

ACTUACION TEMERARIA EN TUTELA/TEMERIDAD-Configuración

TEMERIDAD-Juez de tutela tiene posibilidad de rechazar o decidir desfavorablemente

ACCION DE TUTELA-Inexistencia de temeridad aunque se presenten dos tutelas con hechos similares

JUEZ DE TUTELA-Estudio a fondo de los hechos a pesar de existir identidad de procesos

TEMERIDAD-Debe realizarse análisis de presupuestos teniendo en cuenta la condiciones actuales que rodean el caso

EDAD DE RETIRO FORZOSO-Causal de desvinculación de los servidores públicos/EDAD DE RETIRO FORZOSO-Regulación legal objetiva y razonable

DERECHO AL MINIMO VITAL DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Compensación por cumplimiento de la edad de retiro de empleado público

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CARACTER PARTICULAR Y CONCRETO-Improcedencia para solicitar el reintegro de servidores públicos/ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-Procedencia para controvertir actos administrativos de carácter particular y concreto para el reintegro de servidores públicos

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CARACTER PARTICULAR Y CONCRETO-Procedencia excepcional para solicitar el reintegro de servidores públicos por existencia de perjuicio irremediable

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

ACCION DE TUTELA DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD ENFERMA CONTRA FISCALIA GENERAL DE LA NACION EN MATERIA DE RETIRO FORZOSO-Procedencia por no existir otro mecanismo de defensa judicial

DERECHO AL MINIMO VITAL DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD ENFERMA-Violación por retiro del servicio al cumplir la edad de retiro forzoso sin que se le haya reconocido la pensión de jubilación

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL Y MINIMO VITAL-Afectación por mora patronal en pago de aportes

INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES-Llamado de atención por cuanto desorden administrativo no puede ser padecido por los beneficiarios del sistema

ACCION DE TUTELA DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD ENFERMA CONTRA FISCALIA GENERAL DE LA NACION EN MATERIA DE RETIRO FORZOSO-Reintegro hasta tanto ISS realice nuevo estudio de la historia laboral del accionante

Referencia: expediente T- 2820984

Acción de tutela instaurada por Fernando Marín Álvarez contra la Fiscalía General de la Nación y otros

Magistrado Ponente:

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá D.C. siete (7) de septiembre de dos mil once (2011)

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Nilson Elías Pinilla Pinilla y Jorge Iván Palacio Palacio, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en particular las contenidas en los artículos 86 y 241, numeral 9 de la Constitución y el Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos proferidos en el asunto de la referencia por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca y la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, en la acción de tutela presentada por Fernando Marín Álvarez contra la Fiscalía General de la Nación y otros.

I. ANTECEDENTES

El ciudadano Fernando Marín Álvarez, actuando en nombre propio, interpuso acción de tutela contra la Fiscalía General de la Nación, por la supuesta violación de sus derechos fundamentales a la seguridad social, vida digna, igualdad, debido proceso y mínimo vital.

1. Hechos

Los hechos relevantes para el examen de la pretensión de tutela son sucintamente expuestos así:

- Indica el accionante, que por medio de la Resolución 1568 de 22 octubre de 2008, fue retirado del cargo que desempeñaba en la Fiscalía General de la Nación luego de haber cumplido la edad de retiro forzoso; el acto administrativo fue recurrido y confirmado por la misma entidad.
- Mediante documentos incorporados al expediente 67437 del 19 de diciembre de 2008, que reposa en el Instituto de Seguros Sociales, demostró que laboró en la Rama Judicial, en la Procuraduría General y en la Fiscalía General de la Nación por más de veinte años, tiempo durante el cual cotizó a la Caja Nacional de Previsión Social y al Instituto de Seguros Sociales. En el año 2001 cotizó como independiente al ISS durante nueve meses, tiempo suficiente para que le fuera reconocida y pagada la pensión de vejez.
- El Seguro Social, mediante Resolución 042384 del 14 de septiembre de 2008, resuelve negar el derecho pensional tras indicarle que “luego de efectuar la impugnación de pagos prevista en el artículo 29 del Decreto 1818 de 1996, modificado por el artículo 53 del Decreto 1406 de 1999, por cuanto existen periodos no cancelados y otros cancelados extemporáneamente sin que se haya pagado el interés respectivo, se establece que el asegurado Fernando Marín Álvarez cotizó al Seguro Social de forma interrumpida 4.335 días, que sumados con los 2.816 días cotizados a la Caja Nacional, efectivamente nos da como resultado una cifra menor equivalente a 1.022 semanas o sea 19 años 10 meses, 17 días”.
- En la Resolución 61092 del 15 diciembre de 2009, por la cual se resuelve de manera

negativa el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 042384, se dijo textualmente: “Que revisadas las novedades del sistema de Autoliquidación de Aportes mensuales, se establece que no figuran cotizaciones correspondientes a los meses de Mayo, Junio y Julio de 2003.”

- Indica el accionante que la razón del mencionado desfase, que lo ha perjudicado notablemente, es que la Fiscalía no tuvo el suficiente cuidado de efectuar los pagos de aportes al ISS, y por ello, a pesar de que trabajó en esa entidad desde el 8 de enero de 2002 hasta el 30 de noviembre de 2008, no figuran los meses de mayo, junio y julio de 2003 y a partir del mes de agosto de éste último año aparecen 24 días cotizados, es decir que le están disminuyendo su tiempo de servicio y su acceso a la pensión.

- Señaló que después de solicitar la aclaración insistentemente, logró que la Fiscalía reconociera su error aclarando el número de su cédula de ciudadanía en los pagos correspondientes a los meses de junio y julio de 2003, según oficio DSAFB23 que anexa a la demanda. Del mes de mayo de 2003 (a la fecha de la tutela) la entidad no había enviado el medio magnético para acreditar el pago.

- Indicó que la Fiscalía General de la Nación no ha dado explicación satisfactoria sobre los demás errores que aparecen en el reporte de semanas cotizadas y no ha cancelado los intereses causados por la mora en el pago de aportes, los que a su juicio, están siendo descontados injustamente, afectándole en el tiempo requerido para pensionarse.

- Acorde con las certificaciones de tiempo servido al sector público, expedidas por el Consejo Superior de la Judicatura y las cotizaciones como trabajador independiente que están reconocidas por el ISS en el reporte de semanas cotizadas, acredita 7.250 días que equivalen a 1.035 semanas que superan ampliamente los 20 años de servicio y aportes que exige la Ley, afirmando así, que se encuentra beneficiado por el régimen de transición. El tiempo servido y cotizado de acuerdo a certificaciones, aparece graficado en la demanda de la siguiente manera:

INSTITUCIÓN

PERÍODO

TIEMPO EN DÍAS

RAMA JUDICIAL

24.02.1972 A 31.08.1977

1.987

RAMA JUDICIAL

01.09.1977 a 19.12.1979

828

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

1.684

INDEPENDIENTE

01.04.2001 a 30.12.2001

269

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

08.01.2002 a 30.11.2008

2.482

TOTAL DÍAS COTIZADOS

7.250

- Sostiene el peticionario que los errores relacionados y la negligencia de la Fiscalía en el

pago oportuno de aportes al ISS, le han causado enormes inconvenientes, incidiendo directamente en la violación de sus derechos fundamentales a una vida digna, a la salud y al mínimo vital; afirma que no tiene bienes de fortuna que puedan suplir las necesidades mínimas y califica su situación económica como “desastrosa”; después de año y medio de trámites ante el ISS dice estar “agotado en todo sentido, enfermo, con 68 años, tercera edad y sin seguridad social”.

- Recordó la jurisprudencia de la Corte Constitucional en torno a las obligaciones de los empleadores, quienes serán responsables del pago de los aportes a la seguridad social de los trabajadores a su servicio. Indica, que según la doctrina constitucional vigente, el empleador responderá por la totalidad del aporte aún en el evento en que no se hubiere efectuado el descuento al trabajador. En su caso, está acreditado el cumplimiento de los requisitos para pensionarse, pero “el reconocimiento se ha visto obstaculizado por la negativa de la Fiscalía a cumplir con su obligación de aclarar el problema de los aportes o pagar los intereses para que el tiempo cotizado fuese contabilizado en su totalidad”.

- Finalmente, reiteró que la Fiscalía General de la Nación trasgrede sus derechos fundamentales al retirarlo de sus labores por llegar a la edad de retiro forzoso “sin consideración alguna”, contrariando los precedentes jurisprudenciales contenidos en las sentencias T-012 de 2009 y T-865 de 2009, que han indicado atender las circunstancias particulares de cada trabajador a efecto de no quedar sin trabajo y sin pensión.

1. Solicitud

Por lo expuesto y como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el actor solicita el amparo de los derechos fundamentales invocados- mínimo vital, salud, vida digna, igualdad, debido proceso y seguridad social- y en consecuencia se ordene a la Fiscalía General de la Nación que en el término de 48 horas proceda a revocar las resoluciones de despido y dictar el acto administrativo respectivo ordenando su reintegro en iguales condiciones, se liquiden y paguen las mesadas atrasadas desde el despido hasta que el ISS reconozca su derecho pensional y cancele la primera mesada.

1. Pruebas allegadas al expediente

Son relevantes para el análisis del caso las siguientes pruebas que obran en el expediente:

- Resolución 1568 del 22 de octubre de 2008, por la cual la Fiscalía retira del servicio al accionante a partir del 1 de diciembre de 2008, por haber cumplido la edad de retiro forzoso.
- Resolución 1708 del 20 de noviembre de 2008, por la cual confirma la anterior Resolución.
- Derecho de petición del actor dirigido al ISS solicitando su pensión de jubilación con fecha 19 de diciembre de 2008.
- Certificados de tiempo de servicio expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura.
- Resolución 042384 del 14 de septiembre de 2009 por la cual el ISS, niega el derecho de pensión al accionante.
- Resolución 46852 del 6 de Octubre de 2009, por la cual se aclara la Resolución 042384.
- Recurso de reposición interpuesto y Resolución 061092 del 15 de diciembre de 2009, notificada el 9 de marzo de 2010, por la cual resuelve el recurso de reposición.
- Reporte de semanas cotizadas en pensiones, expedido por el ISS.
- Copia del oficio 017741 del 2 de septiembre de 2009, contestando derecho de petición.
- Copia del oficio 6915 del ISS, ordenando al Jefe del Departamento de cuentas corrientes del ISS, se ejecute el cobro a las entidades oficiales Procuraduría General de la Nación y Fiscalía General de la Nación.
- Copia de la sustentación del recurso subsidiario de apelación respecto a la negativa de reconocer el derecho a la pensión por vejez, de fecha 16 de marzo de 2009.
- Copia del último derecho de petición dirigido al Vicepresidente de Pensiones del ISS de mayo 12 de 2010.

1. Pruebas solicitadas en sede de revisión

Mediante auto de dos de mayo de 2011, la Sala Quinta de Revisión ordenó oficiar (i) a la Fiscalía General de la Nación, para que proporcionara información completa sobre los soportes y trámites que se hubieren realizado ante el ISS para lograr que el señor Fernando Marín Álvarez completara los períodos de cotización faltantes o cotizados extemporáneamente; (ii) a la Procuradora Delegada para Asuntos del Trabajo y Seguridad Social, para que indicara qué tipo de apoyo e información se le había dado al accionante para la consecución y reconocimiento eficaz de sus derechos y (iii) al actor, para que allegara información sobre su ocupación actual, estado de salud, salario devengado, rentas mensuales, personas a cargo y nombre de la entidad prestadora de salud.

Las restantes entidades proporcionaron información que ya estaba en el expediente.

1. Intervención de las entidades accionadas

El 4 de junio de 2010, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca avocó el conocimiento de la acción de tutela interpuesta por el señor Fernando Marín Álvarez, vinculando a la Procuraduría General de la Nación y al Liquidador de Cajanal como terceros con interés en el trámite, notificando a la Fiscalía General de la Nación y a su Director Seccional Administrativo y Financiero y vinculando igualmente al Instituto de Seguros Sociales y a sus siguientes dependencias: Gerencia II del Centro de Atención de Pensiones del Seguro Social Seccional Cundinamarca y D.C; Gerencia de Centro de Decisión Servidores Públicos del ISS; Jefatura del Departamento Nacional de Conciliaciones y Grupo de Fiscalización Seccional Cundinamarca.

1. Fiscalía General de la Nación

Indicó la intervención de la Fiscalía ante el juez de primera instancia, que el accionante ya había presentado otra acción de tutela, resuelta por la Sala Penal del Tribunal Superior de

Bogotá a través de la sentencia del 10 de diciembre de 2008, donde negó las pretensiones instauradas por el actor, exponiendo los siguientes argumentos:

“... Las decisiones adoptadas por el Director Seccional Administrativo y Financiero de Bogotá de la Fiscalía General de la Nación, corresponden al ejercicio de una potestad administrativa la cual debe manifestarse a través de actos administrativos que gozan de presunción de acierto y legalidad y son susceptibles de ser controvertidos ante la jurisdicción contenciosa administrativa en la que puede solicitar, de ser procedente, la suspensión del acto presuntamente perturbador.

En síntesis, de acuerdo a los elementos probatorios aportados, las disposiciones legales y jurisprudenciales precitadas, forzoso es concluir que conforme a lo fijado en el numeral 1o del canon 6o del Decreto 2591 de 1991 reglamentario del artículo 86 de la Constitución Política, la tutela no es el mecanismo idóneo para acceder a las pretensiones del accionante, quien pretende a través de este mecanismo subsidiario atacar los aludidos actos administrativos, a cambio de acudir al competente.”

En relación a la mora en el pago de los aportes al Seguro Social por concepto de los meses de mayo, junio y julio del 2003, relacionó un oficio de noviembre 18 de 2009, en donde a solicitud de la Fiscalía General de la Nación, el ISS manifestó:

“...una vez revisado el historial de pagos correspondientes al afiliado de la referencia se corrigió el número de cédula para los periodos de cotización 200306 y 200307 de acuerdo con la información reportada por la Registraduría.”

Con respecto a las cotizaciones del mes de mayo de 2003, afirmó que luego de elevar la solicitud de corrección ante el ISS, recibió constancias de validación de aportes de pensión por riesgo común y alto riesgo correspondientes a ese período.

Señaló que varias normas que consagran la edad de retiro forzoso habilitaron la decisión de retirar al accionante del servicio; fueron ellas: el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968, el Decreto Ley 546 de 1971, la Ley 270 de 1996 y los artículos 142 y 163 de la Resolución 0-1501 de 2005.

Con relación a la solicitud de reintegro del actor, afirmó que la causal del retiro era diferente al trámite de reconocimiento de pensión de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En ese sentido, la Fiscalía solamente cumplió con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico que le obliga a retirar del servicio a los funcionarios que cumplen la edad de retiro forzoso a los 65 años de edad. Añadió que la expresión que se utiliza en el Decreto 2400 de 1968 dice “será retirado”, es una frase de carácter imperativo y no potestativo, por lo que la entidad estaba facultada para retirarlo del cargo. Indicó finalmente que:

“Es conveniente recalcar que la condición a que se refiere el tutelante, es decir, el previo reconocimiento de una pensión a favor, es exigida cuando la causal empleada para la cesación definitiva de las funciones es el retiro con derecho a pensión de jubilación, circunstancia que no se verifica en el caso que nos ocupa, puesto que el retiro del Doctor FERNANDO CRISTO MARÍN ÁLVAREZ se encuentra motivado por la edad; es decir, es una causal distinta, establecida por el legislador, que permite el retiro definitivo del servicio, la cual no se encuentra sometida a ningún tipo de condicionamiento, como lo pretende hacer ver el accionante y que por ende no vislumbra una vulneración de derechos fundamentales que exija la intervención del juez de tutela”.

1. Procuraduría General de la Nación

Los argumentos de la Procuraduría en respuesta a la acción de tutela son los siguientes:

- Los hechos invocados como sustento de la demanda, se relacionaban con acciones u omisiones no predicables a la Procuraduría.

1. Instituto de Seguros Sociales

El Instituto de Seguros Sociales no atendió en tiempo la vinculación que le hiciera el juez de instancia a este proceso, por lo que procedería inicialmente aplicar la presunción prevista en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, según el cual las entidades demandadas tienen la obligación de rendir los informes que les sean requeridos en desarrollo del proceso de tutela,

dentro del plazo otorgado por el juez, so pena de tener como ciertos los hechos que se plantean en la demanda¹.

1. Sentencia de primera instancia objeto de revisión

En fallo proferido el 18 de junio de 2010, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca declaró improcedente el amparo solicitado, tras exponer las siguientes consideraciones:

-Indicó que el accionante ya había interpuesto una acción de tutela en contra de la Fiscalía General de la Nación, solicitando la revocatoria de las resoluciones por las cuales fue despedido, aunque no pidió en ese momento pensión de vejez al ISS. Dicha tutela la negó el Tribunal Superior de Bogotá.

Según la providencia de primera instancia, el actor no pudo lograr el reconocimiento de su pensión, en razón a que no acreditó las semanas de cotización exigidas por la ley, mas no por los hechos nuevos que enunció en esta nueva acción de tutela. Concretamente, con relación a las cotizaciones de mayo, junio y julio de 2003, la primera instancia consideró que las correcciones ya las había efectuado la Fiscalía pero no completaban el período que le falta para adquirir la pensión.

Finalizó sosteniendo que el actor contaba con una vía ordinaria judicial más expedita, para que le fueran revisadas las cotizaciones que hizo la Fiscalía General de la Nación.

1. Impugnación

El accionante consideró que no era cierta la afirmación del a quo según la cual había actuado temerariamente, porque el objeto de la tutela que había interpuesto ante el Tribunal Superior de Bogotá se refería a la revocatoria de los actos administrativos a través de los cuales la accionada lo había retirado del servicio por retiro forzoso.

En segundo lugar, contrario a lo sostenido en la sentencia impugnada, sí estaba probado que

había 1035 semanas, cumpliéndose los 20 años de servicio del régimen de transición que se le debe aplicar por parte del ISS.

En tercer lugar, adujo la ausencia de medios económicos para llevar una vida digna, en razón a la mora del trámite pensional, encontrándose en una situación de incertidumbre e indigencia, además de ser una persona de la tercera edad a la que debe aplicarse lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia T- 007 de 2010 sobre protección a la vejez. Indicó finalmente (i) que su intención con la solicitud de reintegro de ninguna manera era completar el tiempo de cotización que le llegase a faltar y (ii) que según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, su tutela procede porque los medios de defensa ordinarios no son eficaces para el logro de sus pretensiones.

1. Sentencia de segunda instancia objeto de revisión

La sentencia de segunda instancia, dictada el 19 de agosto de 2010 por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, revocó parcialmente la providencia del a quo para conceder el amparo al derecho de petición. Consideró el juez que la mora en el pago de los aportes por parte de la Fiscalía General de la Nación y la Procuraduría General de la Nación, así como las inconsistencias en la conformación del reporte de semanas cotizadas en pensiones expedido por el ISS, se traducen en la ineficiencia de las precitadas entidades en este tipo de trámites y por lo mismo, debe concederse el amparo al derecho de petición en aplicación de la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Ordenó en consecuencia “que dadas las inconsistencias vislumbradas en el sub lite”, el ISS responda al actor su requerimiento, “en el sentido de informarle si realmente acredita un total de 7.157 días que equivalen a 1022 semanas correspondientes a 19 años, 10 meses y 17 días, sustentado o no dicho resultado en las inconsistencias vislumbradas por la Sala”.

1. Intervención de seguros sociales.

Tres meses después de que se hubiera dictado la sentencia de segunda instancia, el Seguro Social allegó al Consejo Superior de la Judicatura un documento, remitido luego a la Corte

Constitucional en donde informa que el 31 de mayo de 2010 desató de manera negativa el recurso de apelación interpuesto por el accionante contra la Resolución No. 0061092 de 15 de diciembre de 2009, negando nuevamente el derecho a la pensión.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

La Sala es competente para decidir el presente asunto, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241 (numeral 9°) de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico

A juicio de la Sala, dos son los hechos alegados por el accionante como vulneradores de sus derechos fundamentales: el primero lo contrae a la negativa del ISS a otorgarle el reconocimiento de la pensión de vejez; alega a este respecto, que si bien había cotizado 7250 días, 1029 semanas, el ISS no le otorgó la pensión y no suplió las inconsistencias en la información que se le allegó oportunamente en relación con períodos no contabilizados; y segundo, frente a la Fiscalía, expone igualmente una violación a sus derechos a la seguridad social y mínimo vital, por haber sido retirado sin más consideraciones, al cumplir la edad de retiro forzoso, lo que configura un perjuicio irremediable teniendo en cuenta su condición de persona de la tercera edad y ser la pensión su único medio de subsistencia.

Debe analizar la Sala si se ha vulnerado el derecho fundamental al mínimo vital del accionante; de igual manera se estudiará la procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos de contenido particular y concreto, específicamente para obtener el reintegro de servidores públicos a sus cargos y los alcances de la jurisprudencia constitucional en torno al retiro del servicio al cumplirse la edad de retiro forzoso. Previo al estudio anterior, la Sala abordará la supuesta temeridad en la que incurrió el accionante al interponer esta acción de tutela.

3. La actuación temeraria en la acción de tutela

En tanto la sentencia de primera instancia niega la tutela por considerar que existió en este caso una actuación temeraria por parte del accionante, la Sala precisa la doctrina constitucional en punto a ese tema:

Conforme a lo establecido en el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, existe temeridad cuando, “sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales”, por lo cual “se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes”. La temeridad se configura cuando concurren los siguientes elementos: (i) identidad fáctica en relación con otra acción de tutela; (ii) identidad del demandante, en cuanto la otra acción de tutela se presenta por parte de la misma persona o su representante; (iii) identidad del sujeto accionado; y (iv) falta de justificación para interponer la nueva acción².

“la actuación temeraria es aquella que vulnera el principio de buena fe, asumiendo una actitud indebida para satisfacer un interés individual a toda costa y que expresa un abuso del derecho cuando deliberadamente y sin tener razón se instaura nuevamente una acción de tutela.³ Teniendo en cuenta que la buena fe se presume en toda actuación de los particulares ante las autoridades públicas, la temeridad es una circunstancia que debe ser valorada cuidadosamente por los jueces para prevenir decisiones injustas. En otras palabras, la conducta temeraria debe encontrarse plenamente acreditada y no puede ser inferida de la simple improcedencia de la tutela o revisando circunstancias meramente formales. Tal conducta requiere de un examen minucioso de la pretensión de amparo, de los hechos en que se funda y del acervo probatorio que repose en el proceso.”

La jurisprudencia constitucional ha indicado que, cuando una conducta se adecue a los presupuestos establecidos para la temeridad, el juez de tutela tiene la posibilidad de rechazar el amparo o decidir desfavorablemente la petición, siempre y cuando:

“(i) envuelva una actuación amañada, reservando para cada acción aquellos argumentos o pruebas que convaliden sus pretensiones⁴; (ii) denote el propósito desleal de ‘obtener la satisfacción del interés individual a toda costa, jugando con la eventualidad de una interpretación judicial que, entre varias, pudiera resultar favorable’⁵; (iii) deje al descubierto el ‘abuso del derecho porque deliberadamente y sin tener razón, de mala fe se instaura la acción’⁶; o finalmente (iv) se pretenda en forma inescrupulosa asaltar la ‘buena fe de los

administradores de justicia'7."8

Pese a la doctrina anterior, cabe anotar que esta Corporación ha estimado igualmente, que el hecho de presentarse dos tutelas con hechos similares, no conduce inmediatamente al acaecimiento de la referida figura, porque "para ello, debe demostrarse que existen iguales sujetos procesales, hechos, pretensiones, que no hay justificación alguna para la interposición de una nueva acción, sumado a que debe encontrarse inequívocamente probado dentro del proceso de amparo tutelar, la mala fe o dolo del accionante9".

En este sentido, la Corte ha establecido también algunos eventos en los cuales, a pesar de existir identidad de procesos, se le permite al juez de tutela realizar un estudio a fondo sobre los hechos. Así, en sentencia T-919 de 2004 la Corte afirmó:

"... que tratándose de personas en estado de especial vulnerabilidad, no es procedente negar la tutela por temeridad, a pesar de que se observe una identidad de partes, hechos y pretensiones, cuando el juez advierta que, no obstante la interposición de una o varias acciones anteriormente, los derechos fundamentales de los peticionarios continúan siendo vulnerados. Esta situación, en consecuencia, constituye otra causal que justifica la interposición de una nueva acción de tutela."

Igualmente, es importante que el análisis de los presupuestos que configuran la temeridad se realice teniendo en cuenta las condiciones actuales que rodean el caso y no limitarse a un estudio meramente formal, cuando el fundamento de la acción se base en:

"(i) la condición del actor que lo coloca en estado de ignorancia10 o indefensión, propio de aquellas situaciones en que los individuos obran por miedo insuperable o por la necesidad extrema de defender un derecho y no por mala fe11; (ii) en el asesoramiento errado de los profesionales del derecho12; (iii) en la consideración de eventos nuevos que aparecieron con posterioridad a la interposición de la acción o que se omitieron en el trámite de la misma, o cualquier otra situación que no se haya tomado como base para decidir la(s) tutela(s) anterior(es) que implique la necesidad de proteger los derechos fundamentales del demandante13; y por último (iv) se puede resaltar la posibilidad de interponer una nueva acción de amparo cuando la Corte Constitucional profiere una sentencia de unificación, cuyos

efectos hace explícitamente extensivos a un grupo de personas que se consideran en igualdad de condiciones, incluso si con anterioridad a dicha sentencia presentaron acción de tutela por los mismos hechos y con la misma pretensión.¹⁴¹⁵

4. La edad de retiro forzoso como causal de desvinculación de servidores del Estado

La edad de retiro forzoso fue el criterio utilizado por la Fiscalía General de la Nación para el retiro del accionante por ello se recuerda el cuerpo de doctrina que la Corte ha elaborado al respecto.

Frente a la fijación legal de una edad de retiro forzoso como causal de desvinculación de servidores públicos, la Corte ha manifestado lo siguiente:

“Siempre y cuando la misma responda a criterios objetivos y razonables, debe afirmarse que, en principio, resulta proporcional a los fines constitucionales cuyo logro se persigue. En efecto, la posibilidad de retirar a un servidor público de su empleo, una vez ha alcanzado una determinada edad fijada en la ley, es un instrumento de que disponen el legislador y la administración para lograr el principio de igualdad de oportunidades en el acceso a los cargos públicos (C.P., artículos 13 y 40-7) y el derecho al trabajo de los ciudadanos que aspiran a desempeñarse como trabajadores al servicio del Estado (C.P., artículo 25). Así mismo, medidas de esta índole persiguen la efectividad del mandato estatal contenido en el artículo 54 de la Carta Política, según el cual el Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar que, a su turno, es concordante con las facultades genéricas de intervención del Estado en la economía con la finalidad de dar pleno empleo a los recursos humanos (C.P., artículo 334). En suma, es posible afirmar que la fijación de una edad de retiro forzoso como causal de desvinculación del servicio público, constituye una medida gracias a la cual el Estado redistribuye y renueva un recurso escaso, como son los empleos públicos, con la finalidad de que todos los ciudadanos tengan acceso a éste en condiciones de equidad e igualdad de oportunidades.”¹⁶

En esta misma sentencia, en la que se declaró la exequibilidad del artículo 31 del Decreto 2400 de 1961, la Corte sostuvo: “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.”¹⁷

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

“Artículo 122º.- La edad de sesenta y cinco (65) años constituye impedimento para desempeñar cargos públicos, salvo para los empleos señalados en el inciso segundo del artículo 29 del Decreto Nacional 2400 de 1968, adicionado por el 3074 del mismo año.”

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

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

Para la Corte la restricción impuesta por el cumplimiento de la edad de retiro para que los empleados públicos continúen prestando el servicio se ve “compensada por el derecho que adquieren al disfrute de la respectiva pensión de jubilación (C.P., artículo 48) y a las garantías y prestaciones que se derivan de la especial protección y asistencia que el Estado está obligado a dispensar a las personas de la tercera edad (C.P., artículos 13 y 46),”¹⁸ lo cual garantiza la protección del derecho fundamental al mínimo vital de los antiguos trabajadores.

Sin embargo, como se analizará a espacio en el tema siguiente, la Corte ha dicho en sentencias relativamente recientes (T-012 y T- 865 de 2009 y T- 487 de 2010) que el sólo hecho de la declaratoria de insubsistencia que desvincula del servicio a un trabajador público que ha llegado a la edad de retiro forzoso, no implica que surja automáticamente su derecho a la pensión, ya que el reconocimiento del mismo se encuentra sujeto al cumplimiento de requisitos de edad y tiempo de cotización exigidos por el respectivo régimen al cual se encuentre afiliado; y la verificación del cumplimiento de los mismos

demora en el mejor de los casos por lo menos seis (6) meses, atendiendo a que los empleadores hayan realizado cumplidamente los respectivos aportes a las Cajas de Previsión Social, de lo contrario el reconocimiento y pago de la pensión puede demorarse considerablemente.

5. Procedencia excepcional de la tutela contra actos administrativos de contenido particular y concreto. El reintegro de servidores públicos. Precedentes del caso analizado

Sin embargo, esta Corporación también ha aceptado la procedencia excepcional de la acción de tutela contra los mencionados actos cuando ellos vulneran derechos fundamentales y existe peligro de ocurrencia de un perjuicio irremediable, de tal manera que se haga necesaria una protección urgente de los mismos. Así fue señalado por la Corte, entre otras muchas decisiones, en la Sentencia T-514 de 2003 en la que manifestó lo siguiente:

“la Corte concluye (i) que por regla general, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, como quiera que existen otros mecanismos tanto administrativos como judiciales para su defensa; (ii) que procede la acción de tutela como mecanismo transitorio contra las actuaciones administrativas cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable; y (iii) que solamente en estos casos el juez de tutela podrá suspender la aplicación del acto administrativo (artículo 7 del Decreto 2591 de 1991) u ordenar que el mismo no se aplique (artículo 8 del Decreto 2591 de 1991) mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.”

Así entonces, por regla general, la acción de tutela es improcedente para solicitar el reintegro de empleados públicos a sus cargos, toda vez que para controvertir los actos por medio de los cuales la administración ha tomado la decisión de separarlos de los mismos, existe la acción de nulidad y restablecimiento del derecho; de igual manera si se estuvieran desconociendo los derechos a la estabilidad laboral de un trabajador oficial, el juez natural llamado al conocimiento del litigio sería el juez laboral, lo cual desplaza la acción de tutela dado su carácter residual y subsidiario. No obstante, la Corporación ha admitido la procedencia excepcional del amparo constitucional para solicitar el reintegro de servidores

públicos a los cargos de los que han sido desvinculados, cuando en el caso concreto se advierte la vulneración de un derecho fundamental y se evidencie la ocurrencia de un perjuicio irremediable, en razón a que en estos eventos la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no proporciona una protección eficaz y adecuada a los derechos amenazados o vulnerados. Respecto a este punto la Corte ha precisado:

“como regla general, la acción de tutela es improcedente para solicitar el reintegro de los empleados públicos, pues en el ordenamiento jurídico está prevista la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, luego existe un medio de defensa judicial propio, específico y eficaz que excluye la prevista en el artículo 86 Constitucional. No obstante la Corte ha manifestado que, excepcionalmente ante un perjuicio irremediable, puede resultar procedente el amparo cuando la acción de nulidad y restablecimiento del derecho resulta inadecuada para la efectividad de los derechos fundamentales violados, dada la situación que afronta el accionante.”¹⁹

En punto al reintegro de funcionarios públicos que han sido desvinculados de su cargo por cumplir con la edad de retiro forzoso, la Corte ha utilizado los siguientes argumentos para justificar sus decisiones: i) que en este tipo de casos se presenta una vulneración del derecho fundamental al mínimo vital del funcionario; ii) que el no reconocimiento y pago de la pensión de jubilación del accionante obedece a una conducta negligente de la entidad demandada; iii) y a que el actor es un sujeto de especial protección constitucional, motivo por el cual merece protección reforzada del Estado. En consecuencia, en todos los precedentes que se relacionan a continuación, se ha concluido que una aplicación literal y escueta de la causal de retiro forzoso se ha utilizado sin tener en cuenta los mandatos constitucionales que rigen ese instituto.

En efecto, dichos postulados se observaron desde la sentencia T-012 de 2009, cuando la Corte indicó:

“Así, dimensionada la situación del accionante de manera integral, estima la Sala que la administración pública, vista en su conjunto, le ha infringido una vulneración grave de sus derechos. Por una parte, incumpliendo las normas en la materia, guarda silencio por un periodo superior a un año con respecto a la solicitud de reconocimiento de pensión de

jubilación elevada por el actor. Por otra parte, la administración procede a la desvinculación del accionante del servicio, conforme con una simple aplicación objetiva de las normas de retiro forzoso del servicio por cumplimiento de la edad de 65 años, sin hacer una valoración de sus circunstancias particulares, como son (i) la entera dependencia de su salario para la satisfacción de sus necesidades; y (ii) la falta de respuesta de fondo de la solicitud de pensión que había presentado, privándolo con ese proceder, desproporcionado e injustificado, de la posibilidad de percibir un ingreso que le permita proveerse su subsistencia y la de su familia, con lo cual se vulnera su derecho fundamental al mínimo vital.

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

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

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

La sentencia T-007 de 2010 señaló lo siguiente para un caso de iguales supuestos:

“Por esta razón, para esta Sala, retirar a una persona de su puesto de trabajo, sin haberle

garantizado que el salario que deja de devengar, como resultado del retiro, tendrá un sustituto adecuado y eficaz en la pensión de vejez, es atentar contra sus derechos fundamentales al mínimo vital, tal como lo ha entendido la Corte (infra 3.2.4.), a la dignidad humana y a la misma vida que puede afectarse si esta prestación social no se le proporciona en forma oportuna y adecuada para afrontar las vicisitudes de la vejez.”²⁰

Finalmente la sentencia T-487 de 2010 en donde igualmente se cuestionaba el proceder de la Fiscalía General de la Nación ante un caso de desvinculación por retiro forzoso, la Corte sostuvo:

La Fiscalía tenía conocimiento de que el señor Cano se encontraba realizando el trámite para el reconocimiento de su pensión de jubilación pues este se lo había informado desde el 28 de mayo de 2008, e incluso, por medio de la comunicación surtida el 22 de enero 2009 él había mostrado su conformidad con la idea de retirarse de la institución en el mes de abril de ese año, esperando que “haya llegado respuesta positiva a mi requerimiento de corregir el faltante de semanas cotizadas para los años 2003 y 2004. No obstante lo anterior, la Fiscalía General de la Nación por medio de su Dirección Seccional Administrativa y Financiera procedió a retirarlo de su cargo, mediante Resolución N° 1547, a partir del 1 de septiembre de 2009”. (Resaltado fuera del texto).

La doctrina descrita en los casos referidos se aplicará a la tutela revisada, en el análisis que sigue.

6. El caso concreto

6.1. No existió acción temeraria

Después de exponer los presupuestos establecidos por esta Corporación para la configuración de la temeridad, y en aplicación a lo dispuesto en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, considera la Sala que la acción de tutela instaurada por el señor Fernando Marín Álvarez no es temeraria, atendiendo a que (i) se presentaron hechos nuevos, diferentes a los expuestos en la tutela inicial, como por ejemplo el incumplimiento en el pago de la aportes al ISS por parte de la Fiscalía; (ii) sus derechos fundamentales continúan siendo amenazados por cuanto no se ha producido el reconocimiento pensional por parte del ISS; (iii) la avanzada edad y el estado de especial vulnerabilidad del peticionario y (iv) la

evidente afectación al mínimo vital, elementos todos que hacen concluir que los derechos del actor permanecen realmente amenazados y no está probada la mala fe en la presentación de esta acción de tutela.

6.2. La tutela como mecanismo principal en el presente caso

Dado que el asunto bajo revisión busca controvertir (i) al acto administrativo que retiró del servicio al accionante por llegar a la edad de retiro forzoso y (ii) los actos administrativos que han negado el reconocimiento de la pensión de jubilación al accionante, la definición de esta controversia le correspondería en principio a la jurisdicción contenciosa. Sin embargo, debido a las especiales circunstancias del presente caso, en donde el accionante es una persona enferma, de la tercera edad (68 años) y con una situación económica difícil, no resultan idóneas las acciones judiciales de defensa ordinarias, en razón al largo tiempo que debería esperar para que éstas se resolvieran, teniendo en cuenta que su mínimo vital se encuentra seriamente comprometido.

La situación se vuelve aún más apremiante en este caso, al observar en las pruebas revisadas en sede constitucional que el actor tiene problemas coronarios, que ha sido sometido a intervenciones de corazón, y que tiene un carcinoma en la cabeza; contingencias que alejan su acceso al mercado laboral, realzándose su debilidad manifiesta, con el consiguiente y no refutado quebrantamiento del mínimo vital, a tal punto que la habitual demora de los procedimientos comunes hace ineficaz, por tardía, la protección judicial urgida.

Desde este punto de vista la acción de tutela resulta procedente ya que sitúa al accionante frente a la ocurrencia de un perjuicio irremediable, razón por la cual sus derechos fundamentales requieren de un amparo rápido que no puede ser proporcionado a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Por lo anterior estima la Corte que el accionante no cuenta con un mecanismo de defensa judicial idóneo de sus derechos fundamentales, diferente a la acción de tutela, que provea una protección eficaz a los mismos.

6.3 Constatación del material probatorio

Ahora bien, conforme a las pruebas que reposan en el expediente, encuentra esta Sala de

Revisión que en el presente caso están acreditados los siguientes hechos:

1. El ciudadano Fernando Marín Álvarez presentó acción de tutela ante la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, con el fin de que el juez constitucional le protegiera los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, seguridad social y mínimo vital. Relató en su demanda que a través de Resolución de Octubre de 2008, expedida por la Dirección Seccional Administrativa y Financiera de Bogotá, se resolvió retirar del servicio a partir del 1o de diciembre de 2008 al accionante, quien se desempeñaba como Fiscal Delegado ante los Jueces del Circuito adscrito a la Dirección Seccional de Fiscalías de Bogotá, en razón a que contaba con más de 65 años de edad, configurándose una causal de retiro forzoso del servicio.

2. Aparece acreditado en el expediente que el accionante presentó recurso de reposición en contra de la precitada decisión y por medio de la resolución 1708 del 20 de noviembre de 2008, se confirmó la misma.

3. Con posterioridad a su despido y considerando que tenía derecho a la pensión de vejez, el 3 de diciembre de 2008, presentó derecho de petición ante el Instituto de Seguros Sociales – ISS, para que le fuese tramitada su pensión en razón a que se encontraba en el régimen de transición de la Ley 71 de 1988, esto es con un total de 20 años de aportes y 60 años de edad.

4. En agosto 12 de 2009, presentó derecho petición ante la Fiscalía General de la Nación para que revisara algunas inconsistencias de cotizaciones en los meses de mayo, junio y julio de 2003.

5. El 2 de septiembre de 2009, la Fiscalía contestó el derecho de petición, en donde se le informaba que se habían superado las inconsistencias de los meses de junio y julio de 2003 y se encontraban validando la cotización del mes mayo de 2003.

7. No obstante, el 6 de octubre de 2009, el ISS aclaró la anterior decisión de la siguiente manera:

“Que según lo mencionado anteriormente es necesario aclarar que según el artículo 33 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la ley 797 de 2003 exige para acceder a la

pensión de vejez debe acreditar 55 años de edad en la mujer y 60 años de edad en los hombres y 1000 semanas cotizadas en cualquier tiempo, incrementándose en 25 semanas cotizadas por cada año a partir del 1 de enero de 2006 hasta llegar a las 1300 semanas en el año 2015...que con base en el cuadro anterior el asegurado en mención cumple los requisitos establecidos en la ley 797 de 2003, es decir tanto tiempo y edad en el año 2008 y para esta fecha se requiere 1125 semanas y no como se menciona en la Resolución 042384 de septiembre de 2008”.

8. Está probado que el actor presentó recurso de reposición y en subsidio apelación en contra de las precitadas resoluciones, asegurando que se encontraba en el régimen de transición y por lo mismo no podía aplicársele la Ley 797 de 2003.

9. A través de la Resolución 061092 del 15 de diciembre de 2009, el ISS resolvió el recurso de reposición, indicando en esta ocasión que si bien el accionante se encontraba en el régimen de transición, lo cierto era que sumado el tiempo laborado a entidades del sector público y cotización al Seguro Social, acreditaba un total de 7.157 días, que equivalen a 1022 semanas correspondientes a 19 años, 10 meses y 17 días. Pese a ello, en la misma Resolución se concluyó que al revisar la relación de novedades del Sistema de Autoliquidación de aportes mensuales, no figuraban las cotizaciones correspondientes a los meses de mayo, junio y julio de 2003.

10. El 16 de marzo de 2010, efectivamente el accionante presentó recurso de apelación por las siguientes razones:

-En primer lugar, porque asegura estar dentro del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y en ese sentido, debió tenerse en cuenta la totalidad de los días trabajados así:

ENTIDAD

PERIODO

T. EN DÍAS

RAMA JUDICIAL

24.02.1972 a 31.08.1977

1.987

RAMA JUDICIAL

01.09.1977. a 19.12.1979

828

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

24.04.1996 a 03.01.2001

1.684

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

08.01.2002 a 30.11.2008

2.482

INDEPENDIENTE

01.04.2001 a 30.12.2001

269

TOTAL DÍAS COTIZADOS

7.250 (1035 semanas o más de 20 años)

-Concretamente, en relación a los periodos cotizados al ISS, el actor realizó una serie de aclaraciones en relación a las siguientes inconsistencias:

-Ciclo 5 del año 2003, no se corrigió a pesar de que se reportó el error.

- En el ciclo 8 de 2003 a 12 de 2004, se reportan entre 27 y 28 días laborados.
- En el ciclo 11 de 2001, no fue tenido en cuenta por pagarse vencido, pero sí fue recibido por el ISS.

11. Finalmente, según afirmación del accionante, sin que exista aserto en contrario, luego de ser retirado de la Fiscalía General de la Nación no percibe ingresos económicos de ningún tipo; no tiene bienes de fortuna; sus deudas ascienden a 30 millones de pesos por préstamos de familiares y amigos que han ayudado a su subsistencia; debe mantener a su esposa y a un hijo estudiante del Sena; está afiliado a Compensar en calidad de beneficiario de una hija; padece problemas coronarios habiéndosele realizado una angioplastia con implante de stent y ha sido intervenido recientemente de un “carcinoma en la cabeza” .

6.4. Actuación de la Fiscalía

La Fiscalía General de la Nación retiró del servicio al actor por haber llegado a la edad de retiro forzoso a los 65 años de edad. Igualmente hace parte de la controversia planteada por el accionante, que una vez solicitada la pensión al ISS, se le informó que su empleador se encontraba en mora de realizar algunos aportes para pensión. Significa que una vez retirado del servicio público el accionante ha visto obstaculizado su acceso a la pensión, entre otras razones, porque la Fiscalía había impedido la contabilización de los períodos de cotización ante el atraso en los aportes.

Efectivamente advierte la Sala que la Fiscalía General de la Nación ha vulnerado de manera grave los derechos del accionante en una doble faceta: por una parte, incumpliendo las normas en materia de seguridad social, porque no realizó algunos aportes para pensión al ISS aunque sí hizo los descuentos de ley a la nómina del trabajador. La mora o la omisión por parte del empleador en la transferencia de los aportes pensionales, puede llegar a afectar el derecho a la seguridad social y al mínimo vital del trabajador, ya que del pago oportuno que se realice depende directamente el reconocimiento de la pensión, ha dicho esta Corporación²¹.

Y por otra parte, vulneró igualmente los derechos del accionante procediendo a su

desvinculación conforme con una simple aplicación literal de las normas de retiro forzoso del servicio por cumplimiento de la edad de 65 años, sin hacer una valoración conforme a los mandatos constitucionales de sus circunstancias particulares, como son (i) la entera dependencia de su salario para la satisfacción de sus necesidades, lo que se comprobó con la prueba arrimada a esta Corporación en sede de revisión; (ii) su estado de absoluta vulnerabilidad, debido a la edad y a las enfermedades que padece y (iii) el hecho de que el reconocimiento de la pensión se vería truncado por la mora en el pago de los aportes a la seguridad social, hecho imputable a la Fiscalía especialmente, privándolo con ese proceder de la posibilidad de percibir un ingreso que le permita proveerse su subsistencia y la de su familia, con lo cual se vulnera su derecho fundamental al mínimo vital.

La Sala reitera en esa medida su jurisprudencia claramente aplicable a este caso, en virtud de la cual, ciertas circunstancias deben confluír en un caso concreto para apreciar la vulneración al mínimo vital de un trabajador o pensionado (i) que el salario o mesada sea su ingreso exclusivo o existiendo ingresos adicionales sean insuficientes para la cobertura de sus necesidades básicas y que (ii) la falta de pago de la prestación genere para el afectado una situación crítica tanto a nivel económico como psicológico, derivada de un hecho injustificado, inminente y grave. 22.

Conforme se indicó, la fijación legal de una edad de retiro forzoso como causal de desvinculación del servicio público, siempre que responda a criterios objetivos y razonables, constituye una medida constitucionalmente válida gracias a la cual el Estado redistribuye un recurso escaso, como lo es el empleo público, con el propósito de que todos los ciudadanos tengan acceso a este en condiciones de equidad e igualdad de oportunidades. Sin embargo, tal y como lo ha previsto esta misma Sala en la sentencia T-865 de 2009, la aplicación de este tipo de normas por parte de la administración debe ser razonable, de tal manera que se valoren las condiciones del trabajador en cada caso concreto. Ello para garantizar el respeto de sus derechos fundamentales toda vez que se trata de personas que han llegado a la tercera edad y que por tanto merecen especial protección por parte del Estado.²³

En suma, siguiendo los precedentes sentados en las sentencias T-012 de 2009, T-865 de 2009 y T- 487 de 2010, la Corte ordenará que para el caso concreto, se inapliquen las normas empleadas por la Fiscalía para proceder al retiro del accionante por haber llegado a la edad de retiro forzoso y proceda a reintegrarlo al cargo que desempeñaba en esa

Institución o a uno equivalente, hasta tanto el ISS realice un nuevo estudio de la historia laboral del accionante y se pronuncie de fondo con respecto a la solicitud de su pensión de jubilación.

La Corte reitera de esta manera que la desvinculación de los funcionarios por llegar a la edad de retiro forzoso cumple con ciertos cometidos constitucionales: (i) el derecho al trabajo de quienes aspiran a servir al Estado y (ii) el principio de igualdad de oportunidades en el acceso a los cargos públicos. Pero también ha establecido que, al igual que acontece con las demás instituciones del Estado Social de Derecho, ésta tiene límites. Su aplicación merece ser ponderada, motivo por el cual debe responder a las características peculiares, tanto fácticas como jurídicas de los trabajadores en cada caso concreto, porque estos son sujetos de la tercera edad y por ende titulares de una especial protección constitucional.²⁴

6.5. La actuación del ISS en el presente caso

La Corte llama la atención una vez más al ISS por la reiterada violación del derecho de petición, las inconsistencias en la información de su base de datos y la precaria y tardía intervención en los procesos constitucionales en los que se discuten derechos pensionales de los afiliados, por cuanto son éstos quienes finalmente deben padecer tales falencias con caro compromiso de sus derechos fundamentales. La problemática relativa las inconsistencias en las bases de datos del ISS y la mora en responder tanto los derechos de petición como los recursos interpuestos contra las resoluciones administrativas que deciden derechos pensionales, ha sido tratada en diversas oportunidades haciendo énfasis en que se trata de una situación particularmente constante en el I.S.S. Desde la sentencia T-969 de 2004, la Corte viene considerando que el desorden administrativo en la base de datos y de información del I.S.S., no puede ser padecido por los beneficiarios del Sistema, quienes no deben asumir la imprevisión y la desinformación de la entidad con el padecimiento insoslayable de la afectación de sus derechos.

Disponiendo de los elementos constitucionales y jurisprudenciales a los que se ha hecho referencia en los puntos anteriores, la Corte observa que en el sub examine el ISS está vulnerando igualmente los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social del accionante: (i) presentando permanentemente inconsistencias en su historia laboral; (ii) emitiendo respuestas tardías al recurso de apelación interpuesto contra la Resolución

061092 de diciembre 15 de 2009; y (iii) por la actitud negligente de sus empleados, que estando legalmente facultados para exigir coactivamente los aportes que no se habían hecho por parte del empleador, no lo hicieron y obstruyeron el proceso hacia la adquisición de la pensión del accionante. La cadena de dudas que deja la información que ha manejado el ISS en este caso alertan a la Corte para que se conceda el amparo solicitado contra esta entidad y ante la afirmación reiterada y constante del accionante en el cumplimiento de sus requisitos legales para adquirir la pensión de vejez, deberá ordenarse que nuevamente se estudie la historia laboral del señor Fernando Marín Álvarez para determinar lo concerniente a su derecho pensional, teniendo en cuenta los argumentos expuestos en esta sentencia.

III. DECISION

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

RESUELVE

Primero.- LEVANTAR los términos que se habían suspendido mediante auto de dos de mayo de 2011.

Segundo.- REVOCAR las sentencias objeto de revisión dictadas por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca y por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. En su lugar, conceder el amparo a los derechos a la seguridad social y mínimo vital del señor Fernando Marín Álvarez.

Tercero.- ORDENAR a la Fiscalía General de la Nación que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, deje sin efecto la Resolución No. 1568 de octubre 22 de 2008, e inaplique exclusivamente para este caso, las normas que establecen como edad de retiro forzoso la edad de 65 años para el señor Fernando Marín Álvarez. En consecuencia, debe iniciar las diligencias para reintegrarlo al cargo que desempeñaba en esa Institución o a uno equivalente, hasta tanto el ISS realice un nuevo estudio de la historia laboral del accionante y se pronuncie de fondo con respecto a la solicitud de su pensión de jubilación.

Cuarto.- ORDENAR al Instituto de Seguros Sociales que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, deje sin efecto las resoluciones números 042384 de 14 de septiembre de 2009; 046852 de 6 de octubre de 2009; 61092 de 15 de diciembre de 2009 y 02180 de 31 de mayo de 2010. En consecuencia, atendiendo los argumentos de esta sentencia, realice un nuevo estudio de la historia laboral del accionante teniendo en cuenta todos los tiempos laborados y se pronuncie de fondo sobre su derecho pensional.

Quinto.- Por Secretaría General, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

Secretaria General

1 Cfr. T-391 de agosto 19 de 1997, y T-232 del 6 de marzo de 2008.

2 “Cfr. T-883 de agosto 9 de 2001.”

3 “En este sentido, sentencias T-308 de 1995, T-145 de 1995, T-091 de 1996, T-001 de 1997, entre muchas otras.”

4 “ Sentencia T-149 de 1995.”

5 "Sentencia T-308 de 1995. "

6 "Sentencia T-443 de 1995."

7 "Sentencia T-001 de 1997."

8 "T- 089 de 8 de febrero de 2007."

9 "T-276 de abril 19 de 2010."

10 "Sentencia T-184 de 2005."

11 "Sentencias T-1215/03, T-721/03, T-184/05. También las sentencias T-308 de 1995, T-145 de 1995, T-091 de 1996, T-001 de 1997. "

12" Sentencia T-721/03."

13 "Sentencias T-149/95, T-566/01, T-458 de 2003, T-919/03 y T-707/03."

14 "Sentencia SU-388/05."

15 T-1104 de noviembre 6 de 2008

16 Ver Sentencia C-531 de 1995

17 Ver Sentencia C-351 de 1995.

18 Ver sentencia C-563 de 1997.

19 Ver la Sentencia T-016 de 2008.

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

21 Cfr. T-165 de 2003: "Sea porque el empleador no descontó las semanas del salario del trabajador, o bien porque habiéndolas descontado, nunca las trasladó al Instituto, en todo caso, la responsabilidad por éstas semanas no recae sobre el actor."

Corte Constitucional Sentencia T-012 de 2009.

22 Aplicando el mismo criterio y como medida de acción afirmativa, la Corte ordenó en la sentencia SU 446 de 2011 que las personas a las que les faltasen tres años o menos para pensionarse a la fecha en la que se expidió el acuerdo 007 de 2008 (por medio del cual se integra el registro de elegibles de cargos en la Fiscalía General de la Nación) deben procurarle o una nueva vinculación si salieron de la entidad o si son plazas provisionales que deben terminarse, que sean los últimos en ser desvinculados, ello atendiendo principios de igualdad material propios del Estado Social de derecho.

24 T-487 de 2010.