

Sentencia T-628/06

EDAD DE RETIRO FORZOSO-Regulación legal/EDAD DE RETIRO FORZOSO-Antecedentes jurisprudenciales

EDAD DE RETIRO FORZOSO-Causal de desvinculación de servidores civiles del Estado

EDAD DE RETIRO FORZOSO-Alcance del artículo 33 parágrafo 3 de la ley 100 de 1993

ACCION DE TUTELA-No puede suplantar los mecanismos ordinarios de defensa

ACCION DE TUTELA TRANSITORIA-Existencia de perjuicio irremediable

ACCION DE TUTELA-Improcedencia por cuanto las normas invocadas no son aplicables al caso/ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-Suspensión de efectos de la desvinculación de actor

Las normas que invoca el accionante como vulneradas para sustentar la acción instaurada no cabe entenderlas aplicables a la situación por él planteada. No se vislumbra entonces que en el presente caso se esté frente a una actuación de la entidad accionada que de manera manifiesta haya vulnerado el ordenamiento jurídico y sobre todo que no pueda, en caso de haberse presentado -situación que corresponde a la jurisdicción en lo Contencioso Administrativo dilucidar-, el juez natural retrotraer con el fin de garantizar los derechos del accionante que eventualmente se hubieren vulnerado. Así las cosas dado que no se ha

advertido una actuación abiertamente irregular, es evidente que las pretensiones del demandante, cuales son, la suspensión de los efectos de los actos que ordenaron 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 se adopten medidas precautelativas de protección a los derechos reclamados, tales como la suspensión provisional de los actos controvertidos.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Referencia: expediente T-1307327

Acción de tutela instaurada por Germán Cañon Rocha contra La Nación, Auditoría General de la República.

Magistrado Ponente:

Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Bogotá, D. C., tres (3) de agosto de dos mil seis (2006).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araujo Rentería y Álvaro Tafur Galvis, en ejercicio de su competencia constitucional y legal, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de las sentencias proferidas por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, y el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección B, dentro de la acción de tutela instaurada por Germán Cañón Rocha contra la Auditoría General de la República.

I. ANTECEDENTES

La Sala Número Cuatro de la Corte Constitucional, mediante Auto del veintisiete (27) de abril del 2006, seleccionó la presente acción de tutela y la repartió a esta Sala para su revisión.

1. La demanda de tutela

El día 25 de octubre de 2005 el señor Germán Cañón Rocha interpuso acción de tutela en contra de la Auditoría General de la República, por cuanto se le desvinculó del cargo que ocupaba por haber llegado a la edad de 65 años. Situación que alega, vulneró su derecho al mínimo vital y por ende su posibilidad y la de su familia de subsistir, por cuanto su único ingreso era el derivado de su trabajo.

Solicita al Juez de tutela la protección de su derecho fundamental al mínimo vital para el y su

familia así como de su derecho al trabajo. En consecuencia, solicita ordenar a la entidad demandada i) “reponer correctamente lo ordenado por la resolución interna No. 538 del 58 de julio de 2005” que ordenó su desvinculación por haber cumplido 65 años de edad; ii) dejar “sin validez la resolución No. 617 de 2005” que negó la reposición solicitada, y iii) revertir su desvinculación “hasta tanto la entidad administradora de pensiones no se pronuncie sobre su pensión o indemnización sustitutiva de pensión, en el término de 48 horas”.

Afirma que la Auditoría General de la República desconoció tanto el segundo párrafo del artículo 120 del Decreto 1950 de 1973 como el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 pues previamente a su desvinculación no se ordenó el pago de su pensión.

Sostiene además que se está violando el principio de la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos laborales, en cuanto, se presiona a las personas a abandonar sus actuales condiciones de trabajo por el simple hecho del cumplimiento de la edad de 65 años. Además se está desconociendo el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades de las disposiciones legales cuando se prefiere la condición de pensionado a la capacidad de trabajo.

1.1. Hechos

El actor fundamenta su demanda en los siguientes hechos:

1.1.1 Manifiesta que el día 29 de julio de 2005 le fue notificada la Resolución Número 538 de 28 de julio de 2005, por medio de la cual se le retiró de la Auditoría General de la República, por haber cumplido 65 años de edad.

1.1.2 Al notificársele dicho acto al tutelante, no se le informó que recursos procedían.

1.1.3. En ejercicio del derecho de petición, el tutelante, consultó a la Directora de Talento Humano de la Auditoría General de la República, el 2 de agosto de 2005, si podía continuar laborando hasta tanto se surtiera lo ordenado en el párrafo segundo del artículo 120 del Decreto 1950 de 1973.

1.1.4 La oficina de Talento Humano de la Auditoría General de la República, el 2 de agosto de 2005, le comunicó al señor Germán Cañón Rocha, que contra la resolución que lo retiró del servicio podía interponer recurso de reposición ante el despacho de la señora Auditora General de la República.

1.1.5 Mediante escrito del 4 de agosto de 2005, el tutelante interpuso recurso de reposición contra la Resolución 538 de 2005, en el cual solicitó que se diera cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 120 del Decreto 1950 de 1973.

1.1.6 El 30 de agosto de 2005, se atendió la petición del actor del 2 agosto del mismo año, indicándole que la disposición que había invocado en su escrito -párrafo segundo del artículo 120 del Decreto 1950 de 1993-, fue declarada nula mediante sentencia de 20 de septiembre de 1982 del H. Consejo de Estado; así mismo que debía permanecer en el cargo hasta que se resolviera el recurso de reposición interpuesto.

1.1.7 Mediante resolución 617 del 31 de agosto de 2005, se resolvió el recurso de reposición en contra de la resolución que lo retiró del servicio, confirmando dicho acto.

1.1.8 El primero de septiembre de 2005, el señor Germán Cañón Rocha solicitó una aclaración para que se tuviera en cuenta lo ordenado por el artículo 9 de la Ley 797 de 20032.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

3. Intervención de la autoridad accionada.

La Auditora General de la República, mediante escrito presentado el día 1° de noviembre de 2005, dio respuesta a la acción de tutela instaurada en su contra manifestando la improcedencia de la misma, por las razones que pasan a explicarse.

Sostiene que el accionante fue retirado del servicio por haber cumplido los 65 años de edad como lo dispone el artículo 31 del Decreto 2400 de 19683, y los artículos 105, 120 y 122 del Decreto 1950 de 19734.

Manifiesta que ninguno de los enunciados normativos citados condiciona el cese de funciones al reconocimiento previo de la pensión de vejez. Además, la expresión que se utiliza en el artículo 31 del decreto 2400 “será retirado” es de tipo imperativa, que es una obligación del nominador retirar al empleado una vez cumpla la edad de retiro forzoso, como en este caso, y no está sujeta a condición alguna.

Advierte que el aparte del artículo 120 del Decreto 1950 de 1973 invocado por el tutelante

fue declarado nulo por el Consejo de Estado y que el artículo 9 de la Ley 797 de 20035, igualmente invocado por el accionante para que no se le separe del servicio, no resulta aplicable en el presente caso pues regula una hipótesis diferente, relativa a la configuración de una justa causa para el retiro de un trabajador cuando se han reunido los requisitos para tener derecho a la pensión de vejez. Circunstancia en la cual una vez se le notifique el reconocimiento a la pensión, se puede dar por terminada la relación laboral.

Concluye entonces que el retiro del servidor que interpone la tutela obedeció al cumplimiento de claros requisitos señalados por la ley, sin que por ello se haya incurrido en el desconocimiento de disposición o derecho fundamental alguno.

4. Las sentencias que se revisan.

4.1 Fallo de primera instancia.

El Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, mediante sentencia del tres (3) de noviembre de dos mil cinco (2005), negó por improcedente el amparo solicitado.

En la providencia se afirma que la inconformidad alegada por el tutelante se refiere a la expedición del acto administrativo que lo retiró del servicio, Resolución No. 538 de 2005, por considerar que con tal acto se le están desconociendo sus derechos fundamentales, en especial el mínimo vital. El fallador de instancia sostiene que para este caso el actor cuenta con otro medio de defensa judicial idóneo y eficaz, como lo es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, para controvertir la legalidad del acto administrativo y en ejercicio de la misma puede solicitar la suspensión provisional del acto. Además, señala que

el actor no demostró que se configurara perjuicio irremediable alguno para que esta acción procediera de manera transitoria.

Al respecto sostiene que la Corte Constitucional, en reiterada jurisprudencia –cita particularmente la sentencia T-1031 de 2003⁶– ha explicado los elementos del perjuicio irremediable los cuales no se reúnen en el presente caso.

Igualmente precisa que ese Tribunal Administrativo en una sentencia anterior se pronunció sobre el tema del retiro del servicio de una persona que llega a la edad de 65 años y concluyó que es obligación del nominador disponer el retiro del servidor que llegue a la edad de retiro forzoso, como en este caso.

Se precisa finalmente en la providencia que la acción de tutela no puede convertirse en un mecanismo para eludir las acciones judiciales ordinarias a las que puede acudir el accionante para lograr si es del caso la nulidad del acto atacado y obtener el consiguiente restablecimiento del derecho.

1. Impugnación.

El señor Germán Cañón Rocha impugna la decisión, como quiera que el Juez de instancia desconoció el perjuicio irremediable que alegó, motivo por el cual la tutela debía proceder como mecanismo transitorio.

Enfatiza que el perjuicio irremediable es tan real que no necesita comprobación, pues el retiro intempestivo le causó problemas económicos evidentes dado que no tiene cómo

proveer los gastos de subsistencia suya y de su familia.

Afirma igualmente que el Tribunal no tuvo en cuenta las consideraciones hechas por la Corte Constitucional en las Sentencias C-107 de 2002 y C-1037 de 2003 de las cuales cita diversos apartes y de las que deduce que no es posible autorizar su retiro sin que previamente se le haya concedido la pensión de jubilación.

1. Decisión de segunda instancia

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección B mediante providencia del veintiséis (26) de enero de dos mil seis (2006) confirmó la providencia recurrida por el demandante, toda vez que en criterio del ad quem:

i) El accionante tiene otro medio de defensa judicial establecido claramente en la ley, como lo es la acción de nulidad y restablecimiento de derecho, y puede solicitar la suspensión provisional del acto de retiro y la nulidad del mismo.

ii) El actor no probó los elementos constitutivos del perjuicio irremediable que hagan procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio.

Precisa que respecto de la calificación del perjuicio irremediable, la Corte Constitucional en Sentencia T-803 del 3 de octubre de 2002, se pronunció sobre el concepto, la naturaleza y los elementos del mismo, y que éstos no se cumplen en el caso examinado.

Por último, reitera que el actor tiene claramente a su alcance los mecanismos judiciales ordinarios para controvertir el acto de retiro, sin que la tutela pueda convertirse en un instrumento que sustituya las competencias de los jueces naturales.

5. Actividad Probatoria

-En el expediente obran en fotocopia, entre otros documentos:

1. La acción de tutela interpuesta por el señor Germán Cañón Rocha contra la Auditoría General de la República. (Folios 1 al 5, Cuaderno Principal).

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

1. Resolución No. 538 de 2005, proferida por la Auditoría General de la República, mediante la cual se retira del servicio al tutelante por haber llegado a la edad de retiro forzoso. (Folio 8, Cuaderno Principal).

1. Derecho de petición presentado por el señor Germán Cañón Rocha ante la Directora de Talento Humano de la Auditoría General de la República, con el propósito de ser informado si podía continuar laborando hasta tanto se surtiera lo ordenado en el parágrafo segundo del artículo 120 del Decreto 1950 de 1973. (Folio 9, Cuaderno Principal).

1. Contestación hecha por la Directora de Talento Humano de la Auditoría General de la República, en la que se le comunican los recursos que proceden contra la resolución No. 538 de 2005. (Folio 10, Cuaderno Principal).

1. Recurso de reposición presentado por el señor Germán Cañón Rocha contra la resolución No. 538 de 2005. (Folios 11 y 12, Cuaderno Principal).

1. Memorando expedido por la Directora de Talento Humano de la Auditoria General de la República, en el que se le informa al tutelante que debe permanecer en el cargo hasta que se resuelva el recurso de reposición. (Folios 11 y 12, Cuaderno Principal).

1. Resolución No. 617 por medio de la cual se dio respuesta negativa al recurso de reposición contra la Resolución No. 538. (Folios 14 y 15, Cuaderno Principal).

1. Solicitud de aclaración para que se tenga en cuenta lo ordenado por la Ley 797 de 2003. (Folio 16, Cuaderno Principal).

1. Respuesta a la solicitud de aclaración, que trata el numeral anterior, por la Directora de Talento Humano de la Auditoria General de la República. (Folios 17 al 19, Cuaderno Principal).

1. Sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D. (Folios 42 al 54, Cuaderno Principal).

1. Impugnación de la sentencia de primera instancia por el señor Germán Cañón Rocha. (Folios 58 al 62, Cuaderno Principal).

1. Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda

Subsección B. (Folios 72 al 83, Cuaderno Principal).

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar la providencia de tutela antes reseñada, con base en la Constitución Política (arts. 86 y 241-9), en concordancia con el Decreto 2591 de 1991 (arts. 33 al 36), así como en el Auto de fecha veintisiete (27) de abril del 2006 proferido por la Sala de Selección Número Cuatro (4) de esta Corporación.

2. Materia sometida a revisión

El actor instauró acción de tutela contra la Auditoría General de la República para que se ampare su derecho fundamental al mínimo vital, así como su derecho al trabajo.

Concretamente solicitó que se dejaran sin efectos jurídicos las Resoluciones No. 538 del 28 de julio de 2005 -mediante la cual se ordenó su desvinculación del servicio por haber llegado a la edad de retiro forzoso- y No 617 de 2005 -mediante la cual se negó el recurso de reposición interpuesto por el accionante contra la referida Resolución 538 de 2005-.

Fundamenta su petición en que con dichas decisiones se habrían desconocido tanto el segundo párrafo del artículo 120 del Decreto 1950 de 1973 como el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 pues previamente a su desvinculación no se ordenó el pago de su pensión.

Los jueces de instancia negaron por improcedente el amparo solicitado y consideraron que el actor cuenta con otro mecanismo judicial -a saber la acción de nulidad y restablecimiento del derecho del acto de retiro así como la posibilidad de solicitar la suspensión provisional del mismo- y porque en su caso no se demostró la configuración de un perjuicio irremediable que hiciera viable la concesión de la protección constitucional como mecanismo transitorio.

Corresponde entonces a la Sala examinar si asistió o no razón a los jueces de instancia cuando negaron por improcedente el amparo constitucional solicitado por el actor.

3. Consideraciones preliminares

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Previamente, la Sala considera necesario efectuar las siguientes precisiones en torno a i) la edad de retiro forzoso como causal de desvinculación del servicio en relación con el personal civil al servicio del Estado y los antecedentes jurisprudenciales en la materia ii) el alcance del párrafo tercero del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 tal como quedó modificado por el artículo 9 de la ley 797 de 2003 y la hipótesis específica a que el mismo alude.

3.1 La edad de retiro forzoso como causal de desvinculación del servicio en relación con el personal civil al servicio del Estado y los antecedentes jurisprudenciales en la materia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 del Decreto-Ley 2400 de 1968, por el cual se modificaron las normas de personal civil al servicio del Estado:

“Todo empleado que cumpla la edad de sesenta y cinco (65) años será retirado del servicio y no podrá ser reintegrado. Los empleados que cesen en el desempeño de sus funciones por razón de la edad, se harán acreedores a una pensión por vejez, de acuerdo con 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 2º del art. 29 de este decreto”.

En similar sentido el artículo 122 del 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”, señala:

“Art. 122.- 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 2400 de 1968, adicionado por el 3074 del mismo año”

El segundo inciso del artículo 29 del decreto 2400 de 1968 aludido en las dos disposiciones citadas hace referencia a los cargos de “Presidente de la República, Ministro del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, Superintendente, Viceministro, Secretario General de Ministerio o Departamento Administrativo, Presidente, Gerente o Director de Establecimientos Públicos o de Empresas Industriales y Comerciales del Estado, miembro de

misiones diplomáticas no comprendidos en la respectiva carrera y secretarios privados de los despachos de los funcionarios de que trata este artículo”.

Debe señalarse de otra parte que de acuerdo con el artículo 120 del Decreto 1950 de 1973 el empleado que “llegue a la edad de retiro”, está obligado a comunicarlo a la autoridad nominadora, tan pronto cumpla los requisitos, so pena de incurrir en causal de mala conducta⁸.

Ahora bien, cabe recordar que la Corte en la Sentencia C-351 de 1995⁹ al declarar la constitucionalidad del artículo 31 del Decreto Ley 2400 de 1968 frente a los cargos planteados en ese proceso¹⁰ hizo una serie de consideraciones que resulta relevante recordar para efectos del presente proceso.

Al respecto señaló la Corte:

“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.”¹¹

En similar sentido en la sentencia C-563 de 1997¹² la Corte al analizar la acusación formulada en ese proceso en contra del artículo 31 del Decreto-Ley 2277 de 1979, “Por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente”¹³ hizo igualmente específicas consideraciones sobre la justificación que en la Constitución encuentra el establecimiento de una edad de retiro forzoso para los servidores públicos.

Señaló la Corporación:

“ (E)l personal civil al servicio de la rama ejecutiva del poder público (Decreto 2400 de 1968, artículo 1º) deberá ser retirado del servicio, sin posibilidad de reintegro, al cumplir los sesenta y cinco años de edad, según lo dispone el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968. Así mismo, la edad, como causal de retiro forzoso, se encuentra consignada en los regímenes especiales de administración de personal aplicables a los servidores de la rama judicial del poder público (Ley 270 de 1996, artículo 149-4), del Ministerio Público (Ley 201 de 1995, artículo 166-f), de la Contraloría General de la República (Ley 106 de 1993, artículo 149-6) y

de la Registraduría Nacional del Estado Civil (Decreto 3492 de 1986, artículo 100-d).

4. A juicio de la Corte, la consagración legal de una edad de retiro forzoso del servicio público afecta el derecho al trabajo, pues el servidor público no puede seguir desempeñándose en su cargo. No obstante, si la fijación responde 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”¹⁴.

Ahora bien, cabe señalar que la Corte en diferentes decisiones de tutela se ha pronunciado sobre este tema. Así en la Sentencia T-254 de 2002¹⁵ reiteró que las disposiciones sobre retiro forzoso de los servidores públicos no se aplican a los cargos de elección popular. A su vez en la sentencia T-1208 de 2004 al examinar el caso de una persona discapacitada a quien se le retiró del servicio por haber llegado a la edad de 65 años la Corte en atención a su especial situación y al hecho de que ya había cumplido con los requisitos para acceder a la pensión ordenó la emisión del respectivo bono pensional al empleador y el reconocimiento de la pensión al accionante por parte del seguro social.

Resulta pertinente precisar que en esa ocasión la Sala de Decisión correspondiente, al tiempo que advirtió que la administración estaba claramente legitimada para dar aplicación al artículo 31 del Decreto Ley 2400 de 1968 y en consecuencia desvincular del servicio al accionante sin que por ese solo motivo desconociera sus derechos fundamentales, consideró que i) por estar cumplidos por el accionante los requisitos para pensionarse y ii) por tratarse de un sujeto de especial protección constitucional resultaba procedente ordenar en ese caso el reconocimiento de la pensión respectiva.

Señaló la Sala:

“De lo obrante en el expediente se desprende que el accionante laboró con la Secretaría de Gobierno y que fue desvinculado del servicio por haber alcanzado la edad de 65 años, es decir, por llegar a la edad de retiro forzoso conforme a las disposiciones legales, causal que, como lo afirmó la Corte, no riñe con los preceptos constitucionales. Así mismo, se concluye que a pesar de que el peticionario tiene paraplejia de miembros inferiores, su desvinculación no tuvo como causa su discapacidad física, sino que el acto administrativo proferido por la Secretaria accionada se ajustó a las previsiones legales sobre retiro del servicio, lo que permite concluir que, por lo menos por ese aspecto, no es posible tacharlo de contrario al ordenamiento jurídico.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

No obstante, el accionante es una persona con limitaciones físicas y por tal condición la protección debida por parte del Estado es preferente. De forma tal que no puede ser

abandonado a su suerte sin otorgársele, al menos, unas condiciones mínimas para subsistir, pues conforme a lo dispuesto en la Carta Política le corresponde al Estado el deber especial de proteger a las personas disminuidas físicas y garantizarles, según disposiciones de la O.I.T., una estabilidad laboral. Por tal motivo, a pesar de que su desvinculación tuvo lugar por una causal consagrada en la ley y encontrada ajustada al ordenamiento superior, es claro que dada su condición de disminuido físico no podía la administración adoptar tal decisión sin prever la posibilidad de brindarle unas condiciones mínimas necesarias para garantizarle la efectiva protección a que tiene derecho.

En esa medida, procede la Sala a verificar si en efecto el actor, como consecuencia de su desvinculación laboral, ha quedado o no desprotegido y en caso de que ello tenga lugar, cuál es la orden que ha de impartirse para efectos de hacer efectivos los mandatos constitucionales.

Tal como lo afirmó el accionante él dependía de su salario para atender sus necesidades y las de su familia y actualmente, a pesar de encontrarse en perfectas condiciones mentales e intelectuales para laborar, no tiene trabajo y no posee otro ingreso para sufragar los gastos. En ese orden, podría pensarse en la posibilidad de ordenar su reintegro hasta tanto no cumplierse los requisitos para obtener su pensión o, en todo caso, la edad de 70 años.

Sin embargo, de las pruebas recopiladas en sede de revisión se extrae, conforme a lo informado por el Seguro Social, que el peticionario tiene acreditado el tiempo para obtener el reconocimiento de su pensión de jubilación y que la misma no solo ya fue solicitada por el interesado, sino que tal entidad ofició a la Secretaría de Hacienda del Distrito para la obtención del bono pensional correspondiente. Así mismo, que ésta ya inició los trámites respectivos para tal fin.

De manera pues que el accionante tiene la posibilidad de acceder a su pensión y por lo tanto

va a contar con los recursos necesarios para su subsistencia y atención en salud. Así las cosas, lo que compete es ordenar a la Secretaría de Hacienda del Distrito que en atención a que se trata de un sujeto de especial protección, agilice los trámites correspondientes para la expedición del bono pensional del peticionario y que en el término máximo de cinco días emita el correspondiente bono y lo remita al Seguro Social para que esta entidad, a su vez, reconozca efectivamente la pensión del accionante en un término máximo de cinco días.”

3.2 El alcance del párrafo tercero del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 tal como quedó modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 y la hipótesis específica en él referida.

Dado que el actor invoca específicamente como sustento de la acción de tutela planteada la aplicación del párrafo tercero del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 tal como quedó modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003¹⁶, cabe recordar que dicha disposición es del siguiente tenor:

“ARTÍCULO 9°. El artículo 33 de la Ley 100 quedará así:

ARTÍCULO 9o. El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 quedará así:

Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

(...)

“PARÁGRAFO 3o. 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.

(...)”

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Para sustentar su decisión la Corte expuso los siguientes argumentos:

“El cargo de inconstitucionalidad formulado por el actor contra el párrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003 está fundado en el argumento de que el Legislador quebrantó la libertad laboral, la intimidad, el libre desarrollo de la personalidad, la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos laborales, la favorabilidad y “la primacía de la realidad sobre las formalidades de las disposiciones legales” de las personas titulares de relaciones laborales públicas o privadas, al permitir que puedan ser retirados del servicio al cumplir con los requisitos para tener derecho a la pensión, y al facultar al empleador terminar la relación laboral cuando sea reconocida o notificada la pensión, así como, también, al facultarlo para solicitar el reconocimiento de la misma a nombre del empleado.

La Corte no comparte ese argumento, pues no tiene respaldo constitucional alguno. Así, el mismo Constituyente facultó al Legislador para que estableciera causales adicionales a las

reguladas directamente por la Constitución para el retiro del servicio de los empleados públicos.

En consecuencia, compete al Legislador, en ejercicio de la potestad de configuración política, determinar las demás causales de terminación de las relaciones laborales públicas y privadas, respetando los límites, principios y valores constitucionales. Por

tanto, la regulación prevista en el párrafo 3° del artículo 9° de Ley 797 de 2003, al establecer una causal de terminación de la relación laboral, tiene amparo constitucional, si se entiende como más adelante se indicará.

9.- Además de lo anterior, en anteriores oportunidades cuando esta Corporación estudió las disposiciones legales sobre edad de retiro forzoso, manifestó que era legítimo ese retiro por cuanto permitía la realización de varios derechos. Al servidor público se le hacía efectivo su derecho al descanso, con el disfrute de la pensión. Se permitía, asimismo, el acceso de las nuevas generaciones a los cargos públicos. Y a la función pública enrumbarse por caminos de eficacia y eficiencia, al contar con nuevo personal. Sobre este particular dijo la Corte:

(...)

11.- La Corte considera que el mandato constitucional previsto en el artículo 2° de la Constitución, según el cual 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.

La desmejora en los ingresos del trabajador al cambiar su status de trabajador activo al de pensionado, dado que en el mejor de los casos recibirá lo equivalente al 75% de su salario, no puede traducirse tampoco en que no reciba la mesada pensional durante ese intervalo de tiempo, puesto que dicha situación cercenaría, también, la primacía que la Carta reconoce a los derechos inalienables de la persona, en este evento del trabajador.

Esta circunstancia permite a la Corte concluir que 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 (C.P., arts. 2° y 5°). 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.

La Corte constata que con este condicionamiento no se incurre en la prohibición constitucional conforme a la cual no se pueden recibir dos asignaciones que provengan del tesoro público (C.P., art.128), en relación con los pensionados del sector público, pues una vez se incluye en la nómina correspondiente el pago de la mesada pensional respectiva debe cesar la vinculación laboral.

Por ello, la Corte declarará EXEQUIBLE el párrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, mediante sentencia aditiva, pues además de la notificación del reconocimiento de la pensión exigirá, para hacerla conforme con la constitución, la notificación de su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente. En síntesis la Corte adiciona a la primera

notificación, otra, la de su inclusión en la nomina de pensionados.”

Ahora bien, como se desprende del texto del artículo 9 de la Ley 793 de 2003 y de la Sentencia citada en sus apartes pertinentes, es claro que la hipótesis a que se alude en el párrafo tercero del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 tal como quedó modificado por la referida Ley 793 de 2003 no se refiere a la edad de retiro forzoso de los servidores civiles al servicio del Estado -hipótesis que como se ha visto regula el artículo 31 del Decreto Ley 2400 de 1968-, sino al caso en el que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en el referido artículo 33 de la Ley 100 de 1993 para tener derecho a la pensión -a saber i) haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre ii) haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo. Circunstancia en la cual el empleador podrá invocar esa situación como justa causa para 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 y sea notificada la inclusión en la nómina de pensionados correspondiente.

Son pues hipótesis y planos diferentes a los que aluden los artículos aludidos que no pueden asimilarse.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Al respecto ha de recordarse que el derecho a la pensión es objeto de una amplia configuración legal en tanto corresponde al legislador definir cuáles son las condiciones necesarias que deben acreditar los sujetos para poder acceder al beneficio. A diferencia de otras garantías comprendidas en el derecho genérico a la seguridad social, la pensión surge

con ocasión de la realización efectiva de un monto determinado de cotizaciones, de tiempos de servicio efectuados por el trabajador y del cumplimiento de determinada edad. (art 48 C.P.) Es el legislador entonces, a quien compete determinar cuáles son los requisitos legal y constitucionalmente exigibles para poder acceder a una pensión.

Igualmente que es al Legislador a quien corresponde señalar la edad de retiro forzoso sin que de ello se derive, como se desprende de la jurisprudencia a que se ha hecho referencia - Sentencias C-351 de 1995, C-563 de 1997, C-1037 de 2003-, una violación de la Constitución y sin que en si misma esa circunstancia imponga automáticamente como condición previa para el retiro del servicio el otorgamiento de una pensión, de manera independiente del cumplimiento o no de los requisitos señalados en la ley para el efecto.

Obviamente en el marco del Estado Social de Derecho en función del principio de solidaridad y de la relevancia de los derechos de las personas de la tercera edad (art. 46 C.P.) se impone a las autoridades públicas y en particular a las entidades de previsión y fondos de pensiones la mayor diligencia en relación con la atención de las solicitudes de pensión o de pensión sustitutiva que se presenten por quienes de acuerdo con la ley tienen derecho a ellas en circunstancias como las que se ha hecho referencia.

Ahora bien, no sobra recordar al respecto que la jurisprudencia ha reconocido el carácter fundamental del derecho a la seguridad social y concretamente de los derechos a la pensión de vejez y de jubilación, cuando resulten afectados derechos fundamentales de la persona, en especial de aquellas que por su condición se encuentren en debilidad manifiesta o disminución física o mental¹⁸.

4. El análisis del caso concreto

Como se ha señalado, en el presente caso se trata de establecer si asistió o no razón a los jueces de instancia cuando consideraron como improcedente la acción de tutela instaurada por el ciudadano Germán Cañón Rocha por considerar que el actor cuenta con otro mecanismo judicial -a saber la acción de nulidad y restablecimiento del derecho del acto de retiro así como la posibilidad de solicitar la suspensión provisional del mismo- y por que en su caso no se demostró la configuración de un perjuicio irremediable que hiciera viable la concesión de la protección constitucional como mecanismo transitorio.

4.1 Esta Corporación ha señalado reiteradamente que la acción de tutela no procede cuando el peticionario disponga de otro medio para la defensa judicial de su derecho, a menos que intente la acción como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Al respecto, la Corte ha hecho énfasis en el carácter excepcional del mecanismo constitucional de protección que no debe superponerse ni suplantar los mecanismos ordinarios establecidos en nuestro ordenamiento jurídico. Así ha dicho esta Corporación en relación con el contenido del inciso 3o del artículo 86 de la Constitución que:

“El sentido de la norma es el de subrayar el carácter supletorio del mecanismo, es decir, que la acción de tutela como mecanismo de protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales debe ser entendida como un instrumento integrado al ordenamiento jurídico, de manera que su efectiva aplicación sólo tiene lugar cuando dentro de los diversos medios que aquél ofrece para la realización de los derechos, no exista alguno que resulte idóneo para proteger instantánea y objetivamente el que aparece vulnerado o es objeto de amenaza por virtud de una conducta positiva o negativa de una autoridad pública o de particulares en los casos señalados por la ley, a través de una valoración que siempre se hace en concreto, tomando en consideración las circunstancias del caso y la situación de la persona, eventualmente afectada con la acción u omisión. No puede existir concurrencia de medios judiciales, pues siempre prevalece la acción ordinaria; de ahí que se afirme que la tutela no es un medio adicional o complementario, pues su carácter y esencia es ser único medio de protección que, al afectado en sus derechos fundamentales, brinda el

ordenamiento jurídico”¹⁹.

De otro lado, cabe recordar que esta Corporación ha hecho igualmente énfasis en que las personas afectadas por la violación de sus derechos no pueden quedar sometidas al alea de una decisión de tutela, o, lo que es peor, a su eventual selección por la Corte Constitucional. Así al recordar la obligación que corresponde al juez ordinario en la protección de los derechos fundamentales la Corporación explicó que:

“Como dispone el artículo 86 de la Constitución Política la acción de tutela “solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”

Al respecto, la Corte ha sido enfática en que la procedencia de la tutela está sujeta a la ineficacia del medio de defensa judicial ordinario, ya que este puede ser suficiente para restablecer el derecho atacado, situación que solo podrá determinarse por el juez de tutela, en el caso concreto y frente a los hechos y material probatorio correspondiente.

Sobre el particular la jurisprudencia ha distinguido entre los asuntos que “son objeto de la definición judicial ordinaria y aquellas que caen bajo la competencia del juez constitucional,

en relación con la efectividad e idoneidad del medio judicial indicado para proteger a cabalidad los derechos fundamentales”²⁰.

No debe olvidarse sin embargo que “en el Estado Social de Derecho, el funcionario judicial no puede dejar de aplicar el derecho legislado a partir de las normas principios y valores contenidos en el texto constitucional”²¹.

En otras palabras, en el proceso ordinario en el cual se cuestione la legalidad de un despido, como en este caso, “el juez está en la obligación de estudiar la dimensión constitucional de la desvinculación”²².

“Los trabajadores no pueden estar sometidos al azaroso destino de que la Corte Constitucional seleccione su caso para poder ejercer los derechos que la Constitución les confiere. Por el contrario, tienen pleno derecho a exigir que en el juicio laboral, con aplicación de todas las garantías procesales, el juez natural proteja sus derechos constitucionales e interprete el orden legal a la luz de la Constitución”. (...) “Debiendo la Corte limitarse a corregir sus excesos o deficiencias cuando quiera que incurran en una vía de hecho que lesione los derechos fundamentales de las partes del proceso”²³.

El respeto de la supremacía de la Constitución y, por lo mismo, su fuerza normativa, necesariamente lleva, en consecuencia, a que el juez ordinario estudie, aplicando la Constitución y las leyes, la legalidad del despido. Solo si dicha decisión judicial desconoce los derechos constitucionales de los trabajadores, la tutela se convertiría en mecanismo indispensable de protección.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Así las cosas la Corte ha de insistir en que “el primer llamado a proteger los derechos constitucionales no es el juez de tutela, sino el ordinario. La tutela está reservada para enfrentar la absoluta inoperancia de los distintos mecanismos dispuestos para la protección de los derechos de las personas, no para suplirlos. De otra manera tendría que aceptarse

que, más

temprano que tarde, la acción de tutela perdería completamente su eficacia”²⁴. Es necesario en efecto evitar así darle a la acción de tutela “un enfoque y alcance equivocados, particularmente en lo que tiene que ver con los criterios jurídicos de procedibilidad, los cuales atendiendo a lo establecido en los artículos 86 de la Constitución Política y 6º del Decreto 2591 de 1991, determinan el carácter eminentemente subsidiario de este mecanismo de defensa judicial”²⁵ ²⁶

Todo lo cual lleva a afirmar que en el presente caso de comprobarse la existencia de otro mecanismo de defensa judicial idóneo y la ausencia de un perjuicio irremediable, la acción de tutela resultaría improcedente pues en ningún caso sería posible aceptar su utilización para suplir los medios judiciales ordinarios.

4.2 Ahora bien, como se desprende de los antecedentes de esta providencia no cabe duda que la desvinculación del actor se dispuso mediante actos administrativos -Resoluciones 538 de 28 de julio de 2005 y 617 del 31 de agosto de 2005- expedidos por la Auditora General de la República quien invocó para el efecto la aplicación del artículo 31 del Decreto Ley 2400 de 1968, así como de los artículos 105,120 y 122 del Decreto 1950 de 1993.

En esas circunstancias, es evidente que el actor cuenta con las acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción en lo Contencioso Administrativo para controvertir la actuación de la Auditoría General de la República, así como la posibilidad de solicitar la suspensión provisional de los actos atacados.

Así las cosas, debe establecerse si en el caso concreto la desvinculación del actor puede dar lugar a la configuración de un perjuicio irremediable pues en las condiciones anotadas el amparo solo podría concederse como mecanismo transitorio y ello solo si se cumplen los presupuestos establecidos para el efecto por la jurisprudencia de acuerdo con la Constitución y la Ley.

Ahora bien, para dilucidar la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio en este caso, resulta indispensable que en la calificación del perjuicio irremediable se verifique, como ha señalado la Corte en circunstancias similares²⁷, que la situación adversa a los intereses del demandante sea el producto de una actuación manifiestamente irregular que no puede ser evitada mediante el mecanismo judicial ordinario que tiene a su disposición. Al respecto la jurisprudencia ha advertido:

“Esta Corporación tiene establecido que el perjuicio irremediable es aquel que resulta del riesgo de lesión al que una acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares somete a un derecho fundamental que, de no resultar protegido por la vía judicial en forma inmediata, perdería todo el valor subjetivo que representa para su titular y su valor objetivo como fundamento axiológico del ordenamiento jurídico. Dicho de otro modo, el perjuicio irremediable es el daño causado a un bien jurídico -como consecuencia de acciones u omisiones manifiestamente ilegítimas y contrarias a derecho- que, una vez producido, es irreversible y, por tanto, no puede ser retornado a su estado anterior.” Sentencia T-348/97 (Subraya fuera de texto)

En similar sentido la Corte ha señalado que:

“Se entiende por irremediable el daño para cuya reparación no existe medio o instrumento. Es el daño o perjuicio que una vez se produce, no permite retrotraer las circunstancias al estado anterior a la vulneración del derecho. El legislador abandonó la teoría del daño no resarcible económicamente, que en oportunidades se ha sostenido, en especial para considerar algunos elementos del perjuicio moral. Se ha considerado, por intérpretes de la norma, que su redacción adolece de defecto al afirmar que el dicho perjuicio irremediable sería aquél no reparable en su integridad, mediante indemnización, interpretación equivocada porque abandona la manifestación expresa y literal de la ley. Se trata de daños como la pérdida de la vida, o la integridad personal, que pudiendo ser indemnizados totalmente en sus efectos materiales y morales, no puede recuperarse por ningún medio.” (subrayas fuera del texto). Sentencia T-823 de 1999

4.2 Ahora bien, del simple repaso de los antecedentes jurisprudenciales sobre el tema de la aplicación de las disposiciones relativas al retiro forzoso de los servidores civiles del Estado a que se hizo referencia en los apartes preliminares de esta sentencia, se desprende que este presupuesto no se cumple en el asunto bajo examen.

Es claro para la Sala en efecto que la entidad accionada dio aplicación en el presente caso al artículo 31 del Decreto Ley 2400 de 1968 al constatar que el accionante -quien ocupaba un cargo en la Auditoría General de la República como profesional grado 03- cumplió el 13 de enero de 2005, la edad de 65 años; situación que quedó establecida con el documento de identidad y los datos consignados en el formato único de hoja de vida suscrito por el actor al momento de su ingreso a la entidad accionada.

Igualmente es claro que como se explicó en los apartes preliminares de esta providencia las normas que invoca el accionante como vulneradas para sustentar la acción instaurada no

cabe entenderlas aplicables a la situación por él planteada.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Así es claro que el segundo inciso del artículo 120 del Decreto 1970 de 1973 invocado por el actor -por lo demás declarado nulo por el Consejo de Estado mediante Sentencia de 20 de septiembre de 1982, Expediente No. 5786, M.P. Álvaro Orejuela Gómez- ni el parágrafo tercero del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 tal como quedó modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 resultan aplicables a la situación planteada por el actor en su demanda de tutela.

Cabe reiterar igualmente que, si bien es cierto que el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968 prevé que quien cesa en el desempeño de sus funciones por razón de la edad, se hará acreedor a una pensión de vejez, es igualmente cierto que de la misma no se desprende que necesariamente el cese de funciones que ella ordena esté condicionado al reconocimiento de la pensión a que en ella se alude. Cabe recordar que ello será así según el mismo artículo “de acuerdo a lo que sobre el particular establezca el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos”, es decir que ello dependerá del cumplimiento de los requisitos que para el efecto haya establecido la ley sin que pueda entenderse limitada la orden de retiro forzoso por la circunstancia de que los requisitos para pensionarse no se encuentren reunidos.

No se vislumbra entonces que en el presente caso se esté frente a una actuación de la entidad accionada que de manera manifiesta haya vulnerado el ordenamiento jurídico y sobre todo que no pueda, en caso de haberse presentado -situación que corresponde a la jurisdicción en lo Contencioso Administrativo dilucidar-, el juez natural retrotraer con el fin de garantizar los derechos del accionante que eventualmente se hubieren vulnerado.

4.3 Así las cosas dado que no se ha advertido una actuación abiertamente irregular, es evidente que las pretensiones del demandante, cuales son, la suspensión de los efectos de

los actos que ordenaron 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 se adopten medidas precautelativas de protección a los derechos reclamados, tales como la suspensión provisional de los actos controvertidos (C.P., art. 238 y CCA arts. 152 y ss).

En relación con la idoneidad de la acción contenciosa no sobra recordar que la jurisprudencia constitucional ha expresado lo siguiente:

“La acción de nulidad y restablecimiento del derecho, es un medio de defensa eficaz, y así se consideró por esta Corporación en Sentencia de tutela No 223, de 15 de junio de 1993, con ponencia del Magistrado Jorge Arango Mejía, al señalar que la aludida acción “no es algo formal, inasible, teórico, insuficiente o inadecuado, porque corresponde a una posibilidad procesal real, decantada por la doctrina y jurisprudencia administrativas, ampliamente conocida y del resorte de tribunales que imparten justicia a diario”.

La mencionada acción es tan eficaz, en este preciso caso concreto, que incluso puede pedirse, como medida cautelar, la suspensión provisional del acto administrativo por el cual se pronunció el Consejo de Disciplina de la Escuela de Cadetes de Policía General Santander, con respecto al retiro del accionante. (artículo 152 del C. C. A).” Sentencia T-247 de 1993

Es claro entonces que el juez de lo contencioso administrativo en ejercicio de sus facultades al momento de decidir puede restablecer la situación del actor si encuentra probada la violación al ordenamiento jurídico y en esa medida es necesario reivindicar a la acción de

nulidad y restablecimiento las características de idoneidad y eficacia para la solución del conflicto planteado.

Sobre el particular, cabe reiterar que el examen sobre la idoneidad del mecanismo no puede limitarse a establecer cuál es el medio que puede resolver con mayor celeridad el litigio, pues de admitir que se funde la procedencia del amparo transitorio sobre ese único argumento, tendría que afirmarse que la jurisdicción constitucional y la acción de tutela están destinadas a desplazar a todas las demás jurisdicciones y acciones.²⁸ Así las cosas, el análisis impone tomar en cuenta que el juez ordinario al resolver respecto de la acción contenciosa está en la capacidad de brindar al conflicto una solución clara, definitiva y precisa, pudiendo ordenar, además, el pago de la indemnización respectiva si a ello hubiere lugar. Lo contrario, sería pasar por alto que la ley ha dispuesto una jurisdicción y un trámite al servicio de la resolución de controversias de esta naturaleza²⁹.

4.4 Adicionalmente encuentra la Corte que en el presente caso no se dan los presupuestos de excepcionalidad que llevaron a la Corte en la Sentencia T-1208 de 2004 a ordenar en esa oportunidad el otorgamiento de la pensión al accionante en ese proceso, pues i) no se está en presencia de una persona discapacitada y ii) del expediente no se desprende que el accionante haya reunido los requisitos señalados en la ley para el reconocimiento de su pensión.

A ello debe sumarse que el actor no sustenta su demanda en el eventual desconocimiento que se esté haciendo por la entidad de previsión a la que necesariamente debe estar afiliado de sus derechos de pensión o de la indemnización sustitutiva respectiva sino que encamina su solicitud de amparo es a la aplicación en su caso de unas determinadas disposiciones - segundo inciso del artículo 120 del Decreto 1970 de 1973 y párrafo tercero del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 tal como quedó modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003- de las que como se ha visto no se desprende una vulneración de los derechos fundamentales del accionante que exija la intervención del juez de tutela.

4.5 Así las cosas encuentra la Sala que asistió razón a los Jueces de instancia cuando consideraron que en el presente caso la acción instaurada resultaba improcedente por existir claramente otra vía judicial para la protección de los derechos invocados y por no configurarse un perjuicio irremediable.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

III. DECISION

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

RESUELVE:

Confirmar, la sentencia proferida por la Subsección B de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del H. Consejo de Estado, del veintiséis (26) de enero de dos mil seis (2006), que confirmó la Sentencia proferida por la Subsección D de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca del tres (3) de noviembre de dos mil cinco (2005) que a su vez decidió negar por improcedente el amparo constitucional solicitado.

Líbrese por Secretaría, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado Ponente

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Magistrada

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 ARTICULO 120. El empleado que tenga derecho a pensión de jubilación o llegue a la edad de retiro, está obligado a comunicarlo a la autoridad nominadora, tan pronto cumpla los requisitos, so pena de incurrir en causal de mala conducta.

El retiro para gozar de pensión de jubilación o de vejez, se ordenará por la autoridad nominadora, mediante providencia motivada, pero no se hará efectiva hasta que no se haya liquidado y ordenado el reconocimiento y pago de la pensión por resolución en firme. (El aparte tachado fue declarado NULO por el Consejo de Estado mediante Sentencia de 20 de septiembre de 1982, Expediente No. 5786, Dr. Alvaro Orejuela Gómez.)

2 ARTÍCULO 9°. El artículo 33 de la Ley 100 quedará así:

Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

“PARÁGRAFO 3o. 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. (dicho párrafo 3o. fue declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1037 de 2003, M.P. Jaime Araujo Rentería “... siempre y cuando además de la notificación del reconocimiento de la pensión no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente”).)

3 ARTICULO 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 la 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 2o. del artículo 29 de este Decreto.

(El segundo inciso aludido señala: “La persona retirada con derecho a pensión de jubilación no podrá ser reintegrada al servicio, salvo cuando se trate de ocupar las posiciones de Presidente de la República, Ministro del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, Superintendente, Viceministro, Secretario General de Ministerio o Departamento Administrativo, Presidente, Gerente o Director de Establecimientos Públicos o de Empresas Industriales y Comerciales del Estado, miembro de misiones diplomáticas no comprendidos en la respectiva carrera y secretarios privados de los despachos de los funcionarios de que trata este artículo. Por necesidades del servicio, el gobierno podrá ampliar estas excepciones siempre y cuando no sobrepase la edad de sesenta y cinco (65) años”).

4 ARTICULO 105. El retiro del servicio implica la cesación en el ejercicio de funciones públicas y se produce:

1. Por declaración de insubsistencia del nombramiento.
2. Por renuncia regularmente aceptada.
3. Por supresión del empleo.
4. Por invalidez absoluta.
5. Por edad.
6. Por retiro con derecho a pensión de jubilación.
7. Por destitución.

9. Por revocatoria del nombramiento, y

10. Por muerte.

ARTICULO 120. El empleado que tenga derecho a pensión de jubilación o llegue a la edad de retiro, está obligado a comunicarlo a la autoridad nominadora, tan pronto cumpla los requisitos, so pena de incurrir en causal de mala conducta.

El retiro para gozar de pensión de jubilación o de vejez, se ordenará por la autoridad nominadora, mediante providencia motivada, pero no se hará efectiva hasta que no se haya liquidado y ordenado el reconocimiento y pago de la pensión por resolución en firme. (El aparte tachado fue declarado NULO por el Consejo de Estado mediante Sentencia de 20 de septiembre de 1982, Expediente No. 5786, Dr. Alvaro Orejuela Gómez.)

ARTICULO 122. 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 2400 de 1968, adicionado por el 3074 del mismo año.

5 ARTÍCULO 9°. El artículo 33 de la Ley 100 quedará así:

Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas

en el año 2015.

(...)

“PARÁGRAFO 3o. 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. (dicho parágrafo 3o. fue declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1037 de 2003, M.P. Jaime Araujo Rentería “... siempre y cuando además de la notificación del reconocimiento de la pensión no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente”).)

6 M.P. Eduardo Montealegre Lynnet

7 M.P. Álvaro Tafur Galvis

8 ARTICULO 120. El empleado que tenga derecho a pensión de jubilación o llegue a la edad de retiro, está obligado a comunicarlo a la autoridad nominadora, tan pronto cumpla los requisitos, so pena de incurrir en causal de mala conducta.

El retiro para gozar de pensión de jubilación o de vejez, se ordenará por la autoridad nominadora, mediante providencia motivada, pero no se hará efectiva hasta que no se haya liquidado y ordenado el reconocimiento y pago de la pensión por resolución en firme. (El aparte tachado fue declarado NULO por el Consejo de Estado mediante Sentencia de 20 de

septiembre de 1982, Expediente No. 5786, Dr. Álvaro Orejuela Gómez.)

9 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

10 La Corte sintetizó así la acusación formulada en esa ocasión: “De acuerdo con los argumentos del actor, la norma acusada distingue dos clases de ciudadanos: los menores y los mayores de sesenta y cinco años. “Los primeros gozan plenamente de todas las ventajas que otorga la condición de ciudadano, y muy especialmente, la de acceder al desempeño de cargos públicos, en tanto que los segundos soportan todas las cargas de la condición ya dicha, como el pago de impuestos, sin que tengan acceso al desempeño de cargos públicos”.

A juicio del demandante, la norma acusada es contraria al espíritu de la Constitución Política, y en especial, a su artículo 13, que consagra el derecho a la igualdad, y al artículo 25 superior, que consagra el derecho al trabajo, “que se ve cercenado, especialmente para aquellas personas que optaron por el servicio al Estado.” Afirma que “desde luego, a este respecto hay una excepción, pero establecida por la misma Constitución, y es la consagrada en su artículo 233, según el cual los altos funcionarios a que se refiere, por razones que el suscrito no alcanza a entender ni menos compartir, deberán dejar el cargo cuando hayan llegado a la edad de retiro forzoso. No existe en la Constitución ninguna otra excepción, por lo que resulta inconstitucional recortarle, mejor, cercenarle a los ciudadanos mayores de sesenta y cinco años su derecho a participar en el servicio público.”

Finalmente sostiene que la causal de retiro señalada en la norma acusada excede los alcances del artículo 125 de la Carta Política, que prevé dos causales de retiro, y defiere a la ley la determinación de otras causales, ya que dicha la causal en comento afecta a todo un sector de la ciudadanía.

11 Sentencia C-351 de 1995 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

12 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

13 Artículo 31.- Permanencia. El educador tiene derecho a permanecer en el servicio mientras no haya sido excluido del escalafón o no haya alcanzado la edad de sesenta y cinco años para su retiro forzoso. (se subraya el aparte acusado en ese proceso).

14 Sentencia C-563 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz En similar sentido ver la Sentencia C-1037 de 2003 M.P. Jaime Araujo Rentería.

15 M.P. Jaime Araujo Rentería

16 No sobra precisar que si bien el actor invocó igualmente -en su escrito de impugnación de la decisión de tutela de primera instancia- el texto del párrafo del artículo 33 de la Ley 100 antes de su reforma por la Ley 797 de 2003 y las consideraciones respecto de la constitucionalidad de las expresiones “5 años más” del mismo párrafo hechas por la Corte en la Sentencia C-107 de 2002 M.P. Clara Inés Vargas Hernández , respecto de dicho texto la Sala no hará ninguna referencia pues precisamente el mismo fue subrogado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

17 M.P. Jaime Araujo Rentería

18 Sobre el carácter fundamental del derecho a la seguridad social y en especial de las pensiones, pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-111 de 1994 M.P. Antonio Barrera Carbonell, T-456 de 1994 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-613 de 1995 M.P. Fabio Morón Díaz y T-1208 de 2004 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

19 Sentencia T-106 /93 M.P. Antonio Barrera Carbonell

20 Así fue considerado en la Sentencia T-436 de 2.000 y reiterado en la sentencia SU-1067/2000 M. P. Fabio Morón Díaz , en los siguientes términos:

“Empero, la Corte ya ha avanzado bastante en la distinción entre las materias que son objeto de la definición judicial ordinaria y aquellas que caen bajo la competencia del juez

constitucional, en relación con la efectividad e idoneidad del medio judicial indicado para proteger a cabalidad los derechos fundamentales.

La Corte, en torno al tema, ha manifestado que el medio judicial alternativo, capaz de hacer improcedente la tutela, “tiene que ser suficiente para que a través de él se restablezca el derecho fundamental violado o se proteja de su amenaza, es decir, tiene que existir una relación directa entre el medio de defensa judicial y la efectividad del derecho”, a lo cual agregó esta Corporación que, “de no ser así, mal puede hablarse de medio de defensa y, en consecuencia, aun lográndose por otras vías judiciales efectos de carácter puramente formal, sin concreción objetiva, cabe la acción de tutela para alcanzar que el derecho (el de naturaleza constitucional fundamental) deje de ser una utopía” (subraya la Corte. Sentencia T-03 del 11 de mayo de 1992).

Asimismo, ha afirmado la Corte en el caso López Anaya que “la existencia del medio judicial alternativo, suficiente para que no quepa la acción de tutela, debe apreciarse en relación con el derecho fundamental de que se trata, no respecto de otros” (negrillas del texto original), lo que significa, según esa reiterada jurisprudencia, que “un medio judicial únicamente excluye la acción de tutela cuando sirve en efecto y con suficiente aptitud a la salvaguarda del derecho fundamental invocado” (subraya la Corte).

“En consecuencia -ha añadido la Corte-, si dicho medio protege derechos distintos, es viable la acción de tutela en lo que concierne al derecho que el señalado medio no protege, pues para la protección de aquél se entiende que no hay otro procedimiento de defensa que pueda intentarse ante los jueces”.

“Desde este punto de vista -prosigue- es necesario que el juez de tutela identifique con absoluta precisión en el caso concreto cuál es el derecho fundamental sujeto a violación o amenaza, para evitar atribuirle equivocadamente una vía de solución legal que no se ajusta,

como debería ocurrir, al objetivo constitucional de protección cierta y efectiva (artículos 2, 5 y 86 de la Constitución)” (Sentencia T-441 del 12 de octubre de 1993).

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Ello explica el mandato del artículo 6, numeral 1, del Decreto 2591 de 1991, a cuyo tenor “la existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante” (subraya la Sala).

21 Salvamento de voto de los Magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz, Vladimiro Naranjo Mesa y Alvaro Tafur Galvis a la Sentencia SU 1067/2000 M.P. Fabio Morón Díaz, en la que se tutelaron los derechos de asociación sindical y negociación colectiva.

22 Idem.

23 Idem.

24 Idem.

25 Salvamento de voto de los Magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz, Vladimiro Naranjo Mesa y Alvaro Tafur Galvis a la Sentencia SU 998/2000 M. P. Alejandro Martínez Caballero, en la que se tutelaron los derechos de asociación y libertad sindical.

26 Sentencia T-069/01 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

27 Ver al respecto la Sentencia T- 803 de 2002 M.P. Álvaro Tafur Galvis cuyos considerandos sobre este punto se reiteran en el presente acápite de esta sentencia.

28 La procedencia del amparo por la demora de los trámites ordinarios, se ha admitido solo excepcionalmente cuando el juez de tutela logra constatar que la tardanza en la resolución del conflicto puede hacer ineficaz el mecanismo ordinario; lo anterior, tomando en cuenta las condiciones personales del demandante. Cfr. T-235 de 2002. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-352 de 2002 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

29 Ver al respecto la Sentencia T- 803 de 2002 M.P. Álvaro Tafur Galvis