

Sentencia T-496/10

ACTO ADMINISTRATIVO DE CARACTER PARTICULAR-Procedencia excepcional de acción de tutela/ACTO ADMINISTRATIVO DE CARACTER PARTICULAR-Para solicitar reintegro al cargo

EDAD DE RETIRO FORZOSO-Causal para la desvinculación del servicio de la rama judicial/EDAD DE RETIRO FORZOSO-Desarrollo legislativo en relación con la pensión de vejez

INDEMNIZACION SUSTITUTIVA DE LA PENSION DE VEJEZ-Concepto

PENSION DE VEJEZ-Se consolida en el momento en que se cumplen todos los requisitos exigidos por régimen pertinente

EDAD DE RETIRO FORZOSO Y MINIMO VITAL-Vulneración por parte de la entidad demandada al no considerar la especial condición de la peticionaria al momento de ordenar el retiro forzoso

Observa la Sala que en el presente caso hubo una omisión por parte del Hospital al desvincularla del servicio sin analizar las circunstancias en las que acontecía dicho retiro lo cual devino en una vulneración de sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas. Lo anterior se explica en el hecho de que la accionante, además de tener el carácter de sujeto de especial protección por razón de su edad, tiene como única fuente de ingreso económico el que percibía por las labores desempeñadas en el Hospital para su propia subsistencia y el de su núcleo familiar, dentro del cual se encuentra su hijo de 13 años de edad, quien en el año 2009 cursaba segundo grado de primaria, y de su esposo, el cual aduce es desplazado.

ACCION DE TUTELA-Reintegro a persona de la tercera edad por haberse ordenado su retiro forzoso sin tomar las previsiones necesarias para garantizar el acceso a la pensión de vejez a la cual tiene derecho

Referencia: expediente T-2.562.758

Acción de Tutela instaurada por Magola Quiñones de Rosero Contra E.S.E. Hospital San Andrés de Tumaco.

Magistrado Ponente:

Dr. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., dieciséis (16) de junio de dos mil diez (2.010)

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Humberto Antonio Sierra Porto, Luis Ernesto Vargas Silva y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub -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, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos por el Juzgado Laboral del Circuito de Tumaco (Nariño), el 11 de noviembre de 2009 y, por la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, el 19 de enero de 2010, en la acción de tutela incoada por Magola Quiñones de Rosero contra el Hospital San Andrés de Tumaco E.S.E.

1. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991 y 49 del Reglamento de la Corporación, la Sala de Selección Número Dos de la Corte Constitucional escogió, para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia.

De conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la Sentencia correspondiente.

1. SOLICITUD

Magola Quiñones de Rosero demandó ante el juez de tutela la protección de sus derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida, a la seguridad social, al trabajo y al debido proceso, presuntamente vulnerados por la E.S.E. Hospital San Andrés de Tumaco, al dar por terminado el contrato de trabajo suscrito con la actora por haber llegado a la edad de

retiro forzoso sin tener en cuenta que tan solo le faltaban dos años para que el ISS le reconociera la prestación económica de vejez. Por lo tanto, solicita su reintegro al cargo que venía desempeñando en la Institución accionada hasta tanto cumpla con el requisito del número de semanas exigidas por la ley para acceder a la prestación económica que pretende le sea reconocida.

Como sustento de su petición narra los siguientes hechos.

1. Hechos

1. Señala la actora que fue nombrada como auxiliar de servicios generales mediante contrato individual de trabajo a término indefinido desde el 11 de septiembre de 1995, ininterrumpidamente, hasta el 22 de septiembre de 2009 en la E.S.E. Hospital San Andrés de Tumaco.

1. Cuenta que el Gerente de la E.S.E. Hospital San Andrés de Tumaco, mediante resolución número 1154 del 22 de septiembre de 2009, decretó su retiro por haber llegado a la edad de retiro forzoso, con fundamento en el Decreto 1950 de 1973 que estableció la edad de sesenta y cinco (65) años como una causal de impedimento para seguir ocupando un cargo público y en el artículo 31 del Decreto ley 2400 de 1968 que la establece como una causal de retiro forzoso del cargo.

1. Sostiene que la aplicación de la anterior normatividad no era adaptable a su caso particular porque ostentaba la calidad de trabajadora oficial y por tanto la cobijan las normas del Código Sustantivo del Trabajo. En consecuencia, fue despedida sin la observancia de las exigencias legales para el efecto.

1. Indica que es una persona adulta mayor pero que este hecho no la limita físicamente para seguir desempeñando la labor para la cual fue contratada y que realizó con eficiencia durante el tiempo que estuvo vinculada a la Institución.

1. Aduce que en la actualidad cuenta con 65 años de edad, que trabajó durante catorce (14) años en la E.S.E. Hospital San Andrés de Tumaco y que también laboró en el municipio de Tumaco dos (2) años. Sostiene que le faltaba muy poco tiempo para cumplir con el requisito legal del tiempo de servicio para obtener el reconocimiento de la prestación económica de vejez.

1. Comenta que ante dicha situación elevó un derecho de petición ante el Gerente de la Empresa Social del Estado a la cual había estado vinculada solicitándole su reintegro al cargo, teniendo en cuenta que se trataba de un despido injusto. Pues, el hecho de haber llegado a la edad de 65 años no era una causal que estuviera contemplada en el artículo 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo como causal de justa terminación del contrato laboral, norma aplicable a su caso por ser una trabajadora de base.

1. Aduce que su derecho fundamental al mínimo vital en conexidad con la vida se encuentra en riesgo, agregando que es persona adulta mayor, madre cabeza de familia y, además tiene una serie de obligaciones que cancelar, las cuales no puede cubrir sin los ingresos que devenían de su trabajo.

1. Por último, cuenta que padece de Artropatía de la rodilla derecha que le impide caminar correctamente, por lo cual fue programada por el ortopedista de la institución donde laboraba para la práctica de una cirugía de rodilla.

1. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Radicada la acción de tutela, el 20 de octubre de 2009, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Tumaco (Nariño) la admitió y ordenó correr traslado al representante legal, o a quien haga sus veces, del Hospital San Andrés de Tumaco ESE.

1. Respuesta del Hospital San Andrés E.S.E.

1. Manifiesta que la señora Magola Quiñones de Rosero fue vinculada al Hospital San Andrés E.S.E., mediante un nombramiento en provisionalidad, de conformidad con la resolución número 8809 del 11 de septiembre de 1995, en el área de servicios generales hasta tanto se proveía dicho cargo en forma definitiva.

1. Relata que con posterioridad a dicho nombramiento, mediante resolución 710 del 4 de junio de 1999 se definió la vinculación del personal del Departamento de servicios generales, dentro del cual se encontraba la señora Quiñones de Rosero. En virtud de lo anterior, procedió a vincularla mediante un contrato de trabajo, en el cual se aclaraba su condición de trabajadora oficial, condición que ostentó hasta el 15 de octubre de 2009.

1. Cuenta que mediante resolución número 154 del 22 de septiembre de 2009, se retiró del servicio a la accionante, con base en los artículos 31 del Decreto ley 2400 de 1968 y 122 del Decreto 1950 de 1973, los cuales establecen que la edad de 65 años constituye impedimento para desempeñar cargos públicos y es una causal de retiro forzoso del empleo y; teniendo en cuenta la fecha de nacimiento de la accionante, se encuentra acreditado que ya superó los 65 años de edad.

1. Sostuvo que la E.S.E. Hospital San Andrés de Tumaco inició un proceso de acompañamiento psicológico, jurídico y de salud ocupacional para los prepensionados dentro

del cual se encontraba la señora Magola Quiñones de Rosero.

1. Refiere que en efecto la peticionaria presentó un derecho de petición en el cual solicitaba su reintegro, solicitud que fue negada, ya que el haber llegado a la edad de retiro forzoso, 65 años, era una justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo. Además, la funcionaria no reunía los requisitos legales para acceder a la pensión de vejez y por ello, se le informó que debía solicitar la indemnización sustitutiva de vejez, para lo cual ofreció su acompañamiento en todo este trámite.

1. No obstante lo anterior, la actora no ha solicitado el reconocimiento y pago de la pensión sustitutiva de vejez, lo que denota negligencia; prestación económica con la cual bien podría sufragar sus gastos personales y familiares.

1. Ahora bien, el Hospital San Andrés de Tumaco-Nariño E.S.E. desconoce si la señora Magola Quiñones de Rosero sufre de Artropatía de la rodilla, pues desde que se dio su retiro no ha cumplido con su obligación de acercarse a la dependencia de Talento humano a reclamar la orden para que le sean practicados los exámenes de egreso.

1. A su parecer no existe prueba alguna que demuestre que la desvinculación de la actora le causó un perjuicio irremediable, pues ni siquiera puede predicarse vulneración de derecho fundamental alguno.

1. Finalmente sostiene que el retiro de la funcionaria se dio con ocasión de las normas legales que establecen la edad de retiro forzoso de los trabajadores oficiales al servicio del Estado y, a su modo de ver no puede oponer la accionante el hecho de que aún no ha cumplido con los requisitos legales para pensionarse.

1. PRUEBAS Y DOCUMENTOS

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

1. Fotocopia de la cédula de ciudadanía de la peticionaria.

1. Registro civil de nacimiento del niño Brando Staller Rosero Quiñones

1. Copia de la resolución número 8809 del 11 de septiembre de 1995, por medio de la cual se realizó el nombramiento de la señora Magola Quiñones de Rosero con carácter provisional.

1. Copia del acta de posesión de la actora suscrita el 11 de septiembre de 1995.

1. Copia de la Resolución número 710 de 1999, por medio de la cual se definió el vínculo legal con quienes ostentaban la calidad de trabajadores oficiales, entre los que se encontraban la actora.

1. Copia del contrato individual de trabajo a término indefinido suscrito por la actora y por el Gerente del Hospital San Andrés de Tumaco-Nariño E.S.E.

1. Copia de la Resolución número 1154 del 22 de septiembre de 2009, por medio de la cual

se decretó la terminación del contrato laboral, por edad de retiro forzoso, con la señora Magola Quiñones de Rosero.

1. Copia del derecho de petición elevado por la actora al Hospital San Andrés de Tumaco E.S.E, adiado el 16 de octubre de 2009.

1. Respuesta al derecho de petición adiado el 5 de noviembre de 2009, sin firma de recibido por la actora.

1. Constancia expedida por el rector del Instituto Técnico Industrial Nacional de San Andrés de Tumaco-Nariño en donde informa que el niño Brandon Stelinne se encuentra matriculado en dicha institución y que actualmente cursa segundo grado de básica secundaria.

1. Diagnóstico de un médico adscrito a Caprecom en donde consta que la actora padece de artrosis de rodilla.

1. DECISIONES JUDICIALES

1. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA - JUZGADO LABORAL DEL CIRCUITO DE TUMACO-NARIÑO.

En primera instancia, el Juzgado Laboral del Circuito de Tumaco-Nariño, mediante sentencia proferida el once (11) de noviembre de dos mil nueve (2009), decidió denegar la acción de tutela instaurada por la actora.

Aduce el a-quo que el amparo tutelar dirigido a obtener el reintegro a un cargo no es procedente, pues cuando se pretende dejar sin efectos un acto administrativo de carácter particular y concreto existe la vía jurídica pertinente para controvertirlo, esta es, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Y, en el caso particular de la actora, señaló que en ejercicio de esta acción también podía solicitar la suspensión de la resolución número 1154 del 22 de septiembre de 2009, mediante la cual se decretó su retiro por haber llegado a la edad de retiro forzoso. Pero, más adelante aclara que en el caso de los empleados oficiales, debe agotarse primero la vía ordinaria laboral.

Ahora bien, el a-quo sostiene que no existió vulneración del derecho al mínimo vital porque pese a haber sido retirada de su cargo y no tener la posibilidad de acceder al reconocimiento de la pensión de vejez, si puede acceder a la indemnización sustitutiva; compensación con la cual la actora puede cubrir parte de sus necesidades. De otro lado, si la peticionaria considera que fue despedida injustamente puede obtener el resarcimiento económico por los perjuicios causados a través de la vía ordinaria laboral o de lo contencioso administrativo.

Finalmente, aduce que de las pruebas obrantes en el expediente puede colegirse que todos sus hijos son mayores de edad, no es madre soltera, sumado a que no existe prueba fehaciente que demuestre que es cabeza de hogar, pues según cuenta vive con sus hijas, su yerno, su nieto y su esposo. Y, aunque respecto de este último dice que tiene la calidad de desplazado, no existe prueba de su dicho; y en caso de que ello fuera así existen mecanismos administrativos y jurídicos que permiten a los desplazados obtener ayudas estatales.

1. IMPUGNACIÓN

La Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto confirmó el fallo proferido en primera instancia argumentando que la legislación colombiana ha sido enfática en señalar que todo empleado público o trabajador oficial que llegue a la edad de 65 años constituye una causal para que su nominador dé por terminada la relación laboral, excepto cuando se ingresa al servicio público por elección popular. En consecuencia, sería improcedente ordenar el reintegro de la actora a su cargo.

Agrega que la accionante puede ejercer la acción judicial por la vía administrativa en orden a que se defina su situación pensional o que se le reconozca la indemnización sustitutiva. Por este motivo, la acción de tutela deviene en improcedente al existir otros mecanismos ordinarios para invocar la protección de los derechos fundamentales.

1. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. COMPETENCIA Y OPORTUNIDAD

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9 de la Constitución, y 33 del Decreto 2591 de 1991 y 49 del Reglamento de la Corporación, es competente para revisar el fallo de tutela adoptado en el proceso de esta referencia.

1. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a la Sala examinar si el Hospital de Tumaco E.S.E., vulneró el derecho fundamental al trabajo, a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas de la accionante, al desvincularla de la planta de personal, por haber llegado a la edad de retiro forzoso, 65 años, sin tomar en consideración la protección constitucional reforzada de la que es sujeto, sumado a que el ingreso que percibía por el trabajo desempeñado en la Institución era su única fuente de ingresos económicos para proveer su sustento y el de su familia, dentro del cual se encontraba su hijo de 13 años de edad.

Para resolver el problema jurídico planteado la Sala Séptima examinará: Primero, procedencia excepcional de la acción de tutela contra actos administrativos de carácter particular y concreto, Segundo, el régimen legal del trabajador oficial y la causal de retiro forzoso como causal para su desvinculación del servicio, Tercero, la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y, Cuarto, el caso concreto.

1. PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CARÁCTER PARTICULAR Y CONCRETO, ESPECÍFICAMENTE PARA SOLICITAR EL REINTEGRO.

La acción constitucional consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, se caracteriza por ser una acción preferente y sumaria que busca evitar de manera inmediata la amenaza o vulneración de un derecho fundamental. Además su procedencia se circunscribe a la condición de que no existan otros medios ordinarios a través de los cuales se pueda invocar la protección del derecho en cuestión o que existiendo esta vía jurídica carezca de idoneidad para evitar la configuración de un perjuicio irremediable.

En el caso específico de la acción de tutela contra actos administrativos de carácter particular, concretamente para solicitar el reintegro al cargo, se ha predicado por regla general su improcedencia a no ser que se invoque para evitar la configuración de un perjuicio irremediable. Ello, por cuanto el interesado puede ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y, como medida preventiva solicitar dentro de ésta, la suspensión del acto que causa la transgresión.

Sin embargo, el amparo constitucional es procedente en aquellos asuntos en los cuales, como se anotó anteriormente, se demuestre que pese a existir otros mecanismos ordinarios para la defensa de los derechos fundamentales involucrados, éstos carecen de idoneidad para evitar la configuración de un perjuicio irremediable. Dicho perjuicio se caracteriza, según los parámetros fijados por esta Corporación:

“...(i) por ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; (ii) por ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (iii) porque las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y (iv) porque la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.¹”²

Los anteriores requisitos deben ser analizados en cada caso concreto, pues como regla general, no solamente debe hallarse acreditada la gravedad de la situación sino también que

los mecanismos ordinarios no sean eficaces para la real protección de los derechos fundamentales involucrados.

No obstante, tratándose de personas en estado de vulnerabilidad se ha determinado que el examen de los supuestos exigidos para que se pruebe el perjuicio irremediable no debe ser tan riguroso. Al respecto la sentencia T-1316 del 7 de diciembre de 2001 dijo:

“...algunos grupos con características particulares, como los niños o los ancianos, pueden llegar a sufrir daños o amenazas que, aún cuando para la generalidad de la sociedad no constituyen perjuicio irremediable, sí lo son para ellos, pues por encontrarse en otras condiciones de debilidad o vulnerabilidad, pueden tener repercusiones de mayor trascendencia que justifican un “tratamiento diferencial positivo”³, y que amplía (sic) a su vez el ámbito de los derechos fundamentales susceptibles de protección por vía de tutela...”

Entendiendo que frente a los sujetos de especial protección los requisitos determinados para que se configure un perjuicio irremediable no deben aplicarse en sentido estricto, debe aclararse que el hecho de encontrarse la persona en estado de debilidad manifiesta no indica que deba concederse el amparo como mecanismo transitorio o definitivo, sin más consideraciones.

1. La edad de retiro forzoso como causal para la desvinculación del servicio de la rama ejecutiva.

Para iniciar es importante referir que los servidores públicos de la rama ejecutiva se clasifican en (i) empleados públicos, (ii) trabajadores oficiales y (iii) funcionarios de seguridad social.

Ahora bien, el artículo 25 del Decreto Ley 2400 de 1968 establece las causales de retiro o cesación definitiva de funciones dentro de las cuales se encuentra la edad de retiro forzoso para todos los servidores públicos de la rama ejecutiva.

En consonancia con lo anterior el artículo 31 del decreto ley 2400 de 1968 preceptúa lo siguiente:

“Todo empleado que cumpla la edad de 65 años, será retirado del servicio y no será reintegrado...”

La jurisprudencia constitucional refiriéndose a la conformidad que guarda la anterior preceptiva legal con la Constitución Política señaló que:

“...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.”⁴

Por su parte el artículo 29 del decreto 3135 de 1968 establecía:

No obstante, el 1 de abril de 1994 entró en vigencia el nuevo sistema de seguridad social integral en Colombia que tiene como fin cubrir las contingencias que afectan la salud y la capacidad económica de todos los habitantes del territorio nacional. Es decir, la ley 100 de 1993 es el régimen general aplicable en materia pensional a todos los trabajadores en Colombia con las excepciones allí contempladas.

En ese orden de ideas, como la ley 100 de 1993 unificó el sistema general de seguridad social en pensiones, derogó la pensión de retiro por vejez establecida en el artículo 29 del decreto 3135 de 1968.

Sin embargo, existe una disposición dentro de la ley 100 de 1993 para aquellas personas, que no reúnen el requisito del número de semanas exigidas para obtener la pensión de vejez, que manifiesten su imposibilidad de seguir cotizando al sistema de pensiones y hayan cumplido el requisito de la edad para obtener dicha prestación. Esta es:

“ARTICULO 37. Indemnización Sustitutiva de la Pensión de Vejez. Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado.”⁵

Puede concluirse entonces que la desvinculación de un servidor público por haber llegado a la edad de retiro forzoso en la rama ejecutiva, se aviene a los postulados constitucionales.

Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la desvinculación de un servidor público por haber llegado a la edad de retiro forzoso, no debe atender criterios meramente objetivos sino que además deben tomarse en consideración las circunstancias de cada caso individualmente considerado:

“Es por ello que la Corte debe precisar, tal y como se señaló, que si bien la fijación de una edad de retiro como causal de desvinculación del servicio es constitucionalmente admisible, su aplicación debe ser razonable de tal manera que, en cada caso concreto, responda a una valoración de las especiales circunstancias de los trabajadores, toda vez que ella no puede producir una vulneración de sus derechos fundamentales, máxime teniendo en cuenta que se trata de personas de la tercera edad, y que por esa causa merecen una especial protección constitucional. De otra forma, una aplicación objetiva de la medida, sin atender a las particularidades de cada situación, tendría un efecto perverso para sus destinatarios, por que podría desconocer sus garantías fundamentales de los trabajadores, en razón a que se les privaría de continuar trabajando y percibiendo un ingreso, sin que su solicitud de pensión

hubiese sido decidida de fondo, avocándolos inclusive de manera eventual a una desprotección en lo relacionado con su servicio de salud.”⁶

En esta misma sentencia la Sala consideró que hubo vulneración al derecho al mínimo vital del actor y de su familia por cuanto hubo una aplicación objetiva de la norma sin tener en cuenta las particularidades del caso concreto. Sobre el punto dijo: (...) concluye esta Corporación que la Secretaría 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 (...)⁷

Es evidente que la jurisprudencia constitucional ha amparado a los servidores públicos, a los cuales le es aplicable la preceptiva de la edad de retiro forzoso, que a pesar de haber llegado a la edad de 65 años y hubieren elevado la solicitud del reconocimiento pensional ésta se encontrara en trámite o también, cuando pese a no haber elevado la petición del reconocimiento pensional éste reuniera los requisitos exigidos por la ley para obtener el reconocimiento de la prestación económica de vejez.

Así por ejemplo, en el caso resuelto en la sentencia T-007 del 14 de enero de 2010⁸ la Corte ordenó el reintegro de un trabajador oficial, quien se desempeñaba como celador en la Secretaría de Educación de Medellín, por cuanto la entidad accionada ordenó su desvinculación sin tomar las medidas necesarias para garantizarle su acceso a la pensión. La Sala sostuvo que, se encontraba acreditado que el trabajador reunía los requisitos legales para obtener el reconocimiento de la pensión de vejez y le recordó a la Secretaría de Educación que si el trabajador no había iniciado el trámite respectivo para reclamar la prestación económica de vejez, ésta podía coadyuvar en dicha solicitud, de conformidad con el parágrafo 3° del artículo 33 de la ley 100 de 1993. Pues, estaba demostrado que el salario que devengaba el actor era la única fuente de ingresos para asegurar su subsistencia y el de su grupo familiar.

En este tema resulta pertinente referir el contenido del parágrafo 3° de la ley 797 de 2003 que fue condicionado por la Corte en sentencia C-1037 de 2003. Dicha disposición contempla la procedencia de la desvinculación de un trabajador cuando éste ha cumplido con los requisitos legales exigidos para obtener el reconocimiento de la pensión de vejez. Dice la norma:

“Se considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión. El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones.

Transcurridos treinta (30) días después de que el trabajador o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión, si este no la solicita, el empleador podrá solicitar el reconocimiento de la misma en nombre de aquel.

Lo dispuesto en este artículo rige para todos los trabajadores o servidores públicos afiliados al sistema general de pensiones.”⁹ (subraya fuera de texto)

En este respecto, la sentencia de constitucionalidad C-1037 de 2003 declaró condicionalmente exequible el anterior parágrafo, adicionando un supuesto de hecho más al establecido por el legislador, en el sentido de que además de la notificación del reconocimiento de la prestación económica al trabajador, el empleador no podía retirar al trabajador particular o servidor público hasta tanto no le hubiera sido garantizado el pago de su mesada pensional. Así lo expresó la Corte en dicha oportunidad:

“El Estado debe garantizar la “efectividad de los derechos”, en este caso del empleado, público o privado, retirado del servicio asegurándole la “remuneración vital” que garantice su subsistencia, su dignidad humana y los derechos de los trabajadores impone el deber de dictar una sentencia aditiva, esto es que agregue un supuesto de hecho o requisito a los señalados por el legislador con el fin de hacer compatible la norma con la Constitución Política. En este caso es necesario adicionar a la notificación de la pensión la notificación de su inclusión en la nóminas de pensionados correspondiente. No puede existir solución de continuidad entre la terminación de la relación laboral y la iniciación del pago efectivo de la

mesada pensional, precisamente para asegurar al trabajador y a su familia los ingresos mínimos vitales, así como la efectividad y primacía de sus derechos. Por tanto, la única posibilidad de que el precepto acusado devenga constitucional es mediante una sentencia aditiva para que el trabajador particular o servidor público sea retirado sólo cuando se le garantice el pago de su mesada pensional, con la inclusión en la correspondiente nómina, una vez se haya reconocido su pensión.”¹⁰ (negrilla fuera de texto)

Esto es, el retiro del trabajador, en el caso de existir solicitud de reconocimiento de la pensión ante el ISS o Fondo de Pensiones, deberá hacerse hasta tanto se le garantice el pago efectivo de su mesada pensional.

Ahora bien, cabe preguntarse ¿qué sucede en aquellos casos en los cuales un servidor público de la rama ejecutiva ha llegado a la edad de retiro forzoso, 65 años, pero no cumple con el número de semanas para obtener el reconocimiento de la pensión de vejez y es retirado del servicio sin que manifieste su voluntad o, bien de seguir cotizando o, en caso contrario, optar por la solicitud de la indemnización sustitutiva?

Para iniciar es consecuente pensar que la protección de los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas que fundamentaron la decisión de esta Corporación en sentencia C-1037 de 2003 para asegurar al trabajador su remuneración vital también debe extenderse a la situación fáctica anteriormente planteada. Es decir, la preceptiva que refiere el retiro por haber llegado a la edad de retiro forzoso, tratándose de los servidores públicos de la rama ejecutiva, puede aplicarse de manera objetiva siempre y cuando no se produzca una vulneración a los derechos fundamentales del trabajador.

Por ejemplo, puede presentarse el caso del servidor público, que llega a la edad de retiro forzoso, cuyo ingreso mensual constituye el único ingreso para asegurar su subsistencia y el de su familia. En este caso, procede la aplicación de la norma por haber cumplido el trabajador el supuesto exigido en la ley para ello, haber llegado a los 65 años de edad. Pero, si no ha cumplido el número de semanas exigidas para obtener el reconocimiento de la pensión de vejez, la Entidad o Institución sólo podrá retirarlo del servicio hasta tanto el mismo manifieste si seguirá cotizando al sistema pensional o si en caso contrario, si opta por la indemnización sustitutiva, caso en el cual para asegurar su remuneración vital, deberá retirarlo hasta tanto le sea reconocida y pagada dicha indemnización económica. Lo anterior,

permite garantizarle al servidor público y a su familia una fuente de ingresos económicos que les permita satisfacer sus necesidades básicas y, a la vez resguardar derechos de gran valía constitucional como lo son el mínimo vital y la vida en condiciones dignas.

1. La indemnización sustitutiva de la pensión de vejez

Para obtener un derecho adquirido en materia pensional es necesario que el trabajador acredite los requisitos legales exigidos por el legislador dentro del régimen dentro del cual se encuentre cotizando. De lo contrario, no podrá hablarse de un derecho pensional consolidado.¹¹

En aquellos casos en los cuales el trabajador cumple con el requisito de la edad pero no con el número de semanas exigidas por la ley para reclamar el beneficio de la pensión de vejez, no tendrá el derecho a dicha prestación económica.

No obstante, el artículo 37 de la ley 100 de 1993 prevé que si el interesado manifiesta la imposibilidad de seguir cotizando al sistema pensional para cumplir con la exigencia legal del número de semanas, podrá optar por la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

Entiéndase que la norma ofrece la posibilidad de que el trabajador siga cotizando al régimen para consolidar un derecho adquirido en materia pensional, lo cual en manera alguna constituye una obligación. Pues, de lo contrario, en cualquier tiempo, el interesado estaría facultado para pedir la indemnización sustitutiva.¹²

1. ESTUDIO DEL CASO CONCRETO

1. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

1. Como se anotó en párrafos anteriores, la Corte Constitucional ha establecido como regla general la no procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos de carácter particular y concreto para solicitar el reintegro a un cargo, bajo la premisa de que éstos pueden ser atacados a través de la acción respectiva ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo sumado a la posibilidad que existe dentro de la misma de solicitar la suspensión del acto que ocasionó la transgresión de los derechos fundamentales invocados.

1. No obstante lo anterior, esta Corporación ha fijado como excepción a la regla general, el hecho de que se cause un perjuicio irremediable. Además ha mencionado que las personas que se encuentren en estado de debilidad manifiesta como lo son los adultos mayores, son objeto de especial protección constitucional y, por tanto, el estudio de los supuestos generales exigidos para la configuración del perjuicio irremediable no deben aplicarse de forma en exceso rigurosa.

4.1.3 Ahora bien, en el presente caso existen varios elementos de juicio que llevan a la conclusión de que estamos frente a la configuración de un perjuicio irremediable:

En primer lugar, la accionante tiene 67 años de edad. En consecuencia, se trata de una persona en situación de vulnerabilidad por su edad; en segundo término, existe la afirmación de la peticionaria, que no fue desvirtuada por el ente accionado, de que su hijo de 13 años de edad y su esposo, quien aduce es desplazado, dependían del ingreso mensual que percibía en el Hospital San Andrés de Tumaco E.S.E.; y como un tercer punto, la actora mencionó tener un crédito con el Fondo de Empleados del Sector Salud de Nariño Ltda, para lo cual allegó certificación de dicho Fondo en el cual se puede constatar que a la fecha del 7 de octubre de 2009 adeudaba la suma de \$9.000.000.00, suma que el Gerente del citado fondo solicitó deducir de las prestaciones sociales de la actora con destino a Fondessnar Ltda.

1. En consecuencia, al hallarse acreditados los elementos para la configuración de un perjuicio irremediable, le asiste a la accionante un interés legítimo para solicitar el amparo constitucional implorado.

1. ANÁLISIS DE LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA TUTELANTE

Teniendo en cuenta que el Hospital San Andrés de Tumaco E.S.E., profirió la Resolución número 1154 del 22 de septiembre de 2009, por medio de la cual se decretó el retiro del servicio de la señora Magola Quiñones de Rosero por haber cumplido la edad de retiro forzoso, sin tomar en consideración las circunstancias particulares de la actora, como el hecho de que el sustento de su grupo familiar dependía del ingreso que devengaba como trabajadora del Hospital, dentro del cual se encuentra su hijo de 13 años y, que padece quebrantos de salud, la Corte estudiará si de conformidad con las preceptivas constitucionales que regulan el tema, se ha vulnerado el derecho fundamental al mínimo vital y la vida en condiciones dignas de la accionante.

1. CASO CONCRETO

Antes de abocar el estudio de los supuestos fácticos para acoger o desestimar las pretensiones de la solicitante, es pertinente referirse a los hechos que se encuentran debidamente probados en el presente caso y que a continuación se resumen:

La señora Magola Quiñones fue nombrada en provisionalidad mediante resolución número 8809 del 11 de septiembre de 1995 para desempeñar las funciones de operaria de servicios generales, la cual tomó posesión de dicho cargo en esa misma fecha.

Posteriormente, mediante resolución número 710 del 4 de junio de 1999, se definió el vínculo legal para quienes ostentaban la calidad de trabajadores oficiales en el Hospital San Andrés de Tumaco E.S.E., mediante contratos de trabajo. En consecuencia, la accionante suscribió un contrato individual de trabajo a término indefinido, en el cual se dejó expresa constancia que la accionante laboraba allí desde el 11 de septiembre de 1995.

Obra también una comunicación del Hospital San Andrés de Tumaco E.S.E. dirigida a la señora Magola Quiñones de Rosero, en donde le reiteran, de acuerdo a las charlas realizadas los días 24 de febrero y 29 de abril de 2009, que la ley 100 de 1993 contempla la figura

jurídica de la indemnización sustitutiva, ya que ha llegado a la edad de retiro forzoso, 65 años, y no reúne el número de semanas exigidas por la ley para acceder a la pensión de vejez. De otro lado, se observa que el Departamento de Talento Humano le solicitó a la señora Quiñones de Rosero informara si no estaba en condiciones de seguir aportando al sistema pensional ya que, en caso afirmativo la institución la apoyaría en todos los trámites tendientes a obtener la indemnización sustitutiva.

Por su parte, el Hospital San Andrés de Tumaco E.S.E., mediante resolución número 1154 del 22 de septiembre de 2009, decretó el retiro del servicio de la señora Magola Quiñones de Rosero por haber llegado a la edad de retiro forzoso.

Seguidamente, el 28 de septiembre de 2009, el Hospital emitió un comunicado en donde le informaba a la peticionaria que su contrato laboral había terminado, mediante resolución número 1154 de 2009, a partir del 16 de octubre de 2009. Dicha comunicación no tiene la firma de recibido de la actora; sin embargo, aparecen las firmas de dos testigos que no son legibles. (folio 22 cuaderno principal)

Por su parte, la señora Magola Quiñones Rosero presentó derecho de petición para solicitar su reintegro al cargo del cual había sido apartada, por haber llegado a la edad de retiro forzoso, hasta tanto cumpliera con el requisito de las semanas de cotización para acceder a la pensión de vejez.

El anterior derecho de petición fue respondido extemporáneamente por la entidad accionada negando la solicitud de la actora.

Adicional a los hechos anteriormente relacionados se halla acreditado que la peticionaria padece de artrosis de rodilla (folio 68), tiene un hijo de 13 años de edad quien se encontraba matriculado durante el año lectivo de 2009 en segundo grado de primaria y también que, había adquirido un crédito con el Fondo de Empleados del Sector Salud de Nariño “Fondessnar Ltda” del cual adeudaba a 7 de octubre de 2009 la suma de 9.000.000.00.

1. La aplicación de la disposición de edad de retiro forzoso en el caso particular de la actora

El artículo 31 del decreto ley 2400 de 1968 establece que Todo empleado que cumpla la edad de 65 años, será retirado del servicio y no será reintegrado. Los empleados que cesen en el desempeño de sus funciones por razón de la edad, se harán acreedores a una pensión de vejez, de acuerdo a lo que sobre el particular establezca el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos (...)

Es pertinente referir que la actora como trabajadora oficial de la Empresa Social del Estado, Hospital San Andrés de Tumaco E.S.E. ostentaba la calidad de servidora pública de la rama ejecutiva del sector descentralizado. En consecuencia, le es aplicable la disposición normativa sobre la edad de retiro forzoso.

En virtud de lo anterior, la solicitud de la actora encaminada a obtener su reintegro hasta tanto cumpliera con el requisito del número de semanas para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez no es procedente. Lo anterior, por cuanto a la fecha la actora no tiene consolidado el derecho a la pensión, el cual se adquiere con el lleno de los requisitos legales exigidos dentro del régimen pertinente, quedándole como opción lo dispuesto en el artículo 37 de la ley 100 de 1993.

Al respecto, obra dentro del plenario una comunicación de la Institución a la actora en el que le informa que tiene derecho a la indemnización sustitutiva para lo cual le ofrece acompañamiento en el trámite pertinente para obtener dicho reconocimiento.

Ahora bien, es de suma importancia analizar si la entidad accionada al aplicar la norma de la edad de retiro forzoso, vulneró en el caso concreto de la señora Quiñones de Rosero derechos de rango fundamental.

Para el caso particular se observa que la señora Magola Quiñones de Rosero es un sujeto de especial protección por razón de su edad, 67 años, que trabajó al servicio del Hospital San Andrés de Tumaco E.S.E desde el 11 de septiembre de 1995 en el área de servicios generales hasta el día 22 de septiembre de 2009, mediante resolución número 1154, por haber cumplido la edad de retiro forzoso.

No obstante, estar habilitada la Institución para proceder a la aplicación de la

normatividad pertinente a los servidores públicos con el fin de garantizar el acceso al empleo público a todos los ciudadanos que tienen la expectativa de ejercerlo y, teniendo la claridad de que la función pública no es propia de una persona en particular sino que subsiste independientemente de quien la ejerza en aras de salvaguardar fines superiores y generales dentro del Estado, observa la Sala que en el presente caso hubo una omisión por parte del Hospital al desvincularla del servicio sin analizar las circunstancias en las que acontecía dicho retiro lo cual devino en una vulneración de sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas.

Lo anterior se explica en el hecho de que la accionante, además de tener el carácter de sujeto de especial protección por razón de su edad, tiene como única fuente de ingreso económico el que percibía por las labores desempeñadas en el Hospital para su propia subsistencia y el de su núcleo familiar, dentro del cual se encuentra su hijo de 13 años de edad, quien en el año 2009 cursaba segundo grado de primaria, y de su esposo, el cual aduce es desplazado. Así lo sostuvo la señora Quiñones de Rosero a folio 61 del cuaderno principal:

...mi esposo está en estado de desplazamiento...

De las anteriores personas nombradas dependen de mí, mi esposo y Brando Stailer.

Adicional a lo anteriormente mencionado, se encuentra el hecho probado de que la actora había adquirido un crédito con Fondessnar Ltda por la suma de \$9.000.000.00 y, que el Gerente del citado Fondo solicitó la deducción de dicho valor de las prestaciones sociales de la solicitante.

Si bien, la Empresa expuso como el motivo del retiro del servicio de la peticionaria la causal de haber llegado a la edad de retiro forzoso debió prever de igual forma el impacto que dicha decisión produciría en sus finanzas, pues era la única proveedora de su hogar.

Como quedó anotado en la parte considerativa de esta sentencia la Institución, antes de proceder a la aplicación objetiva de la disposición en mención debió asegurarse de que la señora Quiñones de Rosero hubiere optado o, bien por seguir cotizando o, en caso contrario, por la indemnización sustitutiva, caso en el cual el retiro sólo podía realizarse una vez le hubiera sido reconocida y pagada dicha indemnización en aras de asegurarle su

remuneración vital.

Pero se observa que el Hospital procedió a hacer efectiva la decisión del retiro forzoso sin que la situación particular de la actora hubiese estado definida y en consonancia con los derechos y principios constitucionales, ocasionándole un perjuicio grave, ya que dejó de percibir el único ingreso que servía de sustento a su familia, con el agravante de que dentro del mismo se encuentra un niño, situación que cada vez tiende a empeorar por la falta de recursos económicos para cumplir con todas las obligaciones que demandan el sostenimiento de un hogar.

Más aún, dicha afectación del derecho al mínimo vital también devino en una transgresión ostensible del derecho a la vida en condiciones dignas. En consecuencia, no hay lugar a dudas del perjuicio que se ocasionó a la señora Magola Quiñones de Rosero con la aplicación objetiva de la disposición de la edad de retiro forzoso sin tomar en consideración las circunstancias especiales que rodeaban su caso concreto.

5 CONCLUSION

En consonancia con lo expuesto precedentemente, al hallarse acreditado que con la aplicación objetiva de la norma sobre la edad de retiro forzoso se vulneraron los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas de la actora, se ordenará el reintegro de la señora Magola Quiñones de Rosero al cargo que ocupaba o a uno equivalente al momento en que se produjo su retiro para que en un término prudencial, el cual se considera como un (1) mes, manifieste por escrito (i) si opta por seguir cotizando al sistema de pensiones hasta completar el número de semanas exigidas por la ley para acceder a la pensión de vejez, o exprese (ii) su imposibilidad de seguir cotizando al sistema de pensiones.

No está de más advertir que en el primer evento la Institución no estaría obligada a mantener en el cargo a la actora, pues constituye una opción personal de la trabajadora el querer o no continuar cotizando al sistema hasta alcanzar el requisito del número de semanas para el respectivo reconocimiento pensional.

En el caso de que la actora manifieste su imposibilidad de seguir cotizando al régimen de pensiones y decida de forma libre y espontánea solicitar la indemnización sustitutiva de

vejez, deberá la entidad accionada apoyarla en los trámites tendientes a obtener dicho reconocimiento y sólo podrá desvincularla hasta que efectivamente se produzca el reconocimiento y pago de dicha prestación económica.

6 DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR el fallo de segunda instancia proferido por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, el veintisiete (27) de noviembre de dos mil nueve (2009) que confirmó el fallo de tutela proferido por el Juzgado Laboral del Circuito de Tumaco (Nariño), adiado el 11 de noviembre de dos mil nueve (2009) que en primera instancia negó la tutela interpuesta por la señora Magola Quiñones de Rosero para proteger los derechos fundamentales invocados por ella. En su lugar, CONCEDER, por las razones y en los términos de esta sentencia, el amparo de los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas de la señora MAGOLA QUIÑONES DE ROSERO.

SEGUNDO. En su lugar, ORDENAR, al Hospital San Andrés de Tumaco E.S.E que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, reintegre a la accionante al cargo que venía desempeñando o a uno de la misma categoría para que manifieste por escrito dentro de un término prudencial, el cual se considera como un (1) mes:

a. si se encuentra en la imposibilidad de seguir aportando al régimen pensional y decide libremente optar por la solicitud de la indemnización sustitutiva de vejez, caso en el cual la entidad accionada deberá apoyarla en los trámites tendientes a obtener dicho reconocimiento y sólo podrá desvincularla hasta que efectivamente se produzca el pago de dicha prestación económica.

TERCERO. Para los efectos de lo dispuesto por el artículo 36 del decreto 2591 de 1991, el juzgado de origen hará las notificaciones y tomará las medidas conducentes para el cumplimiento de esta sentencia.

LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

Salvamento de voto

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO A LA SENTENCIA T-496 de 2010

Acción de tutela instaurada por Magola Quiñones de Rosero contra ESE Hospital San Andrés de Tumaco.

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Con el respeto acostumbrado, haré una exposición de los motivos que justifican la suscripción de un salvamento de voto respecto de la sentencia de la referencia.

i. Contenido de la sentencia

Mediante el fallo en cuestión se abordó el estudio de la acción de tutela interpuesta por la señora Magola Quiñones de Rosero contra ESE Hospital San Andrés de Tumaco al considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la salud, la vida, la seguridad social y el debido proceso, toda vez que, la Entidad demandada dió por terminado el contrato de trabajo suscrito con la actora alegando haber llegado a la edad de retiro forzoso, sin tener en cuenta que sólo le faltaban dos años para que el ISS le reconociera la pensión de vejez. Por lo anterior, la accionante solicitó el reintegro al cargo que venía desempeñando en la Institución accionada hasta tanto cumpliera con los requisitos del número de semanas exigidas por la ley para acceder a la prestación económica que pretende le sea reconocida.

Para resolver el problema jurídico se abordaron los siguientes tópicos: (i) procedencia excepcional de la acción de tutela contra actos administrativos de carácter particular y concreto, (ii) el régimen legal del trabajador oficial y la causal de retiro forzoso como causal para su desvinculación del servicio, (iii) la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y, (iv) el caso concreto.

Finalmente, en la parte resolutive de la providencia se revocaron los fallos de instancias que habían denegado el amparo solicitado por la accionante, y en su lugar, se concede el amparo de los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna. En consecuencia, se ordena al Hospital San Andrés de Tumaco E.S.E. que en el término de 48 horas a partir de la notificación de la sentencia, reintegre a la accionante al cargo que venía desempeñando o a uno de la misma categoría para que manifestara por escrito:

a. “si opta por seguir cotizando al sistema de pensiones hasta alcanzar el número de semanas exigidas por la ley dentro de su régimen específico, caso en el cual la institución demandada no estaría obligada a mantener en el cargo a la actora, pues constituye una

opción personal de la trabajadora el querer o no continuar cotizando al sistema hasta alcanzar el requisito del número de semanas para el respectivo reconocimiento pensional; o,

a. si se encuentra en la posibilidad de seguir aportando al régimen pensional y decide libremente optar por la solicitud de indemnización sustitutiva de vejez, caso en el cual la entidad accionada deberá apoyarla en los trámites tendientes a obtener dicho reconocimiento y sólo podrá desvincularla hasta que efectivamente se produzca el pago de dicha prestación económica.”

ii. Motivos del Salvamento de Voto.

Si bien comparto la decisión final a la cual llegó la Sala Séptima de Revisión en la sentencia T-496 de 2010 al revocar los fallos de instancia, y en su lugar conceder el amparo de los derechos solicitados, no estoy de acuerdo con la orden emitida a la institución demandada, en la medida que no se le exige a esta última mantener en el cargo a la actora, cuando ello es lo que en realidad pretende la accionante en su escrito de tutela. Lo anterior por cuanto es de conocimiento general las dificultades que poseen las personas de la tercera edad para conseguir un empleo, y más con las circunstancias particulares de la señora Quiñones.

Por ello, el no darle la orden a la entidad demandada de mantener a la accionante en el cargo que venía desempeñando, en caso de escoger la primera opción que se le da en la parte resolutive de la sentencia, es tanto como negarle la oportunidad de acceder a la pensión de vejez, pues difícilmente será contratada por otra entidad para poder continuar cotizando los dos años que le faltan para adquirir el derecho pensional.

Así dejo expresados los argumentos que me llevan a salvar el voto en esta oportunidad.

Fecha ut supra,

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

“1 Esta doctrina ha sido reiterada en las sentencias de la Corte Constitucional, T-225 de 1993, MP. Vladimiro Naranjo Mesa, SU-544 de 2001, MP: Eduardo Montealegre Lynett, T-1316 de 2001, MP (E): Rodrigo Uprimny Yepes, T-983-01, MP: Álvaro Tafur Galvis, entre otras.”

2 Corte Constitucional, sentencia de tutela T-069 del 31 de enero de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

“3 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-347/96 MP. Julio César Ortiz. En el mismo sentido ver la Sentencia T-416/01 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.”

4 Corte Constitucional, sentencia C-351 del 9 de agosto de 1995. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

5 Ley 100 de 1993

6 Corte Constitucional, sentencia T-012 del 19 de enero de 2009. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

7 Ibídem

8 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

9 Ley 797 del 29 de enero de 2003.

11 Corte Constitucional, sentencia C-375 del 27 de abril de 2004. M.P. Eduardo Montealegre Lynnet.

12 Corte Constitucional, sentencia C-375 del 27 de abril de 2004. M.P. Eduardo Montealegre Lynnet.