

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

El marco constitucional de los servidores públicos está regido por el capítulo segundo del título quinto de la Carta, el cual, en líneas generales, define quiénes son servidores públicos, establece algunas exigencias para acceder a la función pública, determina su responsabilidad, fija algunas prohibiciones y precisa su sistema de nombramiento. Asimismo, el artículo 125 superior señala que el retiro de los cargos de carrera se hará “por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley”. Pues bien, la llegada a la edad de retiro forzoso es una de aquellas causales previstas en la ley a las que se refiere la Constitución. En este sentido, el literal g de la Ley 909 de 2004 prescribe que el retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce por el arribo a la edad de retiro forzoso. Pero, ¿cuál es la edad de retiro forzoso? El artículo 31 del Decreto 2400 de 1968, aplicable al personal civil que presta sus servicios en los empleos de la rama ejecutiva del poder público, dispone que “[t]odo 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”. En concordancia con este precepto, el artículo 122 del Decreto 1950 de 1973 asegura que “[l]a edad de sesenta y cinco (65) años constituye impedimento para desempeñar cargos públicos”. Si bien aparentemente la consagración de una edad de retiro forzoso supone prima facie un menoscabo al derecho al trabajo y, en consecuencia, al mínimo vital que está compuesto por la remuneración percibida por los servicios prestados, la Corte Constitucional ha hallado que esta causal de retiro de la función pública resulta proporcional a los fines constitucionales cuyo logro persigue. En tal sentido, este Tribunal adujo en sentencia C-563 de 1997 que “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 (sic) 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”. En la misma providencia referenciada, se resaltó que la fijación de la edad de 65 años como razón suficiente para el retiro forzoso de cargos públicos sometidos al régimen de carrera administrativa “no vulnera el derecho fundamental al mínimo vital (C.P., artículo 1º). En efecto, la restricción impuesta a los servidores públicos que cumplen la edad de retiro forzoso es 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), lo cual deja a salvo la integridad del indicado derecho fundamental”. En suma, el establecimiento de una edad de retiro forzoso para los servidores públicos, en abstracto, no contraviene los mandatos constitucionales, en tanto materializa el principio de igualdad de oportunidades en el acceso a los cargos públicos, cristaliza el derecho al trabajo de los ciudadanos que aspiran a desempeñarse como trabajadores al servicio del Estado y respeta el derecho al mínimo vital del servidor que alcanza la edad de retiro forzoso, pues su expulsión del cargo se remedia con la adquisición de derechos derivados del sistema de seguridad social en pensiones. Así pues, la fijación de una edad de retiro goza de fines constitucionalmente legítimos y la afectación que ella acarrea al servidor público es razonable, dada la compensación que éste recibe en materia pensional.

EDAD DE RETIRO FORZOSO-Aplicación razonable atendiendo a una valoración de las condiciones particulares del trabajador

EDAD DE RETIRO FORZOSO DE CARGOS PUBLICOS-Regulación/EDAD DE RETIRO FORZOSO-Desarrollo legislativo en relación con la pensión de vejez

EDAD DE RETIRO FORZOSO-Reiteración de jurisprudencia/SERVIDOR PUBLICO-Inclusión en nómina de pensionados para efectos de retiro forzoso

RETIRO DE SERVIDORES PUBLICOS CUANDO CUMPLEN LA EDAD DE RETIRO FORZOSO Y NO HAN DEFINIDO SU SITUACION PENSIONAL-Vulneración de derechos fundamentales

DERECHO FUNDAMENTAL AL MINIMO VITAL-Reiteración de jurisprudencia

ACCION DE TUTELA-Reintegro al cargo de empleado público retirado del servicio por cumplimiento de la edad de retiro forzoso, sin que se hubiere reconocido la pensión de jubilación

Referencia: expediente T-3.433.948

Acción de tutela instaurada por Pedro Pablo Carcamo Arrieta contra el Municipio de Barrancabermeja.

Magistrada Ponente (E):

ADRIANA MARÍA GUILLÉN ARANGO

Colaboró: Sebastián Lalinde Ordóñez.

Bogotá D.C., agosto veinticuatro (24) de dos mil doce (2012).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, JORGE IVÁN PALACIO PALACIO y ADRIANA MARÍA GUILLÉN ARANGO, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión del fallo dictado, en primera y única instancia, por el Juzgado Quinto Civil Municipal de Barrancabermeja el veinticinco (25) de enero de dos mil doce (2012), dentro de la tutela presentada por Pedro Pablo Carcamo Arrieta contra el Municipio de Barrancabermeja.

I. ANTECEDENTES.

El ciudadano Pedro Pablo Carcamo Arrieta promovió acción de tutela el dieciséis (16) de enero de dos mil doce (2012) contra el Municipio de Barrancabermeja, con la finalidad de obtener la protección de sus derechos fundamentales a la seguridad social, al trabajo, a la igualdad y a la vida digna, que habrían sido vulnerados como consecuencia de los siguientes:

1. Hechos.

1.1. El actor aseguró haber nacido el 26 de octubre de 1944.

1.2. El petente narró que “[d]urante mucho tiempo estuve vinculado como empleado público temporal y contratista de la administración municipal, desempeñando labores de sepulturero en el Parque Cementerio la Resurrección”¹ y que en el año 2011 “fui vinculado en provisionalidad al momento de efectuar una creación de cargos”².

1.3. Agregó que “se me informó que no podía continuar en la labor por cuanto había llegado a la edad de retiro forzoso”³.

1.4. La parte demandante advirtió que “[d]e mis labores me sustento yo y mi esposa la señora María Dilia Echeverry y mi menor hijo de 8 años, Gabriel Eduardo Carcamo Echeverry”⁴.

1.5. Finalmente, el accionante señaló que “actualmente estoy tramitando la documental para solicitar mi pensión ante el ISS, de la cual solo me falta recaudar mi registro civil de nacimiento, el cual ya se ha vencido pues tiene más de tres meses de vigencia y por tanto debí solicitarlo nuevamente al Municipio de San Pedro Sucre”⁵.

2. Solicitud de tutela.

Con fundamento en estos hechos, el petente solicitó al juez de tutela que amparara sus derechos a la seguridad social, al trabajo, a la igualdad y a la vida digna y que, en consecuencia, ordenara al Municipio de Barrancabermeja “reintegrarme al cargo que venía desempeñando sin solución de continuidad”⁶ y “mantener mi contrato laboral mientras se resuelve afirmativamente mi solicitud pensional”⁷.

3. Intervención de la parte demandada.

En el auto admisorio de la acción de tutela, el juez de primera instancia requirió a la parte demandada para que rindiera un informe sobre los hechos y las peticiones de la demanda.

En cumplimiento de este auto, el Municipio de Barrancabermeja, por intermedio de la Oficina Asesora Jurídica, contestó la demanda de tutela.

3.1. En primer lugar, el Municipio de Barrancabermeja subrayó que “la vinculación laboral del señor CARCAMO ARRIETA, fue en calidad de empleado público en provisionalidad, [...] empleo que en la actualidad está siendo sometido a concurso ante la Comisión Nacional de Servicio Civil”⁸ (mayúsculas tomadas del texto original).

3.2. Adicionalmente, la autoridad accionada expuso que “[e]l nombramiento en provisionalidad se dio por el término de seis meses, es decir hasta el día 15 de octubre de 2011, periodo en el cual se esperaba fuera surtido el cargo por un nombramiento en propiedad a través del concurso de meritos (sic)”⁹.

3.3. Posteriormente, arguyó que “se percató que el aquí tutelante había cumplido la edad de 67 años (2011), significando con ello que en este año ya había superado la edad de retiro que es a los 65 años por ley de qué (sic) habla el artículo 122 del Decreto 1950 de 1973”¹⁰.

3.4. Seguidamente, la parte demandada indicó que por el simple hecho de haber terminado la provisionalidad del empleo del actor y no haberlo contratado nuevamente debido a que había alcanzado la edad de retiro forzoso, no se desprende violación a ningún derecho fundamental. Así pues, “EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD SOCIAL no se le [ha] vulnerado, toda vez que durante su vinculación se realizaron todas y cada una de las obligaciones legales que tiene el empleador en cuanto a los aportes fiscales y parafiscales, así como la afiliación en el sistema de seguridad social y pensiones [...], por lo tanto la seguridad social no ha sido un derecho vulnerado por este Ente Territorial”¹¹ (mayúsculas tomadas del texto original).

3.6. A su vez, el ente demandado aclaró que “a quien el tutelante debe solicitarle se le reconozca su pensión de jubilación siempre y cuando reúna los requisitos de ley es a la entidad cotizante que en este caso es el seguro social y de no acreditarlos pues no le

quedará otro camina (sic) que solicitar la indemnización sustitutiva de pensión”¹³.

3.7. En conclusión, la autoridad demandada ruega que la acción de tutela sea declarada improcedente, “toda vez que no se le ha vulnerado derecho fundamental alguno al accionante”¹⁴.

II. PRUEBAS RELEVANTES QUE OBRAN EN EL EXPEDIENTE.

1. Pruebas aportadas por la parte demandante.

A pesar de que en la demanda de tutela se enumeran algunas pruebas documentales, estas no fueron efectivamente aportadas y, por lo tanto, no reposan en el expediente.

2. Pruebas aportadas por la parte demandada.

2.1. Resolución N° 3174 del 25 de noviembre de 2011, por medio de la cual la Secretaría General de la Alcaldía Municipal de Barrancabermeja ordenó el pago de \$2.043.789.00 a favor de Pedro Pablo Carcamo Arrieta por concepto de prestaciones sociales a las que tiene derecho por sus servicios prestados en el cargo de Auxiliar de Servicios Generales Grado 3 que desempeñó desde el 15 de abril de 2011 hasta el 14 de octubre de 2011 (cuaderno 1, folio 18)

2.2. Resolución N° 0864 del 15 de abril de 2011 de la Secretaría General de la Alcaldía Municipal de Barrancabermeja, a través de la cual se nombra “como empleado público provisional en el cargo de Auxiliar de Servicios Generales grado 03 código 470, nivel asistencial, al señor PEDRO PABLO CARCAMO ARRIETA”¹⁵ (mayúsculas tomadas del texto original). Además, en este acto administrativo se señala que “[e]l presente nombramiento en provisionalidad tiene duración no superior a seis (6) meses o si antes de este periodo, se surte el cargo a través de concurso de meritos (sic) o se toma otra decisión administrativa al respecto”¹⁶ (cuaderno 1, folios 19-20).

2.3. Acta de posesión N° 0034 en la que consta que el 15 de abril de 2011 Pedro Pablo Carcamo Arrieta tomó posesión del cargo de Auxiliar de Servicios Generales Grado 03 Código 470, con funciones de sepulturero (cuaderno 1, folio 21).

3. Prueba decretada de oficio por el juez de primera instancia.

Mediante auto del 16 de enero de 2012, el Juzgado Quinto Civil Municipal de Barrancabermeja, autoridad judicial de primera instancia en este trámite de tutela, decretó la práctica de una declaración al señor Pedro Pablo Carcamo Arrieta para que ampliara los hechos de la presente acción.

Así pues, el 17 de enero de 2012 el Juzgado Quinto Civil Municipal de Barrancabermeja adelantó audiencia pública en la que recogió la declaración de Pedro Pablo Carcamo Arrieta bajo la gravedad del juramento. En esta declaración, el accionante aseveró que “[l]o que quiero es que me reintegren en el puesto para completar mi tiempo de pensión, estoy cotizando en el Seguro Social, empecé a trabajar en el Municipio desde el 2001, me daban contrato cada dos meses, casa (sic) seis meses, eran contratos seguidos, el último contrato era como público y estaba de mayo a octubre de 2011, de ahí se me terminó el contrato y no me volvieron a dar mas (sic) contratos, por la edad, me dijeron que pasaba de los 65 años y no me podían dar mas (sic) contratos y según los abogados del Municipio me faltan como 78 semanas para completar la pensión y no me dan trabajo en otra parte”¹⁷ (mayúsculas tomadas del texto original). Igualmente, expresó que no cotiza para pensión desde que cesó su trabajo con la Alcaldía. Finalmente, afirmó que “[m]i señora y un niño de 8 años, dependen de mí, y ahora que no trabajo, me rebusco en lo que pueda, voy al puerto a ayudar a vender pescados, y lo que pueda hacer, mi señora a veces plancha pero es esporádico”¹⁸ (cuaderno 1, folios 12-13).

4. Pruebas solicitadas por la Corte Constitucional.

4.1. Mediante auto del 25 de julio de 2012, la Sala de Revisión ordenó que por Secretaría General se oficiase al Municipio de Barrancabermeja con el fin de que informara si actualmente alguna persona se encuentra nombrada en propiedad en el cargo de Auxiliar de Servicios Grado 03 Código 470, con funciones de sepulturero, que desempeñaba Pedro Pablo Carcamo Arrieta.

En cumplimiento de este auto, el Municipio de Barrancabermeja destacó que en el momento está “a la espera de la apertura de nueva convocatoria a concurso de meritos (sic) por parte de la CNSC y así proveer dichos cargos a través de la lista de elegibles”¹⁹.

4.2. Por medio de auto del 25 de julio de 2012, la Sala de Revisión ordenó que por Secretaría General se oficiase al Municipio de Barrancabermeja para que señalara si profirió algún acto

administrativo por medio del cual se desvinculó del servicio a Pedro Pablo Carcamo Arrieta cuando éste alcanzó la edad de retiro forzoso y, en caso de existir tal acto administrativo, lo anexara a su respuesta.

Es de agregar que el Municipio de Barrancabermeja no adjuntó ningún acto administrativo de retiro, solamente anexó el acto administrativo de nombramiento en provisionalidad por un término máximo de seis meses.

4.3. A través de auto del 25 de julio de 2012, la Sala de Revisión ordenó que por Secretaría General se oficiase a Pedro Pablo Carcamo Arrieta con el objeto de que indicara si ya inició los trámites para el reconocimiento pensional ante la autoridad correspondiente.

Frente a este oficio, el demandante manifestó que “el 18 de febrero de 2009 envié por correo un derecho de petición a la Jefe del Departamento de Pensiones del ISS, la solicitud de reconocimiento de la pensión y/o indemnización sustitutiva a la que tuviera derecho, sin obtener ninguna respuesta”²³. Adicionalmente, anexó copia de la petición dirigida al ISS que corrobora su dicho.

III. DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN.

Mediante sentencia del veinticinco (25) de enero de dos mil doce (2012), el Juzgado Quinto Civil Municipal de Barrancabermeja, actuando como autoridad judicial de primera instancia, resolvió denegar la acción de amparo con sustento en que “la indemnización sustitutiva es una posibilidad que tiene el trabajador en caso de que no pueda, por ninguna vía, seguir cotizando al sistema de pensiones”²⁴.

A su vez, el a quo advirtió que la pretensión del demandante “consiste en obtener el reintegro a la labor desempeñada en el Municipio [...] con el fin de completar las semanas que le hacen falta para obtener su pensión de jubilación. Sin embargo, de las pruebas que obran en el expediente de tutela, se determina que el señor CARCAMO ARRIETA, no ha iniciado ninguna diligencia ante la entidad donde ha venido cotizando. Así mismo, el actor no presentó ninguna acción pertinente para debatir actos administrativos, por lo que la acción de tutela no puede interponerse para subsanar su falta de diligencia, no es dable desde

ningún punto de vista, que los usuarios acudan a la vía constitucional sin haber hecho el más mínimo trámite administrativo”²⁵ (mayúsculas tomadas del texto original).

Finalmente, el juez de primera instancia resaltó que “no se encuentra probada la existencia de un perjuicio con consecuencias irremediables, que hagan procedente la tutela de manera transitoria²⁶.

Esta sentencia no fue impugnada por ninguna de las partes procesales.

IV. ACTUACIÓN SURTIDA EN LA CORTE CONSTITUCIONAL.

En virtud del numeral segundo del auto del 25 de julio de 2012, la Sala de Revisión ordenó al Municipio de Barrancabermeja, como medida provisional, abstenerse de nombrar en propiedad a alguna persona en el cargo de Auxiliar de Servicios Grado 03 Código 470, con funciones de sepulturero, que desempeñaba Pedro Pablo Carcamo Arrieta. La finalidad de esta medida fue evitar la lesión de derechos de terceras personas que podrían verse afectadas con la decisión que eventualmente tome esta Corte, situación que podría incitar la interposición de acciones judiciales.

Frente a la medida provisional decretada, el Municipio de Barrancabermeja señaló que “[s]e acatara (sic) la decisión de la Corte Constitucional y como efecto se mantendrá la vacancia del empleo público, comunicando esta decisión a la CNSC”²⁷.

V. REVISIÓN POR LA CORTE CONSTITUCIONAL.

1. Competencia.

Esta Corte es competente para conocer del fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y demás disposiciones pertinentes, así como por la escogencia del caso que hizo la Sala de Selección.

2. Consideraciones.

2.1. Problema jurídico y esquema de resolución.

2.1.1. El problema jurídico que este caso le plantea a la Sala es el de definir si el Municipio de Barrancabermeja violó el derecho a la vida digna y si desconoció el mínimo vital del accionante por el hecho de haberlo desvinculado del cargo que detentaba en provisionalidad cuando superó la edad de retiro forzoso, sin que se le hubiese reconocido aún ningún derecho pensional.

2.1.2. Con el objetivo de solucionar este problema jurídico, (i) la Sala recordará la finalidad que cumple la causal de retiro del servicio público por la llegada de los funcionarios a la edad de 65 años y, en segundo término, (ii) presentará los casos tipo reconocidos jurisprudencialmente en los cuales no opera el retiro del servicio por el cumplimiento de la edad de retiro forzoso. En lo sucesivo, (iii) la Sala abordará el precedente atinente al mínimo vital, para, en lo que resta, (iv) resolver el caso concreto.

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

1. El marco constitucional de los servidores públicos está regido por el capítulo segundo del título quinto de la Carta, el cual, en líneas generales, define quiénes son servidores públicos, establece algunas exigencias para acceder a la función pública, determina su responsabilidad, fija algunas prohibiciones y precisa su sistema de nombramiento.

2. Asimismo, el artículo 125 superior señala que el retiro de los cargos de carrera se hará “por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley”. Pues bien, la llegada a la edad de retiro forzoso es una de aquellas causales previstas en la ley a las que se refiere la Constitución. En este sentido, el literal g de la Ley 909 de 2004 prescribe que el retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce por el arribo a la edad de retiro forzoso.

3. Pero, ¿cuál es la edad de retiro forzoso? El artículo 31 del Decreto 2400 de 196828, aplicable al personal civil que presta sus servicios en los empleos de la rama ejecutiva del poder público, dispone que “[t]odo 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”²⁹.

En concordancia con este precepto, el artículo 122 del Decreto 1950 de 1973 asegura que “[l]a edad de sesenta y cinco (65) años constituye impedimento para desempeñar cargos públicos”.

4. Si bien aparentemente la consagración de una edad de retiro forzoso supone prima facie un menoscabo al derecho al trabajo y, en consecuencia, al mínimo vital que está compuesto por la remuneración percibida por los servicios prestados, la Corte Constitucional ha hallado que esta causal de retiro de la función pública resulta proporcional a los fines constitucionales cuyo logro persigue.

En tal sentido, este Tribunal adujo en sentencia C-563 de 1997³⁰ que “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 (sic) 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”.

En la misma providencia referenciada, se resaltó que la fijación de la edad de 65 años como razón suficiente para el retiro forzoso de cargos públicos sometidos al régimen de carrera administrativa “no vulnera el derecho fundamental al mínimo vital (C.P., artículo 1°). En efecto, la restricción impuesta a los servidores públicos que cumplen la edad de retiro forzoso es 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), lo cual deja a salvo la integridad del indicado derecho fundamental”.

5. En suma, el establecimiento de una edad de retiro forzoso para los servidores públicos, en abstracto, no contraviene los mandatos constitucionales, en tanto materializa el principio de igualdad de oportunidades en el acceso a los cargos públicos, cristaliza el derecho al trabajo de los ciudadanos que aspiran a desempeñarse como trabajadores al servicio del Estado y respeta el derecho al mínimo vital del servidor que alcanza la edad de retiro forzoso, pues su expulsión del cargo se remedia con la adquisición de derechos derivados del sistema de seguridad social en pensiones. Así pues, la fijación de una edad de retiro goza de fines constitucionalmente legítimos y la afectación que ella acarrea al servidor público es razonable, dada la compensación que éste recibe en materia pensional.

ii) Permanencia en el servicio público, pese al cumplimiento de la edad de retiro forzoso.

1. Aunque el establecimiento de una edad de retiro forzoso se aviene a los contenidos constitucionales, como lo ha indicado la Corte en sede de control abstracto de constitucionalidad, tal como se señaló en el capítulo precedente, su aplicación no es automática y literal, sino que, según ha sido sentado en sede de control concreto de constitucionalidad, debe consultar el estado de la situación pensional del servidor público, de forma tal que el retiro forzoso no riña con la protección especial que el Estado social le debe a las personas de la tercera edad y no frustre su derecho a una vida digna, derecho que supone unos ingresos económicos suficientes para satisfacer el mínimo vital. Luego, únicamente si se tienen en cuenta las circunstancias especiales del servidor que cumplió la edad de retiro forzoso, el retiro es compatible con la Constitución.

2. En efecto, así se puede apreciar en la sentencia T-012 de 200931 en la cual se aceptó que “si bien la fijación de una edad de retiro como causal de desvinculación del servicio es constitucionalmente admisible, su aplicación debe ser razonable de tal manera que, en cada caso concreto, responda a una valoración de las especiales circunstancias de los trabajadores, toda vez que ella no puede producir una vulneración de sus derechos fundamentales, máxime teniendo en cuenta que se trata de personas de la tercera edad, y que por esa causa merecen una especial protección constitucional. De otra forma, una

aplicación objetiva de la medida, sin atender a las particularidades de cada situación, tendría un efecto perverso para sus destinatarios, porque podría desconocer las garantías fundamentales de los trabajadores, en razón a que se les privaría de continuar trabajando y percibiendo un ingreso, sin que su solicitud de pensión hubiese sido decidida de fondo, avocándolos inclusive de manera eventual a una desprotección en lo relacionado con su servicio de salud”.

3. En este contexto, la regla construida por la doctrina constitucional es que el retiro de los servidores públicos cuando cumplen la edad de retiro forzoso y no han definido aún su situación pensional es contrario a la Constitución.

4. Ahora bien, los orígenes a partir de los cuales la Corte extrajo esta regla jurisprudencial se encuentran en el artículo 124 del Decreto 1950 de 1973, por una parte, y en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, por otra.

5. De acuerdo con la primera norma, “[a]l 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”.

Fundada en la norma transcrita, la sentencia T-865 de 2009 expresó que “[e]l 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 para él el 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”.

6. Por otra parte, según el párrafo 3° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, “[s]e 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”. A su turno, esta disposición fue declarada exequible en sentencia C-1037 de 2003, “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”.

7. Bajo las condiciones descritas, la línea jurisprudencial trazada por esta Corporación reclama que los servidores públicos no deben ser retirados de su cargo hasta tanto no hayan sido efectivamente incluidos en la nómina de pensionados³², puesto que así se resuelve la tensión entre el deber del Estado de retirar del servicio a quien haya cumplido la edad de retiro y el imperativo de defender el derecho al mínimo vital de los servidores públicos, en consideración a que el salario es sustituido por la pensión.

Pues bien, la inclusión en la nómina de pensionados presupone que se haya solicitado a la entidad que corresponda la pensión. Esta solicitud puede ser elevada, en primer lugar, por el servidor público que alcanzó la edad de retiro forzoso. A su turno, el empleador también está facultado para presentar esta solicitud, pues de no ser así el Estado vería truncado el cumplimiento de su deber de retirar del servicio a quien alcance la edad de retiro forzoso cuando éste no gestiona directamente su pensión. En este sentido, el parágrafo 3° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 prescribe que “[t]ranscurridos 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”. Por lo demás, esta proposición normativa rige no sólo para los trabajadores privados sino también para los servidores públicos afiliados al sistema general de pensiones, como ella misma lo prevé³³.

8. No obstante lo anterior, también puede ocurrir que el servidor público que alcance la edad de retiro forzoso (i) no cumpla con los requisitos legales para ser acreedor de una pensión o (ii) que haya dudas sobre el cabal cumplimiento de tales exigencias. Ante estas circunstancias, el juez constitucional no debe ordenar el reintegro hasta tanto el servidor sea incluido en nómina de pensionados porque es posible que nunca sea incluido y, de ese modo,

permanezca indefinidamente en el servicio frustrando los fines constitucionales que pretende lograr el fenómeno jurídico de la edad de retiro forzoso.

Una solución en la dirección de ordenar que la persona sea retirada sólo cuando complete los requisitos para pensionarse³⁶, conduciría a resultados perversos, pues ello incentivaría la discriminación en el ingreso a la función pública de personas que no hayan cotizado al sistema de seguridad social un número significativo de semanas o que no hayan ahorrado un capital importante en los fondos de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad, en abierta oposición al artículo 13 de la Carta. Igualmente, la inauguración de un precedente en el sentido de no retirar a los servidores públicos hasta tanto no hayan reunido la totalidad de los requisitos para acceder a una pensión, se insiste, da al traste con dos de las finalidades constitucionales de la fijación de una edad de retiro forzoso, a saber: la renovación de la planta de personal a cargo de funciones públicas, fin que, a su vez, desarrolla el principio de igualdad de oportunidades en el acceso a los cargos públicos de todos los ciudadanos interesados en ocuparlos.

En lo que al segundo escenario hace -que haya dudas sobre el cabal cumplimiento de las exigencias legales para la pensión- y dado que en dicho caso la Corte no estudia si el demandante en tutela cumple o no con los requisitos para pensionarse, es decir que la Corte no cuenta con los elementos de juicio suficientes que le permitan inferir con certeza que el accionante será beneficiado con el reconocimiento de una pensión de vejez, su decisión no va más allá de ordenar el reintegro hasta que la entidad obligada a reconocer y pagar los derechos pensionales no resuelva de fondo la solicitud pensional³⁷, resolución que, naturalmente, puede reconocer o no la pensión.

9. Recogiendo lo expuesto, el precedente de la Corte ha sido reiterado en señalar que el retiro del servidor público que cumple la edad de retiro forzoso está condicionado a la determinación de su situación pensional, bien sea que ésta se defina a través de una pensión o de una indemnización sustitutiva, solución que concilia perfectamente el deber estatal de retirar a la persona que cumple determinada edad fijada por la ley y el derecho de ésta al mínimo vital.

iii) El derecho fundamental al mínimo vital.

1. El derecho al mínimo vital responde a una elaboración jurisprudencial que envuelve

múltiples preceptos condensados en la Constitución. Por una parte, se asoma el principio de la dignidad humana, eje fundacional, entre otros, sobre el que se construye el Estado (art. 1° de la Constitución). Por otro lado, la Constitución brinda una protección especial a la vida al declarar en su artículo 11 que ella constituye un derecho.

2. Ahora bien, la Corte ha conjugado estas dos disposiciones y ha concluido que el derecho a la vida “no hace relación exclusivamente a la vida biológica, sino que abarca también las condiciones de vida correspondientes a la dignidad intrínseca del ser humano”³⁸.

3. Igualmente, estas condiciones de vida digna, que la Corte también ha denominado condiciones decorosas de vida³⁹, se corresponden con la satisfacción de necesidades básicas, como lo son la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la recreación y la atención en salud, elementos que, en términos generales, están permeados por el principio de onerosidad.

4. Conjuntamente, la cobertura y financiación de estas necesidades demanda de unos ingresos económicos suficientes, a los cuales se les ha acuñado el nombre de mínimo vital y los cuales han servido de justificación para que judicialmente se reconozcan derechos económicos y sociales. Así las cosas, el mínimo vital está compuesto por la porción de los ingresos de las personas destinada a atender dichas necesidades categóricas⁴⁰, a la vez que funge como núcleo esencial de los derechos económicos y sociales.

5. En lo que a su protección judicial atañe, el juez de tutela debe reconocer que el mínimo vital es un concepto cuya valoración es subjetiva en la medida en que su contenido se define en cada caso concreto y no de manera abstracta, ya que las necesidades que las personas deben atender no son las mismas y dependerán del número de individuos que tengan a su cargo, de su ubicación en la escala social, de las enfermedades que padezcan y cuyo tratamiento deban sufragar, etc. Por esta razón es que la Corte ha sido enfática en precisar que el mínimo vital no se corresponde con una noción cuantitativa sino cualitativa⁴¹.

6. A la par, el juez de tutela debe comprobar, a fin de acreditar la vulneración del derecho al mínimo vital, que “(i) el salario o mesada sea el ingreso exclusivo del trabajador o pensionado o existiendo ingresos adicionales sean insuficientes para la cobertura de sus necesidades 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”⁴².

iv. Caso concreto.

Corresponde ahora a la Sala examinar el caso concreto para determinar si el Municipio de Barrancabermeja violó los derechos a la vida digna y al mínimo vital del accionante por el hecho de haberlo desvinculado del cargo que estaba desempeñando en provisionalidad cuando superó la edad de retiro forzoso, sin que se le hubiese reconocido aún ningún derecho pensional.

En esencia, el caso que convoca a la Sala en esta oportunidad es el del retiro de una persona en edad de retiro forzoso de un cargo de carrera, en el cual había sido nombrada en provisionalidad. Es de advertir que, en el momento, se está adelantando el respectivo concurso de méritos para efectos de hacer un nombramiento en propiedad en tal cargo. Adicionalmente, el actor no ha iniciado ningún trámite tendiente a que se le reconozca la pensión de vejez, con el agravante de que, al parecer, la densidad de semanas cotizadas no es suficiente para acceder a tal prestación económica.

1. Sea lo primero abordar la discusión sobre la procedibilidad de la tutela en este asunto en particular. En efecto, la tutela no procede cuando existe otro mecanismo de defensa judicial, salvo que su uso esté destinado a evitar un perjuicio irremediable, según el artículo 86 de la Constitución. Pues bien, el caso acá examinado no involucra ningún acto administrativo de retiro que sea susceptible de demandarse ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa (ver supra 3.2 y 3.4 de los antecedentes). El único acto administrativo visible en el expediente es la Resolución N° 0864 del 15 de abril de 2011 (ver supra 2.2 del acápite de pruebas) por medio de la cual se nombró al señor Carcamo Arrieta en provisionalidad por una “duración no superior a seis (6) meses o si antes de este periodo, se surte el cargo a través de concurso de meritos (sic) o se toma otra decisión administrativa al respecto”⁴³.

Aun más, la Sala de Revisión le solicitó al Municipio de Barrancabermeja, por medio de auto, que informara si había expedido algún acto administrativo retirando al petente. Frente a dicha solicitud, el Municipio de Barrancabermeja refirió que el nombramiento se realizó por seis meses y no allegó ningún acto administrativo diferente al de nombramiento por aquel término fijo de seis meses (ver supra 4.2 del acápite de pruebas)

Desde este prisma, la autoridad accionada entendió que no había lugar a la expedición de un acto de retiro, debido a que los seis meses dispuestos en el acto de nombramiento se habían agotado.

La conclusión alrededor del tema de la procedibilidad es, entonces, que la acción tutela es la única vía de la que dispone el demandante para exigir el respeto de sus derechos fundamentales, habida cuenta de que el Municipio de Barrancabermeja no profirió ningún acto administrativo de retiro que pueda ser controvertido administrativa y judicialmente, luego para la Sala no hay duda de que la tutela objeto de estudio es procedente.

Con todo y eso, en el caso remoto de que existiese un acto demandable en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la tutela sería igualmente procedente, dado que los requisitos de procedibilidad de la acción constitucional se flexibilizan cuando se trata de personas de especial protección constitucional como lo son los menores de edad. Esta dinámica se ajusta al caso sub examine, debido a que el salario que percibía el demandante era la única fuente de ingresos económicos de su núcleo familiar que está integrado por un niño de 8 años (ver supra 3 del acápite de pruebas). Desde luego que el trabajo informal que desempeña actualmente el señor Carcamo Arrieta vendiendo pescados (ver supra 3 del acápite de pruebas) no provee ingresos suficientes para suplir las necesidades de una persona en crecimiento y en formación que no puede valerse por sí mismo. Las exigencias de procedibilidad se atenuarían también si se toma en consideración la avanzada edad del petente (ver supra 1.1 de los antecedentes). Por este motivo la acción de tutela sería, de todos modos, procedente aun habiéndose dictado un acto administrativo.

2. En lo que a la cuestión sustancial obedece, la Sala observa que el señor Carcamo Arrieta fue expulsado de su cargo por llegar a la edad de retiro forzoso, así este motivo no conste en un acto administrativo de retiro. Por lo demás, el retiro no precisó del hecho de que su estatus pensional no había sido definido aún, circunstancia que no se compadece con la jurisprudencia sentada de forma reiterada por esta Corporación (ver supra ii 9 de las consideraciones).

Desde esta óptica, la no definición de la situación pensional del accionante conlleva a una lesión a su derecho al mínimo vital, una vez que su salario es el único ingreso del que dependen él, su cónyuge y su hijo menor de edad, tal como lo afirmó bajo la gravedad del

juramento en su declaración rendida ante el a quo (ver supra 3 del acápite de pruebas). En este contexto, el no reconocimiento de algún derecho pensional al actor que compense los ingresos provenientes de su salario, golpea el imperativo constitucional de garantizar una vida en condiciones dignas (ver supra iii 2 y 3 de las consideraciones).

Igualmente, valora la Sala que los escasos recursos que puedan adquirir el señor Carcamo Arrieta y su señora gracias a unos trabajos informales como los son ir “al puerto a ayudar a vender pescados”⁴⁴ y planchar esporádicamente, tal como lo destacó la parte demandante en su declaración practicada en el curso de la primera instancia de este proceso (ver supra 3 del acápite de pruebas), no son suficientes para suplir las necesidades básicas de una familia que, además, incluye a un menor de edad a quien se le debe una protección especial en virtud del artículo 44 superior (ver supra iii 5 y 6 de las consideraciones).

Por las razones anotadas, la Sala amparará los derechos al mínimo vital y a una vida digna del señor Carcamo Arrieta a través de una orden de reintegro al cargo que venía desempeñando en el Municipio de Barrancabermeja o a uno equivalente.

Lo que ahora se pregunta la Sala es hasta cuándo debe permanecer vigente el reintegro. Por supuesto, esta respuesta dependerá del cumplimiento o no de los requisitos para que el tutelante se haga acreedor de una pensión de vejez, circunstancia que no está respaldada probatoriamente y que, por ende, reclama que la Sala plantee tres escenarios diferentes que suponen vigencias del reintegro disímiles.

En primer lugar, la Sala no puede descartar, sin contar con los elementos de juicio suficientes para ello, que el demandante cumpla en la actualidad con los requisitos para acceder a una pensión de vejez, a pesar de que en su declaración juramentada así lo señaló de forma intuitiva (ver supra 3 del acápite de pruebas), puesto que esta manifestación no está fundamentada en el examen de las normas pensionales aplicables y en su historia laboral. Así las cosas, (i) esta primera hipótesis -que el actor cumpla con los presupuestos para que le sea concedida una pensión- exige, como se ordenará en la parte resolutive de esta sentencia, que el reintegro se mantenga vigente hasta tanto el señor Carcamo Arrieta sea incluido en nómina de pensionados, además de que el ente territorial demandado deberá apoyarlo y asesorarlo en los trámites tendientes a obtener dicha prestación o, incluso, podrá solicitarla en su nombre si éste no lo hace, de conformidad con el artículo 33 de la Ley 100

de 1993 (ver supra ii 7 de las consideraciones).

En segundo término, es posible que el señor Carcamo Arrieta efectivamente no complete las exigencias legales que se demandan para la causación del derecho a la pensión de vejez, entonces la solución a su situación pensional se resolvería por el camino de la indemnización sustitutiva. Sin embargo, la Corte ha aducido que las personas pueden elegir seguir trabajando para completar los requisitos para la pensión de vejez y desechar así la opción de la indemnización sustitutiva, de forma tal que la Sala no puede arrebatarse esta potestad al actor (ver supra ii 8 de las consideraciones).

Siguiendo esta línea de argumentos, la Sala también ordenará al Municipio de Barrancabermeja reintegrar al demandante al cargo que venía desempeñando o a uno de la misma categoría para que manifieste por escrito, dentro de un término prudencial, el cual se considera como un (1) mes⁴⁵, (ii) si opta por seguir cotizando al sistema de pensiones hasta alcanzar el número de semanas exigidas por la ley dentro de su régimen específico, caso en el cual el Municipio no está obligado a mantenerlo en el cargo; o, (iii) si se encuentra en la imposibilidad de seguir aportando al régimen pensional y decide libremente optar por la solicitud de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, caso en el cual la entidad accionada deberá apoyarlo en los trámites tendientes a obtener dicho reconocimiento y sólo podrá desvincularlo cuando efectivamente se produzca el pago de la prestación económica referida (ver supra ii 8 de las consideraciones).

De esta manera pues, si el tutelante elige la tercera opción, pero no solicita la indemnización sustitutiva a la entidad competente, la autoridad accionada podrá solicitarla por él, en aplicación analógica del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 (ver supra ii 7 de las consideraciones).

En contraste, si bien es verdad que el actor escogió el reconocimiento de la indemnización sustitutiva en caso de no cumplir con los requisitos para acceder a la pensión de vejez, como se evidencia en la petición que el 18 de febrero de 2009 envió al ISS (ver supra 4.3 del acápite de pruebas), de allí no es plausible deducir que sea superfluo concederle la opción de que decida si continúa cotizando al sistema de seguridad social en pensiones. Ello se explica con el hecho de que la elección de la indemnización sustitutiva se realizó el 18 de febrero de 2009, es decir, mucho tiempo antes de que el petente fuese nombrado en provisionalidad en

el cargo de Auxiliar de Servicios Grado 03 Código 470 (15 de abril de 2011) y fuese retirado del mismo (14 de octubre de 2011). Si esto es así, significa que el señor Carcamo Arrieta contó con más de dos años para seguir realizando cotizaciones al sistema de pensiones, lo cual pudo haberlo acercado más al número de semanas exigidas para que le sea reconocida la pensión, de modo que es previsible que actualmente se incline por seguir cotizando al sistema hasta alcanzar el monto de semanas faltantes y así acceder a una pensión de vejez. Además, la supuesta elección que ya realizó el señor Carcamo Arrieta el 18 de febrero de 2009 no se ha perfeccionado y, por tanto, puede retrotraerse, como sea que la petición al ISS fue enviada por correo, sin que obre prueba de que el destinatario la haya recibido, y tomando en consideración que el ISS no ha emitido ninguna respuesta al respecto después de transcurrido más de tres años.

Por último, la Sala evidencia que el retiro del señor Carcamo Arrieta no operó como consecuencia de que el concurso de méritos para proveer el cargo que él detentaba hubiese finalizado y que se hubiese nombrado a alguien en propiedad, comoquiera que ninguna de estas dos situaciones ha tenido lugar (ver supra 4.1 del acápite de pruebas), de forma tal que la orden de reintegro que acá se dicta no tiene la virtualidad de afectar los derechos adquiridos de las personas eventualmente incluidas en la lista de elegibles o de la persona eventualmente nombrada en propiedad, escenario que implicaría un pronunciamiento de la Sala acerca de los derechos de las personas referidas.

Hipotéticamente, si el retiro del demandante fuese efecto de que el concurso de méritos hubiese concluido y la persona ganadora del mismo estuviese a la espera de ser nombrada o ya hubiese sido nombrada, el fallador constitucional se vería avocado a llevar a cabo un minucioso ejercicio de ponderación entre los fines constitucionales de la carrera administrativa y el derecho adquirido a ser nombrado de la persona incluida en la lista de elegibles o el derecho a no ser retirado del servicio salvo por las causas previstas constitucional y legalmente de la persona ya nombrada, por un lado, y el derecho al mínimo vital del sujeto nombrado en provisionalidad, por otro lado.

En el asunto que acá se estudia, el concurso de méritos, se reitera, no ha iniciado, luego carece de sustento constitucional retirar del servicio al accionante que no tiene determinado su estatus pensional para, a renglón seguido, nombrar a otra persona en provisionalidad mientras se provee el cargo en propiedad.

VI. DECISIÓN.

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR, por las razones expuestas en esta providencia, la sentencia proferida el veinticinco (25) de enero de dos mil doce (2012) por el Juzgado Quinto Civil Municipal de Barrancabermeja, dentro del proceso de tutela iniciado por Pedro Pablo Carcamo Arrieta contra el Municipio de Barrancabermeja y, en su lugar, CONCEDER el amparo del derecho al mínimo vital y a la vida digna del accionante.

Segundo.- ORDENAR al Municipio de Barrancabermeja que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, a) reintegre al accionante al cargo que venía desempeñando o a uno de la misma categoría hasta que sea efectivamente incluido en nómina de pensionados, dado el caso que cumpla con los requisitos para que le sea reconocida la pensión de vejez. En este evento, el Municipio de Barrancabermeja deberá apoyarlo y asesorarlo en los trámites tendientes a obtener dicha prestación. Paralelamente, si el actor no reúne las exigencias para la pensión de vejez, el Municipio de Barrancabermeja deberá, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, reintegrarlo al cargo que venía desempeñando o a uno de la misma categoría para que manifieste por escrito, dentro de un término prudencial, el cual se considera como un (1) mes:

b) si opta por seguir cotizando al sistema de pensiones hasta alcanzar el número de semanas exigidas por la ley dentro de su régimen específico, caso en el cual el Municipio de Barrancabermeja no estará obligado a mantener en el cargo al petente; o,

c) si se encuentra en la imposibilidad de seguir aportando al régimen pensional y decide libremente optar por la solicitud de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, caso en el cual la autoridad accionada deberá apoyarlo en los trámites tendientes a obtener dicho

reconocimiento y sólo podrá desvincularlo cuando efectivamente se produzca el pago de la prestación económica mencionada.

Cuarto.- LEVANTAR la medida provisional adoptada por esta Sala de Revisión en el numeral segundo del auto del 25 de julio de 2012, tan pronto el señor Carcamo Arrieta sea retirado del servicio a causa de la estructuración de una de las hipótesis exhibidas en el numeral segundo de este fallo.

Quinto.- Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

ADRIANA MARÍA GUILLÉN ARANGO

Magistrada (E)

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Con salvamento de voto

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

A LA SENTENCIA T-668/12

Referencia: expediente T-3.433.948

Acción de tutela instaurada por Pedro Cárcamo Arrieta contra el Municipio de Barrancabermeja.

Magistrada Ponente (E):

ADRIANA MARÍA GUILLÉN ARANGO

Con el respeto que siempre me merecen las decisiones de esta Corte, me permito salvar el voto a la decisión mayoritaria por las siguientes razones:

Considero que la tensión que se suscita entre los servidores públicos que desempeñan en provisionalidad un cargo de carrera y llegan a la edad de retiro forzoso, -no obstante lo cual pretenden permanecer en él hasta el reconocimiento de su pensión-, y el derecho que tienen las personas que han concursado para llegar a ese cargo, debe resolverse en favor del servidor público de carrera, máxime cuando quien ocupa un cargo en provisionalidad y llega a dicha edad no reúne los requisitos para acceder a la pensión pretendida.

En los casos en que un servidor público llegue a la edad de retiro forzoso y tenga derecho a la pensión, a mi juicio, como máximo se le debería otorgar un plazo prudencial de seis (6) meses para que la entidad de previsión obligada a reconocerlo lo haga y lo incluya en nómina, previa vinculación de la misma al proceso de tutela, a fin de impartirle la orden correspondiente.

Resulta antijurídico que al demandante se le reintegre si no reúne los requisitos para pensionarse, a fin de desvincularlo posteriormente si admite esa carencia de requisitos y solo quiere seguir cotizando.

Fecha ut supra,

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

2 Cuaderno 1, folio 1.

3 Cuaderno 1, folio 1.

4 Cuaderno 1, folio 1.

5 Cuaderno 1, folio 1.

6 Cuaderno 1, folio 1.

7 Cuaderno 1, folio 1.

8 Cuaderno 1, folio 15.

9 Cuaderno 1, folio 15.

10 Cuaderno 1, folio 15.

11 Cuaderno 1, folio 16.

12 Cuaderno 1, folio 16-17.

13 Cuaderno 1, folio 17.

14 Cuaderno 1, folio 17.

15 Cuaderno 1, folio 20.

16 Cuaderno 1, folio 20.

17 Cuaderno 1, folio 12.

18 Cuaderno 1, folios 12-13.

19 Cuaderno 3, folio 23.

20 Cuaderno 3, folio 23.

21 Cuaderno 3, folio 24.

22 Cuaderno 3, folio 24.

23 Cuaderno 3, folio 34.

24 Cuaderno 1, folio 36.

25 Cuaderno 1, folio 37.

26 Cuaderno 1, folio 37.

27 Cuaderno 3, folio 24.

29 Es de advertir que algunos cargos públicos tienen regulación especial frente a la edad de retiro forzoso. Por ejemplo, la edad de retiro forzoso de los docentes al servicio del Estado encuentra regulación en el artículo 31 del Decreto 2277 de 1979; la de los servidores de la rama judicial, en el artículo 149 de la Ley 270 de 1996; la de los servidores públicos de carrera de la Defensoría del Pueblo, en el artículo 166 de la Ley 201 de 1995; la de los servidores de la Procuraduría General de la Nación, en los artículos 158 y 171 del Decreto 262 de 2000; y la de los empleados de carrera de la Contraloría General de la República, en el artículo 42 del Decreto 268 de 2000.

30 La Corte se ocupó en aquella ocasión de estudiar la constitucionalidad del artículo 31 del Decreto 2277 de 1979, postulado normativo que establece como causal de retiro de los docentes estatales el cumplimiento de la edad de retiro forzoso. Finalmente, esta Corporación declaró exequible la norma acusada.

31 Allí, el actor entabló acción de tutela en contra de la Secretaría de Educación de Bogotá, ya que ésta lo retiró de la planta de personal tan pronto llegó a la edad de retiro forzoso, sin que se le hubiere reconocido la pensión a la que afirmaba tener derecho. La Corte amparó su derecho al mínimo vital y, en consecuencia, dejó sin efectos el acto administrativo que lo retiraba del servicio y ordenó su reintegro hasta tanto el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se pronunciara de fondo con respecto a su solicitud de pensión de jubilación.

32 La sentencia T-007 de 2010 constituye un buen ejemplo de esta tipología de órdenes que suele dictar la Corte. En esta providencia se ordenó a la Secretaría de Educación de Medellín

reintegrar al demandante y mantenerlo en el “cargo hasta tanto el señor Posada comience a percibir las mesadas pensionales que le corresponden como acreedor de esta prestación”.

33 “ARTÍCULO 33. [...] Lo dispuesto en este artículo rige para todos los trabajadores o servidores públicos afiliados al sistema general de pensiones”.

34 La Corte en sentencia C-375 de 2004, al someter a escrutinio de constitucionalidad el literal p del artículo 2° de la Ley 797 de 2003 que adicionó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, declaró su exequibilidad “en el entendido de que dicho literal no ordena el retiro del trabajador, sino que le confiere la facultad de solicitar la cancelación de la indemnización sustitutiva o la devolución de saldos o continuar cotizando hasta alcanzar el monto requerido para acceder a la pensión mensual vitalicia de jubilación”.

35 La demandante en el proceso de tutela que dio lugar a la sentencia T-496 de 2010 aceptó en su demanda que, al momento de ser desvinculada por cumplir la edad de retiro forzoso, no cumplía con los requisitos para pensionarse. Por esta razón, la Corte ordenó su reintegro hasta que ella manifestara si optaba “por seguir cotizando al sistema de pensiones hasta alcanzar el número de semanas exigidas por la ley dentro de su régimen específico, caso en el cual la Institución no estaría obligada a mantener en el cargo a la actora, pues constituye una opción personal de la trabajadora el querer o no continuar cotizando al sistema hasta alcanzar el requisito del número de semanas para el respectivo reconocimiento pensional” o si se encontraba en la imposibilidad de seguir aportando al régimen pensional y decidía “optar por la solicitud de la indemnización sustitutiva de vejez, caso en el cual la entidad accionada deberá apoyarla en los trámites tendientes a obtener dicho reconocimiento y sólo podrá desvincularla hasta que efectivamente se produzca el pago de dicha prestación económica”.

36 Esta posición minoritaria en la Corte puede evidenciarse, por ejemplo, en el salvamento de voto del magistrado Humberto Antonio Sierra Porto a la precitada sentencia T-496 de 2010, en el que éste disiente de la orden de la Corte en el sentido de no mantener a la actora en el cargo público, si ella decide seguir cotizando hasta lograr la densidad de semanas suficientes para la pensión. Para el Magistrado que se apartó de la mayoría, “el no darle la orden a la entidad demandada de mantener a la accionante en el cargo que venía desempeñando, en caso de escoger la primera opción que se le da en la parte resolutive de

la sentencia, es tanto como negarle la oportunidad de acceder a la pensión de vejez, pues difícilmente será contratada por otra entidad para poder continuar cotizando los dos años que le faltan para adquirir el derecho pensional”.

37 Para ilustrar este tipo de decisiones puede consultarse la sentencia T-865 de 2009 que ordenó a la ESE Hospital de Ponedera del Atlántico reintegrar al petente “hasta tanto la Caja de Previsión Social -Cajanal- una vez la entidad demandada realice los aportes a la seguridad social en pensiones a favor del accionante, se pronuncie de fondo con respecto a la solicitud de pensión de jubilación del señor Vizcaíno Ariza y de encontrar que el mismo cumple con los requisitos de ley para acceder al reconocimiento del derecho prestacional, sea incluido en nómina de pensionados”. Por su parte, la sentencia T-012 de 2009 ordenó a la Secretaría de Educación de Bogotá reintegrar al actor “hasta tanto el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se pronuncie de fondo con respecto a su solicitud de pensión de jubilación”.

38 Sentencia SU-062 de 1999, en la cual se puso a consideración de la Corte el caso de una empleada doméstica que fue despedida de su trabajo y a la cual se le adeudaban salarios y prestaciones sociales. Después de constatar una vulneración al mínimo vital de la actora, este Tribunal amparó sus derechos fundamentales ordenando a la parte demandada pagarle una suma de dinero determinada de manera mensual hasta que la jurisdicción ordinaria se pronunciara sobre sus derechos laborales.

39 Sentencia SU-995 de 1999, en la cual la Corte amparó los derechos de varios tutelantes a los que un municipio para el que trabajaban les adeudaba unas sumas de dinero correspondientes a salarios, prestaciones sociales y otras obligaciones laborales.

40 La Sala no puede pasar por alto una aparente inconsistencia que, ante ojos desprevenidos, puede involucrar el derecho al mínimo vital y la cláusula del Estado social, en tanto que esta forma de Estado trae consigo que intereses como la salud, la educación, la alimentación, los servicios públicos domiciliarios, entre otros, porten la vestimenta de derechos económicos y sociales y el derecho al mínimo vital alude a la parte de los ingresos de un individuo destinada a sufragar tales derechos y bienes jurídicos. No obstante, a partir de estas concepciones no se sigue que dichos derechos carezcan de un costo o que el Estado, así se autoproclame social, disponga de recursos inagotables para atender tales

situaciones. En este orden de ideas, el Estado social se remonta, por lo menos en el contexto de la Constitución de 1991, a la intervención del Estado en la economía con el fin de reparar las fallas del mercado que dan lugar a que a algunas personas se les prive del acceso y goce de los mencionados derechos y bienes jurídicos. Y algo más, Estado social no es lo mismo que Estado asistencialista que todo lo entrega de manera gratuita dando paso a las inconvenientes sociedades agradecidas. A pesar pues de que Estado social no equivale a Estado asistencialista, ello no es óbice para que aquél adopte políticas de carácter asistencialista. Tampoco quiere ello decir que a quien se encuentre en una condición de extrema pobreza o miseria que le impida sufragar el costo de sus derechos el Estado lo abandone a su propia suerte, pues otro imperativo insoslayable del Estado social es velar porque la igualdad no sea sólo formal sino también material. Empero, lo más deseable en un Estado social es que los gobernados puedan satisfacer por ellos mismos estas necesidades, de modo que su autonomía, autodeterminación y libertad se maximicen. En el sentido descrito, el derecho al mínimo vital se corresponde con los dogmas del Estado social, en vez de anularlos.

41 En la sentencia T-865 de 2009, mediante la cual se resolvió tutelar el derecho fundamental al mínimo vital de una persona que había sido retirada del servicio por cumplir la edad de retiro forzoso, sin que antes Cajanal se pronunciara acerca de la pensión que el accionante le había solicitado, la Corte adujo que “el juez de constitucionalidad debe considerar e identificar de manera correcta y precisa la situación de hecho bajo estudio, sin entrar a hacer valoraciones en abstracto, lo cual implica realizar una valoración cualitativa más que cuantitativa de su contenido frente al caso concreto de la persona que busca la protección del derecho, atendiendo a sus especiales condiciones sociales y económicas. Ello significa que corresponde al juez de cara a un caso concreto desarrollar una actividad valorativa de las particulares circunstancias que rodean a una persona y su grupo familiar, a sus necesidades, y a los recursos de los que demanda para satisfacerlas, de tal forma que pueda determinar si vista la situación de hecho se está ante la presencia o amenaza de la afectación del derecho al mínimo vital, y sí (sic) por ello se hace necesario que se otorgue de manera urgente la protección judicial solicitada a través de la acción de tutela”.

42 Sentencia T-814 de 2004, a través de la cual la Corte protegió el derecho al mínimo vital de una señora a quien la entidad demandada le adeudaba varias mesadas pensionales.

43 Cuaderno 1, folio 20.

44 Cuaderno 1, folios 12-13.

45 La Sala concibe este tiempo suficiente para que el accionante se asesore y pueda tomar una decisión informada sobre qué camino emprender.