñaba funcionario público al cumplir edad de retiro forzoso

DERECHO AL REINTEGRO LABORAL Y PENSION DE JUBILACION-Orden a las entidades demandadas de proceder al reintegro laboral hasta que el ISS se pronuncie respecto a la pensión de vejez

Referencia: expediente T-2534463 Acción de tutela instaurada por César Ernesto Cano Díaz contra la Dirección Seccional Administrativa y Financiera de la Fiscalía General de la Nación; Expediente T-2534790 Fabio Hernán Aponte Penso contra la Procuraduría General de la Nación.

Magistrado Ponente:

Colaboró:

Federico Suárez Ricaurte

Bogotá, DC., el dieciséis (16) de (junio) de dos mil diez (2010).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Juan Carlos Henao Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

en el trámite de revisión del fallo dictado por el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, el diecinueve (19) de noviembre de dos mil nueve (2009), dentro de la acción de tutela iniciada por César Ernesto Cano Díaz contra la Dirección Seccional Administrativa y Financiera de la Fiscalía General de la Nación y otro; y en el trámite de revisión del fallo dictado por el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, el veintiséis (26) de noviembre de dos mil nueve (2009), dentro de la acción de tutela iniciada por Fabio Hernán Aponte Penso contra la Procuraduría General de la Nación.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

Expediente T-2534463

1. El 8 de agosto del 2000, César Ernesto Cano Díaz fue vinculado a la Fiscalía General de la Nación, en el cargo de Investigador Judicial II de la Dirección Nacional del C.T.I. El 12 de enero de 2005 se posesionó en el cargo de investigador criminalístico VII.

2. El 27 de diciembre de 2006 y el 6 de junio de 2007, el señor Cano Díaz le solicitó al Departamento de Historia Laboral del ISS que "(...) se me certifique las semanas cotizadas, libres de inconsistencia, por cada empresa en las que estuve vinculado laboralmente desde el año 1967 hasta 1994, a saber: Nutrisol Ltda., César Cano & Cia. Ltda., Glanton Ltda., Cia. Suramericana de Seguros."

3. El 23 de agosto de 2007, la Coordinación Nacional de Semanas Cotizadas del ISS responde una acción de tutela interpuesta por el señor Cano Díaz. En este escrito informa que: "El total de semanas cotizadas para pensión es de 952 aproximadamente." En esa misma fecha, esta dependencia corrió traslado al Departamento Nacional de Conciliación "(...) toda vez que las correcciones de la historia laboral del citado señor siguen presentado inconsistencias en los ciclos posteriores al 94/12."

4. El 27 de agosto de 2007, el Juzgado Dieciséis Penal del Circuito profirió sentencia a favor de César Ernesto Cano Díaz contra el ISS, en consecuencia, ordenó que "(...) proceda a responder de manera concreta y de fondo la petición elevada por el ciudadano César Ernesto Cano Díaz el 27 de diciembre de 2006."

5. El 11 de septiembre de 2007, la Coordinación Nacional de Historia Laboral del ISS respondió una comunicación recibida el 1 de febrero de 2007. El contenido de la respuesta fue: "De conformidad con su solicitud de la referencia remito reporte de Historia Laboral período 1967-01-01 a 1994-12-31 y reporte de Consulta de Pagos período 1995-01-01 a la fecha teniendo en cuenta los datos suministrados en su petición." De igual forma, la entidad indicó que en caso de encontrar inconsistencias en el período posterior al ciclo 1994-12-31, las correcciones deben ser enviadas al Departamento Nacional de Conciliación del ISS.

6. El 9 de noviembre de 2007, el Dr. Nelson Páez de la Fundación Neumológica Colombiana informó lo siguiente respecto al estado de salud del señor César Cano: “Paciente que el 19 de octubre fue hospitalizado en la Clínica del Country por tromboembolismo pulmonar confirmado (sic) por gamagrafia v/q de alta probabilidad y trombosis venosa en tratamiento actual warfarina 5 mg y 7.5 días alternos asiste a clínica de anticoagulación (...)”.

7. El 19 de mayo de 2008, la Dirección Seccional Administrativa y Financiera de la Fiscalía General de la Nación profirió una comunicación con el siguiente contenido: “(...) le solicito informar a esta Dirección Seccional Administrativa y Financiera, qué trámites ha adelantado para solicitar el reconocimiento de la pensión por vejez.

Lo anterior, teniendo en cuenta que usted es mayor de 60 años y que a la fecha no hemos obtenido respuesta al oficio DSAF-23 009924 con fecha del 6 de agosto de 2007.

Si a la fecha no ha gestionado dicha solicitud lo invito a presentar los documentos ante el fondo de pensiones respectivo, con el fin de obtener el reconocimiento de su derecho a la pensión.

No obstante lo anterior, si transcurridos treinta (30) días a partir del recibo de la presente comunicación, usted no ha presentado los documentos para la obtención del reconocimiento de la pensión, la entidad con fundamento en la Ley 797 de 2003, en su artículo 9° que modificó el artículo 33 de la ley 100 de 1993, procederá a radicarlos, de acuerdo a los documentos que obren en su historia laboral.”

8. El 28 de mayo de 2008, el señor Cano Díaz respondió a la Dirección Seccional Administrativa y Financiera de la Fiscalía General de la Nación lo siguiente: “Atendiendo su comunicado citado en la referencia y como respuesta al mismo, me permito informar a usted que he iniciado los trámites ante el Fondo de Pensiones del Seguro Social, para lograr el reconocimiento de mi pensión por vejez. (...) Lo primero que debo hacer es solicitar al fondo que me certifique el número de semanas cotizados durante mi vida laboral.”

9. El 12 de septiembre de 2008, la Dirección Seccional Administrativa y Financiera de la Fiscalía General de la Nación le comunicó a César Ernesto Cano Díaz lo siguiente: “(...) verificada la información del sistema, se estableció que el 13 de octubre del 2008 usted cumple la edad de retiro forzoso, es decir 65 años, por lo que se encuentra incurso en una de

las causales de retiro forzoso, habida consideración que reúne los requisitos contenidos en el artículo 130 del Decreto 1660 de 1978; el artículo 149 de la Ley 270 de 1996 y el artículo 142 de la Resolución 1501 de 2005.

En consecuencia, usted cuenta con seis (6) meses, a partir de la fecha de recibido de esta comunicación, para efectuar el trámite de pensión, en razón a que cumplido este término, la entidad debe expedir el acto administrativo de retiro que corresponda.”

10. El 15 de diciembre de 2008, la Dirección Seccional Administrativa y Financiera de la Fiscalía General de la Nación le informó a César Cano, respecto al cumplimiento de la edad de retiro forzoso, lo siguiente: “Teniendo en cuenta que el pasado 15 de septiembre de los corrientes, se le informó a través del comunicado DSAFB-22 013651 que contaba con seis (6) meses para efectuar el trámite de pensión, en razón a que cumplido este término, la Entidad debe expedir el acto administrativo de retiro; de manera atenta solicito comunicar a esta Dirección Seccional, dentro de los quince (15) días siguientes al recibo de esta comunicación, qué trámites ha llevado a cabo o si ya radicó ante el ISS los documentos pertinentes, a fin de obtener su reconocimiento de pensión.”

11. El 21 de diciembre de 2008, el señor Cano le respondió a la Dirección Seccional Administrativa y Financiera de la Fiscalía General de la Nación: “(...) ya estoy en el proceso de recaudar los documentos requeridos para presentar al ISS con miras a obtener el reconocimiento de la pensión. Por lo demás, en las diferentes solicitudes que he hecho al Seguro para que me certifiquen en (sic) número de semanas cotizadas, siempre, en el sistema oficial, aparece un faltante de cotización de semanas correspondientes al año 2003. Copia de dicho listado he hecho llegar a ustedes.

A pesar de mis repetidas solicitudes a la oficina de personal de su Dirección, no he obtenido la solución a esta anomalía. Se me dice que ese error ya está corregido. Que la persona encargada irá al ISS para verificar la situación y que entonces me harán llegar la nueva certificación de semanas. (...) Tan pronto tenga el listado completo de semanas, procederé a radicar todos los documentos ante el ISS.”

12. El 2 de enero de 2009, el señor Cano envió otra misiva a la Dirección Seccional Administrativa y Financiera de la Fiscalía General de la Nación: “Como complemento a mi carta de la referencia me permito remitirle copia de la lista de semanas cotizadas por mi al

Seguro Social. He resaltado aquellas semanas correspondientes al año 2003 y 2004 para que usted por sustracción puedas (sic) determinar cuáles son los faltantes en esos períodos. Este listado tiene fecha de Diciembre 29 del 2008, luego es lo más reciente que se puede conseguir.

Ruego a usted se sirva ordenar a quien corresponda proceda a corregir dicha anomalía, pues en la ventanilla del Seguro me manifiestan que esto obedece a que la Fiscalía no trasladó los aportes de esas fechas.”

13. El 22 de enero de 2009, César Cano envía otra comunicación a la Dirección Seccional Administrativa y Financiera de la Fiscalía General de la Nación: “De acuerdo a lo conversado con la (sic) el día de ayer en su Dirección, me permito comunicar a usted que presentaré mi renuncia al cargo de investigador Judicial VII que desempeño en la Fiscalía General de la Nación en el mes de Abril (sic), fecha que me ha sido asignada por la oficina de personal.

Durante este tiempo, espero que haya llegado respuesta positiva a mi requerimiento de corregir el faltante de semanas cotizadas para los años 2003 y 2004.”

14. El 30 de enero de 2009, el Departamento Nacional de Conciliación del ISS dio respuesta a la solicitud radicada con el N° 250796 de 2006 por el señor Cano. En este escrito el ISS indicó: “(...) me permito informar que bajo el empleador Fiscalía General de la Nación (...) registra pagos en Pensión desde el ciclo 2000-08 hasta 2006-11 con novedad de retiro en este último ciclo, quedando pendiente lo siguiente:

Los ciclos 2003-04, 2003-07 a 2004-02, no se observan registros de pagos en Pensión; por lo tanto este Departamento con oficio GNR-DC-23988-N, solicito copia legible de los pagos y medios magnéticos a el (sic) empleador en mención.”

De igual manera, en esa ocasión el Departamento Nacional de Conciliación del ISS ofició al Departamento de Historia Laboral del ISS y a la Fiscalía General de la Nación requiriendo la información solicitada por el señor Cano.

15. El 2 de febrero de 2009, la Dirección Seccional Administrativa y Financiera de la Fiscalía General de la Nación le comunicó a César Cano lo siguiente: “(...) de manera atenta le informo que la Oficina de Personal no ha adelantado trámites tendientes a retirarlo del

servicio en el mes de abril del año en curso. Hacemos claridad en que el pasado 15 de septiembre del año 2008, se le comunicó a través del oficio DSAFB-22 013651 que contaba con seis (6) meses para efectuar el trámite de pensión, en razón a que cumplido este término, la Entidad debía acreditar el acto administrativo de retiro, por edad de retiro forzoso, es decir 65 años.". También indicó que trasladó la petición del señor Cano, de corregir el faltante de semanas cotizadas, a la Jefe de la Oficina de Personal del Nivel Central el 19 de enero de 2009.

16. El 5 de febrero de 2009, la Jefe de la Oficina de Personal le informó a la Dirección Seccional Administrativa y Financiera de la Fiscalía General de la Nación lo siguiente: "Teniendo en cuenta el oficio de la referencia, recibido en esta oficina bajo radicado N° 00988 de fecha 21 de enero de 2009, mediante la cual remite la solicitud del señor César Cano identificado con CC N° 17.072.142, al respecto me permito remitir copia de las planillas validadas ante el Instituto de Seguro Social, correspondientes a los meses de abril, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre, diciembre de 2003, adicionalmente se remite certificación de validación de enero de 2004." Esta información fue remitida al señor Cano el 13 de febrero de 2009.

17. El 26 de febrero de 2009, César Cano instauró derecho de petición ante el Departamento Nacional de Conciliación del ISS. En este escrito solicitó "(...) incluir las semanas que faltan en mi registro correspondientes (sic) a períodos trabajados en la Fiscalía General de la Nación, toda vez que las múltiples oportunidades en que he solicitado el listado de semanas, en dicho documento salen faltando varios meses del año 2003 y 2004.

Para mayor ilustración le incluyo copia de las planillas validadas por ustedes correspondientes a los meses de abril, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre del 2003 así como certificado de validación de enero del 2004."

18. El 19 de agosto de 2009, el Director Seccional Administrativo y Financiero de la Fiscalía General de la Nación resolvió, mediante Resolución N° 1547, retirar del servicio de investigador criminalístico VII al señor César Ernesto Caño Díaz, a partir del 1 de septiembre de 2009.

19. El 14 de septiembre de 2009, el señor Felipe Robledo Barros rindió declaración bajo la gravedad de juramento. En dicha diligencia manifestó: "Que conozco de vista, trato y

comunicación al señor César Ernesto Caño Díaz (...) desde hace 26 años. Por el conocimiento que de este tengo me consta que es la persona que da el sustento a su hogar. Hace 1 año, aproximadamente le dio trombosis, por lo cual tiene que comprar medicamentos muy costosos, la salud de él como la de su esposa MARTA DE CANO se ha venido deteriorando, atendiendo a que ella sufre de cáncer y CÉSAR sufre de trombosis, también me consta que últimamente se les esta (sic) dificultando cubrir los gastos tales como administración, medicina prepagada, servicios etc.”

20. El 29 de septiembre de 2009 el señor César Ernesto Cano Díaz interpuso acción de tutela contra el Director Seccional Administrativo y Financiero de la Fiscalía General de la Nación, porque consideró vulnerados sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social en conexidad con la vida, al trabajo, a la estabilidad laboral, al buen nombre, al debido proceso y a la igualdad.

Las pretensiones de la acción de tutela son las siguientes: “1. Suspender o dejar sin efecto el acto administrativo contenido en la Resolución N° 0-1547 de fecha 19 de agosto de 2009, mediante la cual el Director Seccional Administrativo y Financiero de la Fiscalía General de la Nación, resolvió retirar del servicio al señor César Ernesto Cano Díaz del cargo que ocupaba como investigador criminalístico VII, adscrito a la Dirección Seccional del C.T.I. de Bogotá y como consecuencia de ello ordenar el reintegro del señor Cano a un cargo de igual o superior jerarquía de manera inmediata y hasta que el Instituto del Seguro Social proceda a emitir y reconocer e incluir en la nómina respectiva a mi defendido como pensionado.

(...)

3. Ordenar que se cancelen todos los sueldos y prestaciones sociales, dejados de percibir durante el tiempo de su desvinculación e igualmente se ordene indemnizar todos los daños y perjuicios que se le han causado al señor César Ernesto Cano.”

21. El 5 de marzo de 2010, el Departamento Nacional de Conciliación del Instituto del Seguro Social le remitió una comunicación, con carácter “urgente y prioritario” a la Fiscalía General de la Nación. De este documento la Sala se permite extraer lo siguiente:

“Este Departamento procedió a verificar el aplicativo Novedad en Línea- Afiliación y Registro, Relación Laboral, observando inconsistencias de afiliación para los afiliados que se relacionan

en el listado adjunto a este documento, bajo NIT. 800.152.783.

Ante lo anterior, se requiere con carácter URGENTE, que el empleador se acerque ante el Departamento Comercial - Oficina de Afiliación y Registro de la Seccional Cundinamarca (...), con el fin de aclarar con documento soporte la relación laboral (sic) la situación de los afiliados.

Es de aclarar, que el empleador FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN, opera bajo distintos números NIT, para lo cual se debe realizar el registro de afiliación de los afiliados teniendo en cuenta el respectivo número de NIT., bajo el cual el empleador realiza los respectivos aporte.”

22. El 15 de abril de 2010, el señor César Cano ingresó al Hospital Universitario Fundación Santa Fe de Bogotá, porque sufrió de coleditiasis. El actor estuvo internado durante 8 días en este establecimiento de salud. Según el resumen de atención, se le realizó lo siguiente: “Paciente con diagnóstico de diabetes en tratamiento, colecistitis-coleditiasis, en el momento febril, taquicárdico, algico VAS 6/10 aunque tiene manejo analgésico con hidromorfona. Quien está recibiendo tratamiento con heparina.”

23. El 5 de mayo de 2010 el señor César Cano interpuso un derecho de petición ante el Fiscal General de la Nación. La solicitud de este escrito es la siguiente: “(...) se me informe o expida constancia si el Representante Legal de la Fiscalía General de la Nación dio cumplimiento al oficio 16210.02.01 GNR-DEC-09778, del 5 de marzo del (sic) cual anexo a la presente solicitud, y emitido por la Jefe del Departamento Nacional de Conciliación del Seguro Social (...)”.

Expediente T-2534790

1. El 15 de agosto de 1990, el señor Fabio Hernán Aponte Penso ingresó a trabajar a la Procuraduría General de la Nación. El 7 de febrero de 1996 el señor Aponte Penso fue nombrado en el cargo de Procurador 325 Judicial I Penal de Bogotá.

2. El 28 de noviembre de 2008, Fabio Aponte radicó ante el ISS, con el numero 14356, la documentación necesaria para el reconocimiento y pago de su pensión de jubilación.

3. El 12 de diciembre de 2008, el señor Aponte Penso le comunicó a la Procuraduría General

de la Nación que había radicado la documentación pertinente para obtener el reconocimiento y pago de la pensión de vejez.

4. El 9 de octubre de 2009, Fabio Aponte fue notificado mediante oficio SG N° 5226 que el Procurador General de la Nación declaró insubsistente su nombramiento como Procurador 325 Judicial I Penal de Bogotá, por medio del Decreto N° 2241 del 5 de octubre de 2009.

5. El 19 de octubre de 2009 el señor Aponte Penso interpuso acción de tutela contra la Procuraduría General de la Nación, pues considera que al declararlo insubsistente se le vulneró sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social, a la salud, a la igualdad y al trabajo. Su solicitud principal consiste en “ordenar a la Procuraduría General de la Nación, para que en el término que su digno despacho disponga me reintegren a mi empleo, sin solución de continuidad y con el pago retroactivo de todas sus prestaciones sociales dejadas de percibir por el arbitrario e injusto despido.”

6. El ingreso total del señor Fabio Hernán Aponte Penso es de \$5.092.865. En su demanda manifestó que con la decisión adoptada por la Procuraduría General de la Nación no tiene la posibilidad de cumplir sus compromisos en materia de salud, de arriendo, de alimentos respecto de su hija menor y de su madre, de la misma manera que se reduce la posibilidad de honrar obligaciones que ha contraído con el sistema financiero.

Respuesta de la entidad demandada

Expediente T-2534463

La Fiscalía General de la Nación, mediante escrito radicado el 6 de octubre de 2009, solicitó que se denegaran las solicitudes interpuestas por el señor Cano Díaz en la acción de tutela de la referencia. La entidad presentó los siguientes argumentos:

“ El primer tema que se debe abordar, corresponde a la extrañeza que causa para esta Dirección Seccional Administrativa y Financiera de Bogotá, la afirmación del accionante que se le han violado el derecho de defensa y el debido proceso, cuando por el contrario, ha sido esta Dirección Seccional Administrativa y Financiera quién (sic) desde el año 2006, como lo afirma el mismo accionante, que mediante oficios – del cual se adjuntan copias- se le solicita al servidor CANO DIAZ informar sobre el estado actual del trámite pensional que le

corresponde adelantar al tutelante, teniendo en cuenta que para el día 13 de octubre de 2008 cumpliría la edad de retiro forzoso, es decir 65 años, lo que implicaba que seis meses después de ocurrida la causal de retiro, éste debía producirse necesariamente, aunque no se hubiere reconocido la pensión (Artículo 130 decreto 1660 de 1978).

“(…) esta Dirección Seccional, le informó al accionante mediante nuevos comunicados, como el oficio DSAFB-22 013651 del 12 de septiembre de 2008, al señor CANO DIAZ, que:

(…) me perito (sic) manifestarle que verificada la información del sistema, se estableció que el 13 de octubre de 2008 usted cumple la edad de retiro forzoso, es decir 65 años, por lo que se encuentra incurso en una de las causales de retiro de servicios, habida consideración que reúne los requisitos contenidos en el artículo 130 del Decreto 1660 de 1978, el artículo 149 de la Ley 270 de 1996 y el artículo 142 de la Resolución 1501 de 2005”

“En consecuencia, usted cuenta con seis (6) meses, a partir de la fecha de recibo de esta comunicación, para efectuar el trámite de pensión, en razón a que cumplido este término, la Entidad debe expedir el acto administrativo de retiro que corresponda.”

De igual manera, la entidad demandada indicó que actuó con el fin de que el señor Cano Díaz obtuviera el reconocimiento y pago de su pensión de vejez: “De otra parte, y con el ánimo de colaborar en el trámite pensional del accionante, mediante escrito del 13 de febrero de 2009, el señor Cano Díaz recibió el oficio DSAFB- 21 N° 001928, en el que se le informaba que adjunto encontrará copia de las planillas validadas ante el I.S.S., correspondiente a los meses de abril, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2003, así como la certificación de la validación de enero de 2004. (Adjunto copia de lo mencionado).

No obstante lo anterior, el accionante cumplió los 65 años de edad, esta Dirección Seccional mediante comunicado, concedió un término de seis (6) meses al actor, contados a partir de esa fecha, esto con el fin de que adelantara el trámite de su pensión o, por ejemplo, Indemnización de Sustitución de Pensión, establecida en las normas, advirtiéndose que cumplido ese plazo se expediría el acto administrativo de retiro; frente a lo cual, esta Dirección Seccional continuó con el trámite administrativo que finalizó con el contenido en la resolución N° 0-1547 del 19 de agosto de 2009.”

Con relación a la presunta vulneración del derecho fundamental al mínimo vital, la entidad

demandada manifestó: “Respecto al mínimo vital, el mismo se encuentra garantizado para el demandante en tutela, con la liquidación de las prestaciones sociales que se le cancelaron al momento de quedar plenamente ejecutado el acto administrativo de desvinculación por mandato legal.”

Aunado a ello, la entidad aclaró que el motivo de la desvinculación laboral del trabajador obedece a la edad de retiro forzoso y no a otra causal: “Es conveniente recalcar, que la condición a que se refiere el tutelante, es decir, el previo reconocimiento de una pensión a su favor, es exigida cuando la causal empleada para la cesación definitiva de las funciones es “el retiro con derecho a pensión de jubilación”, circunstancia que no se verifica en el caso que nos ocupa, puesto que el retiro del aquí accionante se encuentra motivado por la edad; es decir, es una causal diferente, establecida por el legislador, que permite el retiro definitivo del servicio, la cual no se encuentra sometida a ningún tipo de condicionamiento, como lo pretende hacer ver el accionante.”

La intervención del demandado finaliza con una apreciación sobre el mecanismo empleado por el actor para exigir el cumplimiento de sus derechos: “Por último, respecto al mecanismo utilizado por el accionante para solicitar la suspensión del acto administrativo que lo retira del servicio por el cumplimiento de la edad por retiro forzoso, no hay duda alguna, que aunque (sic) través de la acción de tutela se busca garantizar los derechos establecidos en la parte dogmática constitucional, también lo es que desde la misma constitución se delinea en forma general su naturaleza y procedibilidad.”

(...) Es evidente que las pretensiones del accionante, cuales son la suspensión o el dejar si (sic) efectos el acto que ordenó su desvinculación, pueden ser plenamente satisfechas mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pues ésta responde de manera explícita al logro de estos propósitos y permite que en desarrollo del trámite de (sic) adopten medidas precautelativas del acto controvertido.”

Pruebas

Expediente T-2534463

En el expediente constan las siguientes pruebas:

- Poder amplio y suficiente otorgado por César Ernesto Cano Díaz a su apoderada. (F. 1 Cuad. 1)
- Copia de un documento que contiene la información general del Sr. César Ernesto Cano Díaz, proferido por la Fiscalía General de la Nación. (F. 5-7 Cuad. 1)
- Copia de la comunicación enviada por César Ernesto Cano Díaz al Instituto de los Seguros Sociales, con fecha del 27 de diciembre de 2006. (F. 8-11 Cuad. 1)
- Copia de la Sentencia de Primera instancia en el proceso de acción de tutela interpuesta por César Ernesto Cano Díaz contra el Instituto de los Seguros Sociales, el cual amparó el derecho fundamental de petición, con fecha del 27 de agosto de 2007. (F.12-14 Cuad. 1)
- Copia de la carta emitida por el Instituto de los Seguros Sociales al señor César Ernesto Cano Díaz, con fecha del 23 de agosto de 2007. (F. 15 Cuad. 1)
- Copia de la carta emitida por la Coordinación Nacional de Semanas Cotizadas del ISS al Departamento Nacional de Conciliación del ISS, con fecha del 23 de agosto de 2007. (F. 16-24 Cuad. 1)
- Copia de la comunicación del ISS al señor César Ernesto Cano Díaz, con fecha del 11 de septiembre de 2007. (F. 25-26 Cuad. 1)
- Copia de la comunicación emitida por la Fiscalía General de la República al señor César Ernesto Cano Díaz, con fecha del 19 de mayo de 2008. (F. 27-28 Cuad. 1)
- Copia de la comunicación emitida por el señor César Ernesto Cano Díaz a la Fiscalía General de la Nación, con fecha del 28 de mayo de 2008. (F. 29 Cuad. 1)
- Copia de la comunicación emitida por la Fiscalía General de la Nación al señor César Ernesto Cano Díaz, con fecha del 12 de septiembre de 2008. (F. 30 Cuad. 1)
- Copia de la comunicación emitida por la Fiscalía General de la Nación al señor César Ernesto Cano Díaz, con fecha del 15 de diciembre de 2008. (F. 31 Cuad. 1)
- Copia de la comunicación emitida por el señor César Ernesto Cano Díaz a la Fiscalía General de la Nación, con fecha del 21 de diciembre de 2008. (F. 32 Cuad. 1)

- Copia de la comunicación emitida por el señor César Ernesto Cano Díaz a la Fiscalía General de la Nación, con fecha del 2 de enero de 2009. (F. 33 Cuad. 1)
- Copia de la comunicación emitida por el señor César Ernesto Cano Díaz a la Fiscalía General de la Nación, con fecha del 22 de enero de 2009. (F. 34 Cuad. 1)
- Copia de la comunicación emitida por el ISS al señor César Ernesto Cano Díaz, con fecha del 30 de enero de 2009. (F. 35-39 Cuad. 1)
- Copia de la comunicación emitida por el Departamento Nacional de Conciliación del ISS al Departamento de Historia Laboral del ISS, con fecha del 30 de enero de 2009 (F. 39 Cuad. 1).
- Copia de la comunicación emitida por el ISS a la Fiscalía General de la Nación, con fecha del 30 de enero de 2009. (F. 40-41 Cuad. 1)
- Copia de la comunicación emitida por la Fiscalía General de la Nación al señor César Ernesto Cano Díaz, con fecha del 2 de febrero de 2009. (F. 42 Cuad. 1)
- Copia de la comunicación emitida por la Dirección Administrativa y Financiera a la Oficina de Personal de la Fiscalía General de la Nación, con fecha del 19 de enero de 2009. (F. 43 Cuad. 1)
- Copia de la comunicación emitida por la Oficina de Personal a la Dirección Administrativa y Financiera de la Fiscalía General de la Nación, con fecha del 5 de febrero de 2009. (F. 44, 48-55 Cuad. 1)
- Copia de la comunicación emitida por la Dirección Administrativa y Financiera de la Fiscalía General de la Nación al señor César Ernesto Cano Díaz, con fecha del 13 de febrero de 2009. (F. 45 Cuad. 1)
- Copia del derecho de petición interpuesto por el señor César Ernesto Cano Díaz ante el Departamento Nacional de Conciliación del ISS, con fecha del 26 de febrero de 2009. (F. 46. Cuad. 1)
- Copia del concepto emitido por el médico Heinz Georg Hiller Correa respecto del señor

César Ernesto Cano Díaz, con fecha del 9 de febrero de 2009. (F. 56-62 Cuad. 1)

- Copia de la historia clínica del señor César Ernesto Cano Díaz proferida por la Fundación Neumológica Colombiana y suscrita por el Dr. Nelson Páez (F. 63-67 Cuad. 1).

- Copia de las órdenes médicas proferidas por el Dr. Luis Guillermo Uribe a César Ernesto Cano Díaz, con fecha del 13 de abril de 2009. (F. 68-70 Cuad. 1)

- Copia de la orden médica proferida por el Dr. Francisco Jaime Botero a César Ernesto Cano Díaz, con fecha del 11 de diciembre de 2007. (F. 71 Cuad. 1)

- Copia de recibos de servicios públicos, administración, crédito hipotecario, antiguo contrato de medicina prepagada (F. 72-80 Cuad. 1)

- Copia de la declaración extrajuicio presentada por el señor Felipe Robledo Barros, con fecha del 14 de septiembre de 2009. (F. 81 Cuad. 1)

- Copia de la cédula de ciudadanía del señor César Ernesto Cano Díaz. (F. 83 Cuad. 1)

- Copia de la constancia expedida por la Fiscalía General de la Nación a César Ernesto Cano Díaz, con fecha del 7 de septiembre de 2009. (F. 84 Cuad. 1)

- Copia de la declaración juramentada de bienes y rentas del señor César Ernesto Cano Díaz. (F. 85 Cuad. 1)

- Copia del derecho de petición interpuesto por el señor César Ernesto Cano Díaz ante la Fiscalía General de la Nación, con fecha del 5 de mayo de 2010. (F. 15 Cuad. 3)

- Copia de la comunicación surtida entre el ISS y la Fiscalía General de la Nación, con fecha del 5 de marzo de 2010. (F. 16 Cuad. 3)

- Copia de la Epicrisis proferida por el Hospital Universitario Fundación Santa Fe de Bogotá, con fecha del 5 de mayo de 2010. (F. 18-25 Cuad.3)

Expediente T-2534790

En el expediente constan los siguientes documentos:

- Copia de la cédula de ciudadanía del señor Fabio Hernán Aponte Penso. (F. 17 Cuad. 1)
- Copia de la certificación expedida por la División de Gestión Humana, en la que constan los cargos que ha desempeñado el señor Fabio Hernán Aponte Penso, expedida con fecha del 3 de julio de 2009. (F. 18 Cuad. 1)
- Copia del oficio del 9 de octubre de 2009, donde se le notifica al señor Fabio Hernán Aponte Penso la declaratoria de insubsistencia proferida por el Procurador General de la Nación. (F. 19 Cuad. 1)
- Copia del Decreto N° 2241 del 5 de octubre de 2009 proferido por el Procurador General de la Nación, "Por medio del cual se declara insubsistente un nombramiento". (F. 20 Cuad. 1)
- Copia de la solicitud de pensión de vejez del señor Fabio Hernán Aponte ante el ISS, con fecha del 28 de noviembre de 2008. (F. 21-22 Cuad. 1)
- Copia del registro civil de nacimiento de los hijos de Fabio Hernán Aponte Penso: Daniel Mauricio Aponte, quien nació el 11 de marzo de 1987 y de la menor Isabella Aponte, quien nació el 10 de septiembre de 2006. (F. 23-24 Cuad. 1)
- Copia del desprendible de pago de nómina de la Procuraduría General de la Nación al señor Aponte Penso, relativa al mes de septiembre de 2009. (F. 25)
- Copia del contrato de arrendamiento entre Fabio Hernán Aponte Penso y Jairo Ramirez, con fecha del 19 de septiembre de 2009. (F. 26-28)
- Copia del recibo de pago de consignación al Fondo Nacional del Ahorro de Fabio Hernán Aponte Penso, con fecha del 30 de septiembre de 2009. (F. 29)
- Copia de los recibos de pago de la matrícula universitaria del hijo de Fabio Hernán Aponte Penso, relativos a enero y julio de 2009. (F. 30-31 Cuad. 1)
- Copia del recibo de consignación por el pago de cuota alimentaria, con fecha del 30 de septiembre de 2009. (F. 32 Cuad. 1)
- Copia de la providencia del Juzgado 18 de Familia de Bogotá D.C. del 14 de septiembre de 2009 mediante la cual se fijó la cuota alimentaria de la menor Isabella Aponte Pacheco. (F.

34-35 Cuad. 1)

- Copia del oficio enviado por el Juzgado 18 de Familia de Bogotá D.C. al pagador de la Procuraduría General de la Nación, ordenando el descuento salarial por el pago de cuota alimentaria. (F. 32 Cuad. 1)
- Copia de la certificación expedida por Sanitas Medicina Prepagada, en la que hace constar el pago de Fabio Hernán Aponte Penso, sus afiliados y su estado de afiliación, con fecha de septiembre de 2009 (F. 37-38)
- Copia de la certificación de Citibank donde se demuestra el crédito adquirido por Fabio Hernán Aponte Penso y el valor de su cuota, expedida el 12 de noviembre de 2008. (F. 39-41 Cuad. 1)
- Copia de los estados de cuenta Tarjeta de crédito del Banco Colpatria y del Banco Popular del señor Fabio Hernán Aponte, relativo al mes de septiembre de 2009 (F. 42-44 Cuad. 1).
- Copia de los recibos de consignación del señor Aponte Penso con el fin de cubrir parte de los gastos de su madre, con fechas del 27 de mayo, 26 de junio y 25 de septiembre de 2009. (F. 45-46 Cuad. 1)
- Copia del fallo de segunda instancia proferido por el Consejo Superior de la Judicatura en el proceso Lucas Eduardo Jaimes contra la Fiscalía General de la Nación, con fecha del 19 de enero de 2007 (F. 47-71 Cuad. 1)
- Copia del fallo de tutela del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, con fecha del 27 de junio de 2007 en el proceso entre Álvaro Rafael Zuleta contra la Procuraduría General de la Nación (F. 72-86 Cuad. 1).
- Copia del poder otorgado por Samuel Arrieta, Jefe de la Oficina Jurídica de la Procuraduría General de la Nación a la abogada Olga Beatriz González Arango, con fecha del 26 de octubre de 2009. (F. 93-97 Cuad. 1)
- Copia del formulario de declaración de bienes y rentas del señor Aponte Penso, suscrito el 31 de marzo del año 2009. (F. 108-109 Cuad. 1)

- Copia del informe del Fondo de Solidaridad y Garantía en Salud, FOSYGA, respecto de la consulta de afiliados compensados, con fecha del 23 de octubre de 2009. (F. 110-115 Cuad. 1)

II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN

Expediente T-2534463

Primera Instancia. Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca

El 9 de octubre de 2009 la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca declaró improcedente la acción de tutela presentada por César Ernesto Cano Díaz contra la Dirección Seccional Administrativa y Financiera de la Fiscalía General de la Nación.

Para explicar su decisión la Sala expuso lo siguiente: “El accionante cumplió esta edad -65 años- el 13 de octubre de 2008 (F.86 c.o.) y fue por tal razón que la entidad accionada lo requirió en reiteradas oportunidades para que adelantara su trámite de pensión de vejez toda vez que 6 meses después, por mandato constitucional y legal, debía ser retirado del servicio, como en efecto sucedió pues véase como para la fecha de expedición de este acto administrativo tal plazo ya se encontraba ampliamente superado.

Respecto de la posible vulneración al derecho al debido proceso la Sala Disciplinaria indicó: “En manera alguna observa la Sala que exista violación al derecho al debido proceso del accionante pues no sólo fueron respetados los plazos legales sino que con antelación al cumplimiento de la edad de retiro forzoso se advirtió al señor Cano Díaz de la inminente decisión a adoptar, requerimientos frente a los cuales debió actuar con mayor agilidad y buscar el reconocimiento de su pensión, sin que tal como lo refiere la entidad accionada, exista condicionamiento alguno para proceder de esta manera pues tal causal opera ipso iure, lo que implica que no se requería previamente el reconocimiento de la pensión de vejez ni su inclusión en nómina.”

Al considerar que la acción de tutela no era el mecanismo idóneo para exigir las pretensiones del actor, la autoridad judicial que ofició como primera instancia indicó: “Finalmente, en el

evento en que el accionante considerara que la resolución cuya suspensión se pretende no es ajustada a derecho, debe acudir a los mecanismos previstos en la ley tales como el agotamiento de la vía gubernativa o acudir ante la jurisdicción Contencioso Administrativa, sin que resulte ser la acción de tutela el medio procedente para obtener un resultado favorable a sus pretensiones.”

Recurso de apelación interpuesto por César Ernesto Cano Díaz mediante apoderado.

El 16 de octubre de 2009 el señor Cano Díaz, mediante apoderado, interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia. La Sala de Revisión se permite extraer de este escrito lo siguiente:

Segunda Instancia. Consejo Superior de la Judicatura Sala Jurisdiccional Disciplinaria.

El 19 de noviembre de 2009 el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria decidió “confirmar integralmente la sentencia del 9 de octubre de 2009, proferida por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, mediante la cual declaró improcedente la presente acción de tutela.”

Para sustentar esta decisión la Sala Disciplinaria estimó: “La Sala considera improcedente el mecanismo de tutela para reclamar la anulación de la actuación administrativa, pues entratándose (sic) de asuntos contenciosos, es la jurisdicción funcional en dicha material (sic) la competente para conocer esta clase de controversias, en tanto son asuntos en donde se presume la legalidad del acto que expresó la voluntad de la autoridad pública.”

(...) Cabe decir entonces que el sistema legal, tiene otros medios de defensa jurídicos que no se observa se hayan agotado en su momento, pues en (sic) actor no funda su reclamo como uno transitorio, lo que ya indica que no agotó las instancias ordinarias como medios de defensa legales y oportunos, por lo que no es susceptible que la tutela supla tales recursos, convirtiéndose en una tercera vía o instancia para reclamar las pretensiones aquí formuladas.”

De igual manera afirmó que el actor no acreditó la ocurrencia de un perjuicio irremediable: “Así mismo, no es solo la enunciación de un perjuicio irremediable el que habilita el conocimiento excepcional de juez constitucional de amparo de tutela, pues debe estar

demostrado la verdadera existencia de un riesgo para los derechos fundamentales del actor, situación que no obra como reconocible en el su lite, a fin de aceptar el amparo como mecanismo transitorio.”

Con relación al debido proceso que se debió surtir al momento de producirse el retiro de su cargo, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior indicó: “Finalmente, debe resaltar esta Corporación que la decisión adoptada por (sic) accionada no violentó el debido proceso, toda vez, que el acto administrativo adoptado se dio en aplicación a los preceptos constitucionales que demandan la edad de retiro forzoso a los 65 años de edad, proporcionándole al actor, incluso un período mayor a los 6 meses para la consecución de los trámites administrativos para alcanzar la pensión, por lo cual, tal y como lo señala el A quo debió actuar con celeridad y diligencia, pues la accionada le había advertido desde mucho antes la decisión que adoptaría.(...)”

Expediente T-2534790

Primera instancia. Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca

El 3 de noviembre de 2009, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, quien fue la primera instancia, negó la acción de tutela. Para justificar esta decisión, manifestó que no fue probado el perjuicio irremediable y que además el actor tiene la posibilidad de acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa para debatir la legalidad del acto administrativo. A juicio de esa Sala la decisión de desvinculación es producto de la facultad discrecional del nominador, mas no obedece a lo estipulado en el parágrafo 3° del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que introdujo modificaciones al Sistema General de Pensiones prescrito en la Ley 100 de 1993.

Recurso de apelación interpuesto por el señor Fabio Hernán Aponte Penso

El 10 de noviembre de 2009 el señor Aponte Penso radicó recurso de apelación contra la sentencia del Consejo Seccional de la Judicatura. El recurrente, aparte de reiterar los argumentos expuestos en la demanda, indicó que esta decisión lo afecta de manera negativa: “Ahora bien con esta gravosa situación a la que me veo expuesto, me encuentro en riesgo latente de que las entidades con las que he adquirido obligaciones crediticias,

procedan judicialmente a hacer efectivos el pago de dichas obligaciones mediante acciones judiciales que culminen con los bienes adquiridos durante mi vida laboral a través de préstamos e hipotecas con estas mismas entidades, ya que al encontrarme en mora en el pago de las mismas; y no tener con que cumplirlas me podrían rematar dichos bienes.

Además de lo anterior, me encuentro incurso en el delito de inasistencia alimenticia con mi menor hija, toda vez que no tengo los recursos para poder sufragar la cuota establecida por el Juzgado Dieciocho de Familia de Bogotá; lo cual a la luz de ética profesional es un absurdo jurídico, toda vez que haber ejerciendo (sic) funciones como empleado público de (sic) Procurador en lo penal, encargado de defender los derechos de la sociedad, termine siendo, sindicado, judicializado y condenado por inasistencia alimenticia, al no poder cumplir con la orden judicial impartida por el Juzgado Dieciocho de Familia de Bogotá, mediante Auto de fecha 14 de septiembre de 2009, notificada al pagador de la Procuraduría, en donde le ordena poner a disposición de dicho juzgado cuota alimentaria a favor de la menor Isabella Aponte Pacheco.”

Aunado a lo anterior, manifestó que en el caso se había vulnerado el derecho a la igualdad. “ (...) además de los derechos fundamentales enunciados en el escrito de tutela como violentados y vulnerados por la entidad accionada, también se ve afectado mi derecho a la igualdad toda vez que en casos similares en que la Procuraduría General de la Nación ha declarado insubsistentes a funcionarios de libre nombramiento y remoción, esta entidad ha procedido a reintegrarlos en cumplimiento de fallos de tutela proferidos por esta misma sala disciplinaria, como es el caso del señor Alvaro Rafael Zuleta Oñate, a quien este tribunal amparó sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social, ordenando a la Procuraduría General de la Nación inaplicar transitoriamente el decreto que lo declaró insubsistente del cargo de libre nombramiento y remoción, que venía desempeñando, hasta tanto el Instituto de Seguro Social, le notificara el reconocimiento de su pensión y la inclusión en la nómina respectiva.”

Segunda Instancia. Consejo Superior de la Judicatura Sala Jurisdiccional Disciplinaria.

El 26 de noviembre de 2009 el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria resolvió confirmar integralmente la decisión del a quo. Este Tribunal realizó, en primer lugar un análisis de la procedibilidad de la acción: “En el asunto materia de estudio,

es claro que la censura del accionante esta (sic) dirigida a la decisión administrativa que determinó su insubsistencia como Procurador Judicial Penal, por lo tanto es claro que la censura de este acto administrativo debe efectuarla ante la Jurisdicción Contenciosa, bajo la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, acción que, de conformidad con la citada norma tiene un término perentorio para interponerla de cuatro meses contados a partir de la notificación del acto; lo que se traduce en que puede proceder la acción de amparo como mecanismo transitorio al estar el actor dentro del término para interponer la referida acción administrativa.”

Respecto de este argumento agregó: “Obsérvese que en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, existe la suspensión provisional de la resolución administrativa presuntamente lesiva de los intereses de la parte, por lo cual, obran medios eficaces de protección al interior de la actuación ordinaria judicial, pudiendo impetrarla, quizás como vía expedita que la acción de tutela para el restablecimiento de los derechos invocados.”

Aunado a lo anterior, concluyó que en el presente caso no se acreditó la ocurrencia de un perjuicio irremediable: “Considera esta Superioridad, que analizadas las pruebas tal condición no se da, pues para que ello se cumpla, el examen de la existencia del perjuicio debe consultar la realidad y la situación concreta del accionante, con sus propias especificidades y necesidades, para de allí establecer su ocurrencia, por lo que no puede hoy reclamarse la presencia de un peligro inminente, cuando la declaración de renta y bienes que aportó la accionada (fl. 108 y ss), de la cual es titular el petente, demuestran una condición de solvencia económica, pues obran en su haber inmuebles y vehículos que hacen parte de su patrimonio, por lo tanto, bajo este presupuesto fáctico de valoración no encuentra el juez constitucional la existencia de una urgencia para intervenir de manera excepcional en este asunto, pues no obra una amenaza latente al mínimo vital producto de la decisión administrativa atacada.”

III. ACTUACIONES SURTIDAS EN SEDE DE REVISION

“En el expediente de tutela de la referencia consta que el señor Fabio Hernán Aponte Penso realizó la solicitud de pensión de vejez el 28 de noviembre de 2008, la cual fue registrada

bajo el radicado numero 14356. Sírvase informar a este despacho sí esta pensión ya fue reconocida, o de lo contrario, informe el estado del trámite. Favor anexar copia de los documentos que sustentan su respuesta.”

El Instituto del Seguro Social señaló que, la pensión de jubilación del señor Fabio Hernán Aponte Penso, fue reconocida mediante Resolución N° 007592 del 25 de marzo del año 2010 y notificada el 5 de mayo del mismo año.

En la Resolución en comentó se estableció que el valor de la pensión, a partir del 5 de octubre de 2009, era de \$.4.525.161 y a partir del 1 de enero de 2010, era de \$4.615.664. El valor retroactivo es de \$26.819.120 y la prima retroactiva es de \$4.525.161, lo cual asciende a un total retroactivo de \$31.344.281.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

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

Los expedientes de la referencia fueron seleccionados para revisión por medio del auto del diez y nueve (19) de febrero de dos mil diez (2010), proferido por la Sala de Selección Número Dos.

Problema jurídico

La Sala Tercera de Revisión debe establecer si las decisiones adoptadas por la Fiscalía General de la Nación y por la Procuraduría General de la Nación, en el sentido de declarar la insubsistencia de los señores César Ernesto Cano Díaz y Fabio Hernán Aponte Penso vulneran sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la vida digna, en el entendido que los actores se encontraban próximos a obtener el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación por parte del Instituto de los Seguros Sociales.

Para desarrollar este problema jurídico la Sala desarrollará el siguiente orden: i) Procedencia excepcional de la acción de tutela contra actos administrativos de carácter particular y

concreto, específicamente para obtener el reintegro. ii) El derecho fundamental al mínimo vital. iii) La edad de retiro forzoso como causal de desvinculación de los servidores públicos y la iv) solución del caso concreto.

Procedencia excepcional de la acción de tutela contra actos administrativos de carácter particular y concreto, específicamente para obtener el reintegro.

1. La Corte Constitucional ha establecido que la acción de tutela no procede, generalmente, para solicitar el reintegro de una desvinculación del servicio ordenada por un acto administrativo de carácter particular y concreto. La acción de nulidad y restablecimiento del derecho que se tramita ante la jurisdicción contenciosa administrativa es el mecanismo adecuado para solicitar pretensiones de esta naturaleza. No obstante, de manera excepcional se ha admitido la procedibilidad de la acción de tutela contra este tipo de actos cuando de su aplicación se colige la vulneración de un derecho fundamental o la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual se considera que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no resulta eficaz ni idónea para salvaguardar los derechos vulnerados.

En este sentido, la sentencia T-016 de 2008 manifestó:

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

Esta postura también ha sido expresada en la sentencia T-187 de 2010:

“Según lo anterior, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que la acción de tutela no es procedente, como regla general, para controvertir actos administrativos, toda

vez que las discrepancias suscitadas por la aplicación o interpretación de los mismos, deben ser dirimidas a través de la jurisdicción contenciosa administrativa. No obstante, en criterio de la Corte la aceptación de la procedencia excepcional de la acción de tutela contra los actos administrativos depende de si del contenido de los mismos deviene una vulneración de los derechos fundamentales o la amenaza de la ocurrencia de un perjuicio irremediable de tal magnitud, que obligue la protección urgente de los mismos.”

El derecho fundamental al mínimo vital.

2. La Corte constitucional ha definido el derecho fundamental al mínimo vital en los siguientes términos:

“(…) constituye la porción de los ingresos del trabajador o pensionado que están destinados a la financiación de sus necesidades básicas, como son la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la recreación, la atención en salud; prerrogativas cuya titularidad son indispensables para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana, valor fundante del ordenamiento jurídico constitucional”.¹

La jurisprudencia también ha establecido cuál es el papel que debe desempeñar el juez constitucional en los casos referentes al derecho fundamental al mínimo vital. En la sentencia T-865 de 2009 se señaló lo siguiente:

“Con el fin de establecer si el derecho al mínimo vital de una persona ha sido vulnerado por parte de una entidad pública o privada, el juez de constitucionalidad debe considerar e identificar de manera correcta y precisa la situación de hecho bajo estudio, sin entrar a hacer valoraciones en abstracto, lo cual implica realizar una valoración cualitativa más que cuantitativa de su contenido frente al caso concreto de la persona que busca la protección del derecho, atendiendo a sus especiales condiciones sociales y económicas. Ello significa que corresponde al juez de cara a un caso concreto desarrollar una actividad valorativa de las particulares circunstancias que rodean a una persona y su grupo familiar, a sus necesidades, y a los recursos de los que demanda para satisfacerlas, de tal forma que pueda determinar si vista la situación de hecho se está ante la presencia o amenaza de la afectación del derecho al mínimo vital, y sí (sic) por ello se hace necesario que se otorgue de manera urgente la protección judicial solicitada a través de la acción de tutela.”

Aunado a lo anterior, en la misma sentencia de esta Corporación fijó los requisitos que deben concurrir en un proceso para considerar la vulneración del derecho fundamental al mínimo vital:

De acuerdo con la anterior línea interpretativa, la jurisprudencia constitucional ha señalado unos requisitos que de estar presentes en un caso concreto indican que el derecho fundamental al mínimo vital de un trabajador o pensionado está siendo objeto de amenaza o vulneración, como son: que “(i) el salario o mesada sea el ingreso exclusivo del trabajador o pensionado o existiendo ingresos adicionales sean insuficientes para la cobertura de sus necesidades (sic) básicas y que (ii) la falta de pago de la prestación genere para el afectado una situación crítica tanto a nivel económico como psicológico, derivada de un hecho injustificado, inminente y grave”.

La edad de retiro forzoso como causal de desvinculación de los servidores públicos.

3. La edad de retiro forzoso encuentra su fundamento constitucional en principios elementales del Estado Social de Derecho, como el principio de igualdad y el derecho al trabajo; no obstante, al igual que ocurre con las demás instituciones del Estado Social de Derecho, esta modalidad de retiro debe realizarse conforme a criterios objetivos y razonables. Este criterio fue expuesto en los siguientes términos por la sentencia T-865 de 2009:

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

edad de retiro forzoso como causal de desvinculación del servicio público, constituye una medida gracias a la cual el Estado redistribuye y renueva un recurso escaso, como son los empleos públicos, con la finalidad de que todos los ciudadanos tengan acceso a éste en condiciones de equidad e igualdad de oportunidades.”

De igual manera, la sentencia C-351 de 1995 declaró la exequibilidad del artículo 312 del Decreto 2400 de 1968 “por el cual se modifican las normas que regulan la administración de personal civil y se dictan otras disposiciones”, la cual disponía la edad de retiro forzoso como una de las causales de desvinculación de los funcionarios que se encuentran en la rama judicial:

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

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

En esta ocasión la Corte estableció que con dicha causal no se discriminaba a las personas

que tuvieran esta edad porque ellas podrían ser titulares del derecho a una pensión de jubilación:

“En cuanto a la supuesta violación del artículo 13 Superior por parte de la norma acusada, hay que anotar que el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968 no deja en estado de indefensión a los mayores de 65 años, ni los discrimina, porque los hace acreedores a la pensión por vejez, dándoles lo debido en justicia.”

La regulación de esta institución se hizo fundamentalmente por medio de Decretos- Leyes, los cuales son expedidos por el poder ejecutivo con base en facultades extraordinarias concedidas por el legislador. Estas disposiciones enuncian que la edad de retiro forzoso es de 65 años, por tanto, el trabajador que cumpla con esta condición queda impedido para continuar ejerciendo su labor, caso en el cual dispondrá de 6 meses para adelantar el trámite relativo al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación:

“De igual manera, en lo pertinente al retiro de los servidores públicos por motivo del cumplimiento de la edad de retiro forzoso el Decreto 1950 de 1973 por el cual se reglamentan los Decretos-Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil dispuso lo siguiente:

“Artículo 122º.- 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.”

“Artículo 124º.- Al empleado oficial que reúna las condiciones legales para tener derecho a una pensión de jubilación o de vejez, se le notificará por la entidad correspondiente que cesará en sus funciones y será retirado del servicio dentro de los seis (6) meses siguientes, para que gestione el reconocimiento de la correspondiente pensión.

Si el reconocimiento se efectuare dentro del término indicado, se decretará el retiro y el empleado cesará en sus funciones.”³

En la sentencia T-012 de 2009 esta Corporación estableció los límites constitucionales de la edad de retiro forzoso:

Finalmente, en la sentencia C-161 de 2003 se estableció que la aplicación razonable de la

desvinculación de los servidores públicos por motivo del cumplimiento de la edad de retiro forzoso, no implica cercenar los derechos fundamentales de ciudadanos que se encuentran en la tercera edad, los cuales merecen una tutela especial en los términos dogmáticos del Estado Social de Derecho:

“Conforme con las consideraciones generales de esta providencia la fijación legal de una edad de retiro forzoso como causal de desvinculación del servicio público, siempre que responda a criterios objetivos y razonables, constituye una medida constitucionalmente válida gracias a la cual el Estado redistribuye un recurso escaso, como lo es el empleo público, con el propósito de que todos los ciudadanos tengan acceso a este en condiciones de equidad e igualdad de oportunidades. Sin embargo, tal y como se expresó previamente, la aplicación de este tipo de normas por parte de la administración debe ser razonable, de tal manera que sea el resultado de una valoración de las condiciones particulares del trabajador en cada caso concreto. Ello para garantizar el respeto de los derechos fundamentales del trabajador, toda vez que se trata de personas que han llegado a la tercera edad, 70 años, y que por tanto merecen especial protección por parte del Estado.”

Reintegro de servidores públicos, La pensión de jubilación y la declaratoria de insubsistencia.

4. La Corte Constitucional ha ordenado el reintegro de funcionarios públicos que han sido desvinculados de su cargo por cumplir con la edad de retiro forzoso. La Sala de Revisión considera que los argumentos que se han expuesto para proferir este tipo de decisiones se pueden clasificar en los siguientes: i) en este tipo de casos se presenta una vulneración del derecho fundamental al mínimo vital del funcionario, ii) que el no reconocimiento y pago de la pensión de jubilación del accionante obedece a una conducta negligente de la entidad demandada, iii) y a que el actor es un sujeto de especial protección constitucional pues es un sujeto de la tercera edad, motivo por el cual merece una especial protección del Estado. En este tipo de casos se ha concluido que se ha realizado una aplicación literal de la causal de retiro forzoso sin tener en cuenta los mandatos constitucionales que rigen esta institución.

Dichos postulados se observan en la sentencia T-012 de 2009:

“Así, dimensionada la situación del accionante de manera integral, estima la Sala que la administración pública, vista en su conjunto, le ha infringido una vulneración grave de sus derechos. Por una parte, incumpliendo las normas en la materia, guarda silencio por un periodo superior a un año con respecto a la solicitud de reconocimiento de pensión de jubilación elevada por el actor. Por otra parte, la administración procede a la desvinculación del accionante del servicio, conforme con una simple aplicación objetiva de las normas de retiro forzoso del servicio por cumplimiento de la edad de 65 años, sin hacer una valoración de sus circunstancias particulares, como son (i) la entera dependencia de su salario para la satisfacción de sus necesidades; y (ii) la falta de respuesta de fondo de la solicitud de pensión que había presentado, privándolo con ese proceder, desproporcionado e injustificado, de la posibilidad de percibir un ingreso que le permita proveerse su subsistencia y la de su familia, con lo cual se vulnera su derecho fundamental al mínimo vital.

Por lo anterior concluye esta Corporación que la Secretaria de Educación de Bogotá vulneró el derecho fundamental del accionante al mínimo vital, al haberlo retirado del servicio por haber cumplido la edad de retiro forzoso de 65 años, sin haber realizado una valoración de sus circunstancias particulares que consultara y garantizara la protección de sus derechos fundamentales, y sin haber tenido en cuenta que el demandante había presentado una solicitud de pensión que estaba pendiente de decidirse de fondo por la entidad de prestación social correspondiente.”

La sentencia T- 865 de 2009 sostuvo un criterio semejante:

“Por otra parte, la administración procede a la desvinculación del accionante del servicio, conforme con una simple aplicación literal de las normas de retiro forzoso del servicio por cumplimiento de la edad de 65 años, sin hacer una valoración conforme a los mandatos constitucionales de sus circunstancias particulares, como son (i) la entera dependencia de su salario para la satisfacción de sus necesidades; y (ii) el hecho de que el reconocimiento de la pensión del actor se vería truncada por la mora en el pago de los aportes a la seguridad social, hecho imputable a la entidad de salud, privándolo con ese proceder, desproporcionado e injustificado, de la posibilidad de percibir un ingreso que le permita proveerse su subsistencia y la de su familia, con lo cual se vulnera su derecho fundamental al

mínimo vital.”

Finalmente, la sentencia T-007 de 2010 señaló lo siguiente para un caso semejante al que le corresponde estudiar a esta Sala de Revisión:

“Por esta razón, para esta Sala, retirar a una persona de su puesto de trabajo, sin haberle garantizado que el salario que deja de devengar, como resultado del retiro, tendrá un sustituto adecuado y eficaz en la pensión de vejez, es atentar contra sus derechos fundamentales al mínimo vital, tal como lo ha entendido la Corte (infra 3.2.4.), a la dignidad humana y a la misma vida que puede afectarse si esta prestación social no se le proporciona en forma oportuna y adecuada para afrontar las vicisitudes de la vejez.”⁴

El caso concreto

La Sala Tercera de Revisión debe establecer si las decisiones adoptadas por la Fiscalía General de la Nación y por la Procuraduría General de la Nación, en el sentido de declarar la insubsistencia de los señores César Ernesto Cano Díaz y Fabio Hernán Aponte Penso, vulneran sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la vida digna en el entendido que los actores se encontraban próximos a obtener el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación por parte del Instituto de los Seguros Sociales.

Expediente T-2534463

Como se ha expuesto en el numeral 1 de la parte considerativa, existen reglas en virtud de las cuales, a pesar de considerarse que por regla general no procede la acción de tutela para casos como el presente, hay excepciones que permiten llegar a la conclusión contraria.

Con base en las consideraciones anteriores esta Sala considera que la presente acción de tutela debe declararse procedente. En efecto, el señor César Cano tiene 67 años de edad, su estado de salud es delicado debido a la trombosis que padeció en el año 2007 y a la coleditiasis que sufrió en el mes de mayo del presente año; de igual manera, como lo indicó el señor Felipe Robledo, la esposa del señor Cano sufre de cáncer. Además, según el acervo probatorio que se ha allegado, se constata que la decisión de retirarlo de su cargo ha ocasionado una vulneración de su derecho fundamental al mínimo vital. Por estas razones, se considera que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no es el mecanismo

idóneo ni eficaz para solicitar la protección de los derechos que invoca el señor Cano.

Para resolver el problema jurídico planteado se verificará el cumplimiento de los presupuestos constitucionales que ha establecido la Corte Constitucional para resolver este tipo de procesos. En primer lugar, respecto de la conducta desplegada por el actor y por la Fiscalía General de la Nación, la Sala constata que el 21 de diciembre de 2008, el 2 y el 22 de enero de 2009 y el 5 de mayo de 2010, el señor Cano le solicitó a la Dirección Seccional Administrativa y Financiera de la Fiscalía General de la Nación su colaboración a efectos de completar la historia laboral que reposa en el Instituto de los Seguros Sociales, pues esta entidad manifestó un faltante en las semanas cotizadas en los períodos comprendidos entre 2003-04, 2003-07 a 2004-02.

A pesar de estos requerimientos, tan sólo hasta el 13 de febrero de 2009 la Jefe de la Oficina de Personal de la Fiscalía le remitió esta información al señor Cano. Luego, el 26 de febrero de 2009, el señor Cano remitió al ISS las planillas que acreditan la cotización que efectuó la Fiscalía. No obstante, el 5 de marzo de 2010, el Departamento Nacional de Conciliación del ISS solicitó a la Fiscalía, con carácter “urgente y prioritario” que se acercara a sus instalaciones “con el fin de aclarar con documento soporte la relación laboral (sic) la situación de los afiliados.” Aunado a lo anterior, el 5 de mayo de 2010, el señor Cano presentó derecho de petición ante la Fiscalía con el fin de que cumplieran el oficio remitido por el ISS.

A juicio de esta Sala de Revisión, la Fiscalía General de la Nación, antes que desvincular del cargo al señor Cano Díaz, ha debido en primer lugar, colaborar a completar de manera pronta y diligente la historia laboral, y en segundo lugar, debió requerir al Instituto de los Seguros Sociales y colaborar a César Ernesto Cano en el propósito de que resolvieran de manera perentoria su solicitud de reconocimiento y pago de pensión de jubilación.

La Fiscalía tenía conocimiento de que el señor Cano se encontraba realizando el trámite para el reconocimiento de su pensión de jubilación pues este se lo había informado desde el 28 de mayo de 2008, e incluso, por medio de la comunicación surtida el 22 de enero 2009 él había mostrado su conformidad con la idea de retirarse de la institución en el mes de abril de ese año, esperando que “haya llegado respuesta positiva a mi requerimiento de corregir el faltante de semanas cotizadas para los años 2003 y 2004”. No obstante lo anterior, la Fiscalía

General de la Nación por medio de su Dirección Seccional Administrativa y Financiera procedió a retirarlo de su cargo, mediante Resolución N° 1547, a partir del 1 de septiembre de 2009.

La Corte Constitucional ha sostenido que la desvinculación de los funcionarios por el advenimiento de la edad de retiro forzoso cumple con ciertos fines constitucionales: el derecho al trabajo de quienes aspiran a servir al Estado, el principio de igualdad de oportunidades en el acceso a los cargos públicos o el principio de intervención del Estado en la economía. Pero también ha establecido que, al igual que acontece con las demás instituciones del Estado Social de Derecho, esta tiene límites. Su aplicación debe ser razonable, motivo por el cual debe responder a las características peculiares, tanto fácticas como jurídicas de los trabajadores en cada caso concreto, porque estos son sujetos de la tercera edad y por tanto son titulares de una especial protección constitucional.

El contexto fáctico y constitucional del caso, es lo que impele a esta Sala de Revisión a considerar que la Fiscalía General de la Nación realizó una aplicación literal de la causal de retiro forzoso sin tener en cuenta los mandatos constitucionales que rigen esta institución, por tanto, vulneró los derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social y al mínimo vital del señor César Ernesto Cano Díaz, cuando decidió desvincularlo del cargo de investigador criminalístico VII por medio de la Resolución N° 1547 de agosto de 2009.

El 19 de noviembre de 2009, el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria decidió, “confirmar integralmente la sentencia del 9 de octubre de 2009, proferida por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, mediante la cual declaró improcedente la presente acción de tutela.” Por las razones expuestas en esta sentencia la Sala Tercera de Revisión revocará el fallo proferido en segunda instancia, y en su lugar, amparará los derechos fundamentales del señor César Ernesto Cano.

En consecuencia, se ordenará a la Fiscalía General de la Nación, específicamente al Director Seccional Administrativo y Financiero, que en el término de tres (3) días contados a partir de la notificación de esta providencia, remita un oficio al Instituto de los Seguros Sociales mediante el cual se coadyuve la solicitud de pensión de vejez del señor Cesar Ernesto Cano. Si en el término de diez (10) días, contados a partir de la remisión del mentado oficio, el ISS

no ha proferido respuesta se ordenará dejar sin valor ni efecto alguno la Resolución N° 1547 del Director Seccional Administrativo y Financiero de la Fiscalía General de la Nación, que resolvió retirar del servicio de investigador criminalístico VII al señor César Ernesto Caño Díaz, a partir del 1 de septiembre de 2009. En su lugar, ordenará a la Dirección Seccional Administrativo y Financiero de la Fiscalía General de la Nación que proceda a reintegrarlo al cargo en el que se desempeñaba en esa institución o a uno equivalente, hasta tanto el Instituto de los Seguros Sociales se pronuncie con respecto a su solicitud de pensión de jubilación. En todo caso, esta Sala aprecia que es necesario advertir a la Fiscalía General de la Nación que no tendrá el deber de reintegrar al cargo de Investigador Criminalístico al señor Cesar Ernesto Cano, si el ISS concede la pensión de vejez como consecuencia del oficio remitido por la entidad demandada.

Expediente T-2534790

Respecto al análisis de procedibilidad de la presente acción de tutela, de conformidad con lo expuesto en la primera parte de las consideraciones de esta sentencia, la Sala se permite reiterar que la acción de tutela no resulta procedente, por regla general, para solicitar el reintegro de los servidores públicos que han sido desvinculados; no obstante, ante circunstancias como las que caracterizan este caso se han configurada reglas excepcionales que permiten inferir una conclusión contraria.

En el presente caso, el señor Aponte Penso radicó, con la información pertinente, la solicitud de reconocimiento y pago de pensión de jubilación ante el Instituto de los Seguros Sociales el 28 de noviembre de 2008, con el numero 14356. De esta situación fue informada la Procuraduría General de la Nación de manera oportuna. A pesar de que la entidad tenía conocimiento de esta situación, el 9 de octubre de 2009 Fabio Aponte fue notificado del Decreto N° 2241 del 5 de octubre de 2009, por medio del cual declaró insubsistente su nombramiento como Procurador 325 Judicial I Penal de Bogotá.

Como se expuso en las consideraciones de esta providencia, la desvinculación de los funcionarios públicos debe realizarse de manera razonable, en el entendido de que se deben apreciar las circunstancias especiales que rodean la situación del trabajador. En el presente caso, se aprecian las siguientes circunstancias especiales: i) el señor Aponte ya había radicado sus papeles para solicitar el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, tan

sólo se encontraba a la espera de la decisión por parte del ISS; ii) el salario que devengaba Fabio Aponte Penso en la Procuraduría General de la Nación, era un ingreso necesario para su familia pues con este cumplía las obligaciones alimentarias tanto con sus hijos como con su madre. La Procuraduría omitió estas particularidades al momento de declarar la insubsistencia del señor Aponte, con esta conducta, a juicio de esta Sala, se ocasionó una afectación a los derechos fundamentales del actor lo cual amerita la intervención del juez constitucional para su salvaguarda.

Como se constató con el oficio del ISS, la pensión de jubilación del señor Aponte Penso ya fue reconocida por esta entidad. En efecto, mediante Resolución N° 007592 del 25 de marzo del año 2010 y notificada el 5 de mayo del mismo año, se estableció que el valor de la pensión, a partir del 5 de octubre de 2009, era de \$.4.525.161 y a partir del 1 de enero de 2010, era de \$4.615.664. El valor retroactivo es de \$26.819.120 y la prima retroactiva es de \$4.525.161, lo cual asciende a un total retroactivo de \$31.344.281.

Con esta pensión el actor tiene la posibilidad de honrar sus compromisos en materia de alimentos con sus hijos y su madre; de igual forma, tiene la opción de cubrir sus gastos personales y cumplir las obligaciones financieras que ha contraído. Por estas consideraciones, se considera que la presente acción de tutela es un hecho superado por presentarse carencia actual de objeto, en los términos de la jurisprudencia constitucional:

“7.3.1. El hecho superado se presenta cuando, por la acción u omisión (según sea el requerimiento del actor en la tutela) del obligado, se supera la afectación de tal manera que “carece” de objeto el pronunciamiento del juez. La jurisprudencia de la Corte ha comprendido la expresión hecho superado⁵ en el sentido obvio de las palabras que componen la expresión, es decir, dentro del contexto de la satisfacción de lo pedido en tutela.

En efecto, si lo pretendido con la acción de tutela era una orden de actuar o dejar de hacerlo y, previamente al pronunciamiento del juez de tutela, sucede lo requerido, es claro que se está frente a un hecho superado, porque desaparece la vulneración o amenaza de vulneración de los derechos constitucionales fundamentales o, lo que es lo mismo, porque se satisface lo pedido en la tutela, siempre y cuando, se repite, suceda antes de proferirse el fallo, con lo cual “la posible orden que impartiera el juez caería en el vacío”^{6.}”⁷

A juicio de esta Sala, en el presente caso se configuran los presupuestos jurídicos y fácticos

para afirmar que se ha superado la afectación de los derechos fundamentales del señor Fabio Aponte, por cuanto la conducta desplegada por el Instituto de los Seguros Sociales, en el sentido de reconocerle la pensión de jubilación, satisface lo pedido en la acción de tutela en tanto garantiza un ingreso que permite cubrir sus necesidades y las de su familia.

No obstante lo anterior, la Sala considera oportuno pronunciarse respecto de la vulneración de los derechos en conflicto a pesar de que se haya presentado un hecho superado por carencia actual de objeto. En la sentencia T-009 de 2010, la Corte amparó los derechos del accionante a pesar de existir un hecho superado:

“23. Teniendo en cuenta que: a) el supuesto de hecho que motivó la solicitud de amparo instaurada por la peticionaria se superó estando en curso el trámite de revisión ante esta Corporación; b) por expresa prohibición del artículo 29 del Decreto 2591 de 1991, la Corte Constitucional no puede proferir un fallo inhibitorio; c) que no es posible confirmar un fallo contrario al ordenamiento jurídico y que; d) el juez de instancia negó, erradamente, el amparo de los derechos invocados por la peticionaria⁸, la Sala procederá a declarar la carencia actual de objeto por configurarse un hecho superado, en los términos explicados en esta sentencia, y revocará la sentencia proferida el día 4 de junio de 2009 por el Juzgado 5 Administrativo de Santa Marta - Magdalena que negó el amparo de los derechos fundamentales invocados por la peticionaria⁹.”¹⁰

El 26 de noviembre de 2009 el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, resolvió confirmar integralmente la decisión del a quo, la cual había negado las pretensiones del señor Aponte Penso. La Sala Tercera de Revisión revocará esta sentencia y, en su lugar, amparará los derechos fundamentales a la vida digna, a la seguridad social y al mínimo vital del señor Fabio Aponte Penso. No obstante, al constatar que la pensión de jubilación fue reconocida en el curso del proceso, de declarará que existe un hecho superado por carencia actual de objeto.

IV. DECISIÓN:

RESUELVE:

Primero. REVOCAR el fallo proferido por el Consejo Superior de la Judicatura Sala Jurisdiccional Disciplinaria el diecinueve (19) de noviembre de dos mil nueve (2009), y en su

lugar, AMPARAR los derechos fundamentales del señor César Ernesto Cano por las razones expuestas en esta providencia.

Segundo. ORDENAR a la Fiscalía General de la Nación, específicamente al Director Seccional Administrativo y Financiero, que en el término de tres (3) días contados a partir de la notificación de esta providencia, remita un oficio al Instituto de los Seguros Sociales mediante el cual se coadyuve la solicitud de pensión de vejez del señor Cesar Ernesto Cano.

Tercero. DEJAR SIN VALOR NI EFECTO alguno la Resolución N° 1547 del Director Seccional Administrativo y Financiero de la Fiscalía General de la Nación, que resolvió retirar del servicio de investigador criminalístico VII al señor César Ernesto Caño Díaz, a partir del 1 de septiembre de 2009, siempre y cuando, el ISS no haya proferido respuesta al oficio referenciado en la orden anterior, en el término de diez (10) días contados a partir de la notificación de la mentada remisión.

Cuarto. Ante esa hipótesis y agotado el procedimiento descrito en las ordenes anteriores, ORDENAR a la Dirección Seccional Administrativo y Financiero de la Fiscalía General de la Nación que proceda a reintegrar a Cesar Ernesto Cano al cargo en el que se desempeñaba en esa institución o a uno equivalente, hasta tanto el Instituto de los Seguros Sociales se pronuncie con respecto a su solicitud de pensión de jubilación.

Quinto. ADVERTIR a la Fiscalía General de la Nación que no tendrá el deber de reintegrar al cargo de Investigador Criminalístico al señor Cesar Ernesto Cano, si el ISS concede la pensión de vejez como consecuencia del oficio remitido por la entidad demandada.

Sexto. DECLARAR la carencia actual de objeto por configurarse un hecho superado en los términos explicados en esta sentencia.

Séptimo. REVOCAR, por las razones expuestas en el presente fallo, la sentencia proferida el 26 de noviembre de 2009 por el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, en su lugar, AMPARAR, los derechos fundamentales a la vida digna, a la seguridad social y al mínimo vital del señor Fabio Aponte Penso.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase y publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Magistrado Ponente

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

3 Sentencia T-012 de 2009.

2 “Artículo 31. Todo empleado que cumpla la edad de sesenta y cinco (65) años, será retirado del servicio y no será reintegrado. Los empleados que cesen en el desempeño de sus funciones por razón de edad, se harán acreedores a una pensión por vejez, de acuerdo a lo que sobre el particular establezca el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos.

“Exceptúanse de esta disposición los empleos señalados por el inciso 2 del artículo 29 de este decreto.”

3 Sentencia T-865 de 2009

4 En un sentido semejante, ver la sentencia T-948 de 2009.

5 Así, por ejemplo, en la sentencia T-082 de 20065, en la que una señora solicitaba la entrega de unos medicamentos, los cuales, según pudo verificar la Sala Octava de Revisión, le estaban siendo entregados al momento de la revisión del fallo, la Corte consideró que al

desaparecer los hechos que generaron la vulneración, la acción de tutela perdía su eficacia e inmediatez y, por ende su justificación constitucional, al haberse configurado un hecho superado que conducía entonces a la carencia actual de objeto, la cual fue declarada por esa razón en la parte resolutive de la sentencia. Así mismo, en la sentencia T-630 de 20055, en un caso en el cual se pretendía que se ordenara a una entidad la prestación de ciertos servicios médicos que fueron efectivamente proporcionados, la Corte sostuvo que “si durante el trámite de la acción de tutela, la vulneración o amenaza a los derechos fundamentales desaparece, la tutela pierde su razón de ser, pues bajo esas condiciones no existiría una orden que impartir ni un perjuicio que evitar.” Igual posición se adoptó en la sentencia SU-975 de 20035, en uno de los casos allí estudiados, pues se profirió el acto administrativo que dejó sin fundamento la tutela del actor, por lo que la Corte estimó, sin juzgar el mérito de dicho acto, que se encontraba ante un hecho superado.

6 T-519 de 1992, M.P., José Gregorio Hernández Galindo.

7 SU-540 de 2007.

8 Así, teniendo en cuenta que el juez de instancia consideró que era su compañero permanente el único habilitado para solicitar la prórroga de la ayuda humanitaria de emergencia, esta Sala infiere que se ha debido conceder el amparo solicitado, pues, como se explicó anteriormente, la peticionaria se encuentra inscrita en el RUPD como jefe de hogar desde el día 10 de agosto de 2005 e, independientemente de este hecho, para obtener las ayudas humanitarias de emergencia, Acción Social no puede exigir la calidad de jefe de hogar.

10 Ver también la sentencia T-268 de 2008.