



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN ORAL**

Sincelejo, veintitrés (23) de febrero de dos mil dieciséis (2016)

MAGISTRADO PONENTE: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN: 70-001-23-33-000-2016-00036-00
ACCIONANTE: ALFONSO OLAYA MENDOZA HERNÁNDEZ
ACCIONADO: CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES “COLPENSIONES”
NATURALEZA: ACCIÓN DE TUTELA

Procede la Sala, a dictar sentencia de primera instancia, dentro de la acción de tutela instaurada por el señor **ALFONSO OLAYA MENDOZA HERNÁNDEZ** contra la **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA - ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”**.

1. ANTECEDENTES:

1.1- Pretensiones¹:

El señor **ALFONSO OLAYA MENDOZA HERNÁNDEZ**, presentó acción de tutela contra la **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA - ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”**, con el fin que se proteja sus derechos fundamentales al mínimo vital, dignidad humana, seguridad social, debido proceso, protección especial a las personas de la tercera edad y al trabajo; como consecuencia de lo anterior, solicita se ordene a la Contraloría General de la República, deje sin efectos la resolución que lo retira

¹ Folios 17 - 18.

del servicio e inaplique, exclusivamente para su caso, las normas que establecen como edad de retiro forzoso, la de 65 años e inicie las diligencias pertinentes, a fin de reintegrarlo al cargo que desempeñaba en esa institución o en uno equivalente, hasta tanto COLPENSIONES le inicie un nuevo estudio de su historia laboral y se pronuncie de fondo, con respecto a la solicitud de su pensión de jubilación.

Así mismo solicita, se ordene a la Contraloría General de la República, que la orden de reintegro se mantenga, hasta tanto le sea reconocida y comience a disfrutar de la pensión de vejez o la prestación económica a que tenga derecho y que resulte más beneficiosa; pague los salarios y prestaciones sociales, dejadas de percibir desde su desvinculación, hasta su efectivo reintegro y en colaboración con el accionante, comunique a COLPENSIONES de la decisión, para que el empleado tramite su pensión de vejez.

Igualmente, pide se ordene a COLPENSIONES, recaudar la información necesaria para organizar la historia laboral del actor, con el fin de determinar: tiempo de servicios, entidades a las que ha estado vinculado, modalidad de vinculación, número de semanas cotizadas al sistema de seguridad social en pensiones y fondos en los que se han depositado tales cotizaciones.

1.2.- Hechos²

El actor nació el día 23 de abril de 1943, en el Municipio de San Marcos – Sucre, por lo que a la fecha, cuenta con 72 años de edad.

² Folios 1 - 7.

Laboró en el Ministerio de Justicia, durante diecisiete meses continuos y cotizó en seguridad social a la Caja Nacional de Previsión Social. Posteriormente, fue nombrado en la Contraloría General de la República, mediante Resolución No. 5475 de julio 12 de 1995 y posesionado el 24 de julio de ese mismo año, en el Cargo de profesional Universitario, Grado 09 de la Unidad del Sector Agropecuario y Recursos Naturales de Cundinamarca, sumando en su decir, un total de más de 20 años, 3 meses y 15 días.

Mediante Resolución No. 871 de agosto 20 de 1998, se ordenó la respectiva inscripción del actor, en el Escalafón de Carrera Administrativa Especial de la Contraloría General de la República.

Refiere el actor, que cuenta con la edad requerida, para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez, pues, acredita haber prestado sus servicios al Estado por cerca de 21 años, 8 meses y 15 días.

Manifestó, que fue retirado del servicio por edad de retiro forzoso, mediante Resolución No. 81117 – 3869 – 2015, de noviembre 9 de 2015, la cual le fue notificada el día 17 del mismo mes y año.

Sostuvo el accionante, que la Contraloría, antes de ordenar su retiro, debió asegurarse que gozaba de su pensión e inclusión en nómina, en aras de mantener su remuneración vital. Y no era como lo decía la resolución recurrida, esto es, que le faltaban alrededor de 200 semanas, para adquirir este derecho.

Señaló, que contra la referida resolución, interpuso recurso de reposición el día 30 de noviembre de 2015, el cual fue resuelto mediante Resolución No. 8117-4407-2015 de diciembre 23 de 2015, confirmando la negativa a acceder a lo pretendido.

En sentir del actor, la decisión de retirarlo del servicio, sin habersele concedido la pensión, lo expone a un perjuicio irremediable, porque le priva de la única fuente de ingresos, con la que contaba para suplir sus necesidades básicas y las de su familia; además, su condición de salud era precaria y por su edad avanzada, se le dificultaba acceder a un nuevo empleo y desempeñarse en un oficio distinto, al que ejercía cuando fue retirado del servicio.

Indicó, que era un sujeto de especial protección constitucional, por ser de la tercera edad y jefe cabeza de hogar.

1.3.- Actuación procesal.

La acción fue admitida el 10 de febrero de 2016³; en la misma providencia, se requirió a las entidades accionadas, para que se pronunciaran sobre las razones de hecho y de derecho en que se fundamentó la acción, con la prevención legal, de que dicho informe se presumía rendido bajo la gravedad del juramento y que la omisión injustificada de lo que se le solicitó, daría lugar a que se tuvieran por ciertos los hechos, conforme lo establece el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991.

1.4.- Contestación.

1.4.1.- Contraloría General de la República⁴.

Presentó informe, solicitando se declarara improcedente la acción de tutela, toda vez, que el actor tenía a su disposición los medios ordinarios de defensa para hacer valer sus derechos, a través de los diferentes medios de control enmarcados en el Código de

³ Folio 67.

⁴ Folios 72 – 78.

Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, entre estos, el de Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

También señaló, que el actor no probó el perjuicio irremediable, pues, en su escrito de tutela, solo referenció jurisprudencia, sin ilustrar su aplicabilidad al caso concreto; además, desvirtuaba la existencia del perjuicio irremediable, el hecho de que el accionante hubiera tenido la oportunidad de radicar los documentos pertinentes, para obtener su reconocimiento pensional, lo cual hizo ante COLPENSIONES, con posterioridad a su retiro del servicio.

Sostuvo, que el actor se encontraba impedido para desempeñar el cargo de Profesional Universitario, Grado 01, en la Gerencia Departamental Colegiada Sucre de la Contraloría General de la República, por superar, ampliamente, la edad de retiro forzoso; a más de que le correspondía a COLPENSIONES, garantizar el mínimo vital al accionante, mediante el reconocimiento de la prestación económica a que hubiere lugar, no siendo posible ordenar su reintegro al servicio, contrariándose lo dispuesto en la Constitución y en la ley.

Igualmente, precisó, que la disposición contenida en el artículo 9, parágrafo 3, de la Ley 797 de 2003⁵, no tenía aplicación en el presente caso, pues, como quedó esbozado en el acto administrativo de retiro, se encontró que el señor Mendoza Hernández, no reunía requisitos para pensión y estaba a más de tres (3) años para adquirir el derecho, lo que no lo hacía beneficiario de la figura del retén social, por tal razón, mal podría haberse solicitado el reconocimiento pensional. Y si el accionante estimaba que

⁵ *"./.../ Transcurridos treinta (30) días después de que el trabajador o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión, si este no la solicita, el empleador podrá solicitar el reconocimiento de la misma en nombre de aquel".*

contaba con los requisitos, debió haber radicado su solicitud ante COLPENSIONES e informarle a ese organismo de control, a sabiendas de que superaba en más de seis años, la edad de retiro forzoso, lo que le impedía continuar laborando.

Así mismo indicó, que había atendido las diferentes solicitudes presentadas por el actor, para que le fueran expedidos los certificados correspondientes, para el trámite de su pensión.

Sobre los demás argumentos, se abstuvo de pronunciarse, por cuanto sobre ellos, ya se había pronunciado el Contralor General de la República, al confirmar el mencionado acto administrativo con la Resolución No. 81117-4407 de diciembre 23 de 2015.

2. CONSIDERACIONES:

2.1. Competencia:

El Tribunal, es competente para conocer en **Primera Instancia**, de la presente la acción, conforme lo establecido en el artículo 37 del decreto ley 2591 de 1991.

2.2. Problema jurídico.

Teniendo en cuenta los supuestos manifestados por las partes, para esta Sala, el problema jurídico se centra en determinar: ¿Se vulneraron los derechos del accionante, en razón a que la administración, lo retiró del servicio por haber cumplido edad de retiro forzoso?

2.3.- Análisis de la Sala.

2.3.1- Procedencia de la acción de tutela, como mecanismo para obtener el reintegro de servidores públicos, retirados del empleo. Edad de retiro forzoso.

La tutela, es un mecanismo concebido por la Constitución de 1991, para la protección inmediata de los derechos fundamentales de toda persona, cuando estos resulten amenazados o vulnerados, por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular, con las características previstas en el inciso final del artículo 86 de la Carta Política⁶.

Para la procedencia de la acción, es necesario, que el afectado, no disponga de otro medio de defensa, para hacer valer sus derechos, salvo que la ejerza como mecanismo transitorio, para evitar un perjuicio irremediable, siendo en todo caso, claro está, la existencia de una acción u omisión de la autoridad pública, la que pueda configurar la violación del derecho fundamental, cuyo amparo se pretende.

Sobre la **procedencia de la acción de tutela, como mecanismo para obtener** el reintegro de servidores públicos, retirados del empleo, en virtud de acto administrativo, la Honorable Corte Constitucional, en sentencia T – 017 de 2012, señaló:

⁶ “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”

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

Así mismo, jurisprudencialmente se ha decantado, que uno de los factores para la permanencia en los empleos de carrera administrativa, es la **estabilidad laboral reforzada de los sujetos de especial protección constitucional**, entre estos, los servidores públicos que tengan la condición de adultos mayores, en virtud de la garantía de sus derechos constitucionales (mínimo vital - igualdad de oportunidades, etc.).

En tales casos, la Corte Constitucional ha considerado, que la edad avanzada del solicitante, sumada a la falta de recursos económicos para asumir su congrua subsistencia, mientras espera el pronunciamiento de la jurisdicción administrativa, hace que resulte desproporcionado, cuando se avizora la vulnerabilidad real, en que se encuentra el sujeto involucrado. En tales escenarios, de manera excepcional, se ha abierto camino a la acción de tutela, sea como mecanismo principal o transitorio, dependiendo de las particularidades de cada caso.

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 como argumentos para justificar sus decisiones,

en las que ha accedido a lo pretendido, los siguientes: “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”⁷.

Ahora bien, cierto es, que es causal de desvinculación de un servidor público, el haber cumplido la edad de retiro forzoso, por demás, causal calificada como constitucional, pues, se ha dicho, que “la edad de 65 años, sin atención a otras consideraciones, no es causa suficiente para suponer que en todos los casos, el accionante requiera de protección reforzada del Estado”; sin embargo, es posible conceder el amparo constitucional de reintegro, cuando se considere que la entidad demandada, ha vulnerado los derechos fundamentales de personas de la tercera edad, al no aplicar de manera razonable, las reglas sobre retiro forzoso, valorando las circunstancias especiales de cada caso.

En ese sentido, la Alta Corte, ha indicado⁸:

“La Sala de Revisión concluye que la causal de desvinculación de un servidor público por haber cumplido la edad de retiro forzoso es constitucional, pero al momento de su aplicación, las entidades públicas deben considerar las condiciones particulares de cada persona para evitar que el retiro del servicio del adulto mayor implique una vulneración a sus derechos fundamentales, especialmente su derecho al mínimo vital, ya que en aquellos eventos en los que la remuneración por el ejercicio de sus funciones constituye su única fuente de ingresos, existen elementos fácticos y normativos que permiten inferir con un alto grado de certeza que tiene derecho a acceder a la pensión,

⁷ Sentencia T-154/12.

⁸ Sentencia T-174/12.

aunque no se haya determinado cuál es la prestación económica a la que tiene derecho para garantizar su derecho a la seguridad social, este tendrá derecho a permanecer en su cargo hasta que se resuelva de fondo y en forma aceptable su situación pensional”.

2.3.2.- El régimen de Transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993, sus beneficios y su aplicación integral

El legislador colombiano, en su ejercicio regulador del régimen pensional, expidió la Ley 100 de 1993, “*Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dicta otras disposiciones*”, previendo, que debido a las problemáticas temporales, que se suscitarían con la vigencia normativa, era menester consagrar un régimen de transición, consecuente con las garantías y derechos, de aquellas personas próximas a adquirir la prestación social, en comento.

Al efecto, el artículo 36 de la norma referenciada estipuló lo siguiente:

“Régimen de transición. *La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres”.*

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley...”

Como se observa, dicho artículo permite el efecto en el tiempo, de normas anteriores a la entrada en vigencia de la nueva normatividad, en aras de hacer efectivo el respeto a derechos consolidados (Corte Constitucional. Sentencia T-168 de 2009 M. P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto).

En cuanto a los regímenes de transición, la Honorable Corte Constitucional, ha señalado:

“El régimen laboral de transición consiste en el cumplimiento de condicionamientos que se establecen en una nueva ley, que modifica situaciones pre existentes, con el fin de proteger derechos adquiridos o en vía de adquisición, que de no haber sido promulgada la nueva ley, se verían beneficiados por la normatividad anterior, que resulta más favorable.

Respecto al régimen de transición en materia pensional concretamente, la Corte señaló en sentencia T-235 de 2002:

“La sustitución de una norma por otra exige la necesidad de un régimen de transición. La existencia de normas transitorias es indispensable en la legislación sobre seguridad social en pensiones porque hay derechos en vía de adquisición.

Se trata de un derecho ex - lege porque nace de una norma que expresamente lo establece y que señala criterios razonables para gozar de la excepcionalidad.

Una vez entre en vigencia la norma que establece el régimen transitorio, las personas que reúnen los requisitos para adquirirlo consolidan una situación jurídica concreta que no puede ser menoscabada. Es además un auténtico derecho subjetivo que le da a su titular el derecho a que se le reconozca la prestación en las condiciones establecidas en la normatividad anterior y a acudir ante la jurisdicción en caso de incumplimiento.”

En materia de pensiones este régimen se encuentra reglado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el cual determina que se aplicará a las personas que al momento de entrar en

vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones tuvieran 35 o más años de edad si son mujeres; 40 o más años de edad si son hombres; o 15 o más años de servicios cotizados, utilizándose para estos efectos el régimen anterior en cuanto a requisitos de edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas, y monto de la pensión”⁹ (Resaltado fuera de texto).

Esa transición implica, la continuidad de los derechos pensionales establecidos, tanto en el régimen pensional general, aplicable a los servidores públicos, vinculados con anterioridad de la Ley 100 de 1993, siempre y cuando reúnan los supuestos para hacerse beneficiario a esa premisa, esto es, Ley 33 de 1985, como, a aquéllos empleados, vinculados a entidades que tienen regímenes de pensión especiales, como sucede con los empleados pertenecientes a la Contraloría General de la República.

En efecto, para el caso de empleados públicos vinculados a la Contraloría General de la República, el régimen pensional aplicable se encuentra previsto en el Decreto 929 de 1976, que en su artículo 7º, dice lo siguiente:

“ARTÍCULO 7º. *Los funcionarios y empleados de la Contraloría General tendrán derecho, al llegar a los 55 años de edad, si son hombres y de 50 si son mujeres, y cumplir 20 años de servicio continuo o discontinuo, anteriores o posteriores a la vigencia de este Decreto, de los cuales por lo menos diez lo hayan sido exclusivamente a la Contraloría General de la República a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último semestre”.*

En tal sentido, se estima que los empleados vinculados con la Contraloría General de la República, que tengan derecho al reconocimiento de una pensión de jubilación, se les aplicarán, una vez se acredite los supuestos para beneficiarse de la transición que

⁹ Corte Constitucional. Sentencia T – 105 de 2012.

consagra el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, las reglas y los presupuestos establecidos en el Decreto 929 de 1976, relacionados con la edad, tiempo de servicio y monto, necesarios para obtener ese derecho prestacional, los cuales son:

- Tener la edad de 55 años edad, en el caso de los hombres y 50 años de edad, si son mujeres.
- Ostentar 20 años de servicios continuos o discontinuos, de los cuales mínimo 10, debieron ser prestados de manera exclusiva a dicha entidad.
- El Monto de la pensión, será el equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados en el último semestre de servicio.

El Honorable Consejo de Estado, refiriéndose al régimen de transición para los empleados públicos de la Contraloría General de la República, ha señalado¹⁰:

“Como corolario de lo anterior, la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en repetidas providencias ha concluido que resulta indiscutible que los servidores públicos de la Contraloría General de la República, por estar amparados por un régimen pensional que les es propio, no pueden estar supeditados a lo previsto en el régimen general para el reconocimiento y liquidación pensional, sino que los mismos se encuentran regulados en el artículo 7° del Decreto 929 de 1976 que determinó los requisitos fundamentales para obtener la pensión de jubilación de esos servidores (edad y tiempo de servicio) y con el 75% del promedio de los salarios devengados durante el último semestre sin que sea un obstáculo para su inclusión la realización o no de aportes.”

Los argumentos esbozados, permiten señalar, que los elementos pensionales, aplicables por vía transicional, son el tiempo de servicio,

¹⁰ Sentencia de 9 de abril de 2014, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, radicado 25000-23-25-000-2010-00014-01(1849-13), C. P. Dr. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN.

la edad y el monto de la pensión, frente a este último, también se incluye, la forma de liquidación atendiendo los factores devengados.

2.3.3.- Caso concreto.

El señor **ALFONSO OLAYA MENDOZA HERNÁNDEZ**, solicita, que se protejan sus derechos fundamentales al mínimo vital, dignidad humana, seguridad social, debido proceso, protección especial a las personas de la tercera edad y al trabajo; como consecuencia de lo anterior, pide, entre otras, se ordene a la **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**, deje sin efectos la resolución que lo retira del servicio e inaplique, exclusivamente, para su caso, las normas que establecen como edad de retiro forzoso, la de 65 años e inicie las diligencias pertinentes, a fin de reintegrarlo al cargo que desempeñaba en esa institución o en uno equivalente, hasta tanto COLPENSIONES, le inicie un nuevo estudio de su historia laboral y se pronuncie de fondo, con respecto a la solicitud de su pensión de jubilación.

Así mismo, solicita se ordene al ente de control, que la orden de reintegro se mantenga, hasta tanto le sea reconocida y comience a disfrutar de la pensión de vejez o la prestación económica a que tenga derecho y que le resulte más beneficiosa.

Analizados los supuestos fácticos – probatorios, del caso puesto a consideración, este Tribunal es del concepto, que **el amparo invocado no debe concederse**, en razón a los siguientes argumentos:

En el presente asunto está probado, que el señor Mendoza Hernández cuenta en la actualidad con 72 años de edad, conforme se desprende de la copia del Registro Civil de Nacimiento, obrante a folio 40 del expediente. También se acreditó los quebrantos de salud que le han sobrevenido (catarata ojo izquierdo – hipertensión -

dislipidemia¹¹ - chikungunya), tal como se advierte de la copia de la historia clínica allegada, visible a folios 53 – 61.

En relación a estas condiciones, si bien no representan un obstáculo para desempeñar su labor, en la actualidad, si constituyen una barrera de acceso a otras fuentes de empleo, que le permitan cubrir sus necesidades básicas. Asimismo, por su edad avanzada, resulta desproporcionado, someterlo a esperar un pronunciamiento de la jurisdicción administrativa, de ahí que proceda analizar el fondo del asunto, por medio de este mecanismo expedito.

Con base en lo anterior, se pasa a verificar si se dan todas las condiciones para que proceda, por vía de tutela, la orden de reintegro del señor ALFONSO OLAYA MENDOZA HERNÁNDEZ, al cargo que desempeñaba o a uno equivalente, en la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.

Afirmó el actor, que fue nombrado en la Contraloría General de la República, mediante Resolución No. 5475 de 12 de julio de 1995 y posesionado el día 24 del mismo mes y año, en el cargo de Profesional Universitario, Grado 09 de la Unidad del Sector Agropecuario y Recursos Naturales de la Dirección Seccional Bogotá – Cundinamarca. Por Resolución No. 871 de agosto 20 de 1998, se ordenó su inscripción en el Escalafón de Carrera Administrativa Especial de la Contraloría General de la República (Folios 30 – 31).

Manifestó, que fue retirado del servicio por edad de retiro forzoso, sin que la entidad se hubiese asegurado de que gozaba de pensión, en aras de ampararle su remuneración vital; circunstancia ésta, que lo

¹¹ "Alteración del metabolismo de los lípidos". Concepto tomado de: <https://www.google.com.co/webhp?sourceid=chrome-instant&ion=1&espv=2&ie=UTF-8#q=dislipemia>

exponía a un perjuicio irremediable, porque le privaba de la única fuente de ingresos, con la que contaba para suplir sus necesidades básicas y las de su familia.

Revisado el plenario se aprecia, que la entidad, previo a decidir sobre el retiro del servicio, mediante oficio de fecha 15 de septiembre de 2015¹², le solicitó al señor Mendoza Hernández, certificación laboral de las empresas, entidades o instituciones, donde había prestado sus servicios, con el fin de verificar el cumplimiento de los requisitos para pensión, en razón a que la Gerencia Gestión Comercial de COLPENSIONES, había manifestado que no había radicado solicitud de reconocimiento pensional. Además, se le indicó, que su retiro de la entidad, sería inminente, por encontrarse incurso en la prohibición prevista en los Decretos 2400 de 1968, 3135 de 1968, artículo 22 del Decreto 1950 de 1973 y 42 del Decreto Ley 268 de 2000.

A folio 82 del expediente, se aprecia que el actor, en virtud de lo solicitado, mediante escrito de fecha 28 de septiembre de 2015¹³, envió los certificados laborales expedidos por el Ministerio del Interior, a efectos de que se le verificara el cumplimiento de los requisitos para pensión.

Posteriormente, mediante Resolución No. 81117 – 3869 – 2015, de noviembre 9 de 2015¹⁴, el señor ALFONSO MENDOZA HERNÁNDEZ, fue retirado del servicio, por presentarse el presupuesto contemplado en el numeral 5 del artículo 42 del Decreto Ley 268 de 2000, esto es, por “*edad de retiro forzoso*”.

¹² Folio 81.

¹³ Folio 82.

¹⁴ Folios 32 – 37.

En su parte considerativa se dijo:

“/.../ Una vez analizada la Historia Laboral del señor ALFONSO MENDOZA HERNÁNDEZ, se constató a través de la fotocopia de la cédula de ciudadanía que reposa en la misma, que nació el día 23 de abril de 1943, razón por la cual, se encuentra dentro de la causal de retiro por edad,...”

“Que así mismo, se pudo constatar que el señor ALFONSO MENDOZA HERNÁNDEZ, no reúne requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez, por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, puesto que le faltan alrededor de Doscientas (200) semanas para adquirir este derecho, lo cual no lo hace beneficiario de la figura del retén social”.

Dicha resolución, indica el actor, fue notificada el día 17 de noviembre de 2015, por la Dirección de Gestión de Talento Humano de la entidad (Ver hecho 6º de la demanda).

Contra la anterior decisión, manifestó el demandante, que interpuso recurso de reposición el día 30 de noviembre de 2015, la cual fue confirmada mediante Resolución No. 8117-4407-2015 de diciembre 23 de 2015. (Ver hecho 9º)

Si bien esta última resolución, no fue allegada al plenario, la parte accionada la reconoce en su informe, al señalar que el acto administrativo de retiro, fue confirmado mediante la citada resolución y fue debidamente notificada al accionante.

De lo anotado, se colige que la entidad accionada, tuvo argumentos válidos para retirar del servicio al señor Mendoza Hernández, en tanto se considera, que la causal de desvinculación de un servidor público por haber cumplido la edad de retiro forzoso, es constitucional y legal; de igual forma, véase, que dicho acto

administrativo, fue debidamente notificado al accionante y a la fecha, se encuentra en firme.

En ese sentido, no se advierte hasta este punto, que la Contraloría General de la República, hubiese vulnerado con su decisión, los derechos fundamentales del adulto mayor, como quiera que, se insiste, hay una justificación razonable sobre retiro forzoso.

Ahora bien, refiere el actor en su demanda, que cuenta con la edad requerida para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez, pues, acredita haber prestado sus servicios al Estado por cerca de 21 años, 8 meses y 15 días y por tanto, la Contraloría antes de ordenar su retiro, debió asegurarse que gozaba de su pensión e inclusión en nómina, en aras de asegurarle su remuneración vital. Y en su sentir, la decisión de retirarlo del servicio, sin habersele concedido la pensión, lo expone a un perjuicio irremediable, porque le priva de la única fuente de ingresos, con la que contaba para suplir sus necesidades básicas y las de su familia.

Teniendo en cuenta lo dicho por el actor y atendiendo a su condición de sujeto de especial protección constitucional -adulto mayor-, se procede a verificar si el señor ALFONSO OLAYA MENDOZA HERNÁNDEZ, cumple los requisitos de ley para acceder a una pensión o aún más, si puede ser incluido en el denominado retén social¹⁵,

¹⁵ El retén social, fue desarrollado por la Ley 790 de 2002, la Ley 812 de 2003 y los Decretos 190 y 396 de 2003. La Ley 790 de 2002, previó en su artículo 12 que: "ARTÍCULO 12. PROTECCIÓN ESPECIAL. De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley." Y en su artículo 13 previó lo referente a la aplicación en el tiempo del tal beneficio, así: "Las disposiciones de este Capítulo se aplicarán a los servidores públicos retirados del servicio a partir del 1o. de septiembre del año 2002, dentro del Programa de Renovación de la Administración Pública del orden nacional, y hasta el vencimiento de las facultades extraordinarias que se confieren en la presente

bajo el sino de contar o no, con tres años previos a obtener su pensión¹⁶.

Del acervo probatorio, se evidencia, que el señor ALFONSO OLAYA MENDOZA HERNÁNDEZ, ocupó el cargo de Profesional Universitario, Grado 09, de la Unidad del Sector Agropecuario y Recursos Naturales de la Dirección Seccional Bogotá – Cundinamarca, en la CONTRALORÍA GENERAL DE REPÚBLICA.

Así mismo, se observa que el actor prestó sus servicios a la entidad, por más de 20 años de servicios, conforme se mira en la constancia de tiempo de servicios, visible a folio 21 del expediente, esto es, desde el 24 de julio de 1995, hasta el 6 de enero de 2016.

También se advierte, que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el actor, contaba con 50 años de edad, pues, nació el día 23

ley.” Posteriormente, el Congreso expidió la Ley 812 de 2003, a través de la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006. Esta ley contempló entre sus objetivos, la implementación de la transparencia y eficiencia del Estado, a través del rediseño de las entidades mediante reformas transversales de fondo. Esta norma dispuso en el artículo 8º, literal D, que la protección consagrada en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, se extendería hasta el 31 de enero de 2004, salvo en lo relacionado con los servidores próximos a pensionarse, cuya garantía debería respetarse hasta el reconocimiento de la pensión de jubilación o vejez. De lo anterior se concluye, que la Ley 812 de 2003, derogó, tácitamente, la Ley 790 de 2002, en lo atinente a la limitación temporal en la aplicación del beneficio establecido en el artículo 12 antes mencionado.

Debe recordarse, igualmente, que la Ley 812 de 2003, que contiene el Plan Nacional de Desarrollo para los años 2003 – 20066 , regulación que en su artículo 8, literal d, estableció que los beneficios contemplados en el capítulo II de la Ley 790 de 2002, se extenderían en el tiempo, únicamente, hasta el 31 de enero de 2004, salvo en lo referente a las personas que estuviesen próximas a pensionarse, las cuales permanecerían en ejercicio de sus cargos, fue objeto de demanda, atendida por la Corte Constitucional, quien mediante sentencia C-991 de 2004, declaró inexecutable la expresión “*aplicarán hasta el 31 de enero de 2004*”, contenida en la mencionada disposición, por considerar que se establecía un trato diferenciado para las madres cabeza de familia, los discapacitados y de los prepensionados, a pesar que los tres grupos se encontraban constitucionalmente en la misma posición, es decir, eran todos sujetos de especial protección constitucional en virtud del artículo 13 de la Constitución. A partir de esta sentencia, la jurisprudencia constitucional ha reiterado, que la protección del retén social se prolonga hasta la liquidación definitiva de la Entidad (Cfr. Sentencias T-1239 y T-1166 de 2008 de la Corte Constitucional).

¹⁶ En sentencia T – 802 de 2012, la Corte Constitucional, textualmente dijo: “*Para considerarse incluido en la categoría de prepensionado el servidor público debe cumplir con todos los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o vejez dentro del lapso de tres años...*”.

de abril de 1943, según la copia del Registro Civil de Nacimiento, obrante a folio 40 del expediente.

Acorde con lo anterior, se estima que el empleado, aparentemente¹⁷, es beneficiario de la transición que consagra el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por edad¹⁸, no por tiempo de servicios, por ende, de las reglas y los presupuestos establecidos en el Decreto 929 de 1976, relacionados con la edad, tiempo de servicio y monto, necesarios para obtener ese derecho prestacional.

No obstante lo anotado, esta Sala se percata que el accionante, no hizo relación, ni aportó prueba de las cotizaciones efectuadas para pensión ante COLPENSIONES, la cuales eran necesarias, para establecer con exactitud el número de semanas cotizadas en esa entidad, para determinar y acceder sin asomo de duda, a su pensión de jubilación.

¹⁷ Se dice aparentemente, en tanto, no puede desconocerse en este caso, la vigencia del acto legislativo 01 de 2005, que su parte pertinente dice: "art. 1º... **parágrafo transitorio 4** **"Parágrafo transitorio 4º.** El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014", anotándose que el acto legislativo en mención entró a regir el 25 de julio de 2005, lo que igualmente, impediría considerar al accionante, en el régimen de transición, pues, no alcanza el número de semanas cotizadas que indica la norma en comento.

¹⁸ Sobre el tema del traslado de régimen pensional, la Corte Constitucional ha sostenido: "con el propósito de aclarar y unificar la jurisprudencia Constitucional en torno a este asunto, la Sala Plena de la Corte Constitucional concluye que únicamente los afiliados con quince (15) años o más de servicios cotizados a 1º de abril de 1994, fecha en la cual entró en vigencia el SGP, pueden trasladarse "en cualquier tiempo" del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, conservando los beneficios del régimen de transición... En el caso de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones, tuvieren treinta y cinco (35) años o más si son mujeres, o cuarenta (40) años o más si son hombres, éstas pueden trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años contados a partir de la selección inicial, salvo que les falte diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, evento en el cual no podrán ya trasladarse". Corte Constitucional. Sentencia SU - 130 de 2013. Aplicado lo dicho al caso concreto, era válido que el demandante se trasladase de régimen pensional, pues, podía hacerlo al quinto año y antes de contar con diez años o menos para alcanzar

El certificado de información laboral obrante a folio 24, tampoco despeja tal duda, toda vez, que se registra lo siguiente:

E. APORTES PARA PENSIONES correspondientes a las vinculaciones detalladas en el punto anterior.

	30. DESDE			HASTA			31. ¿Al empleador se le descontó para seguridad social?	32. Caja o Fondo	
	AÑO	MES	DIA	AÑO	MES	DIA		NOMBRE	NIT
1	1995	7	24	1999	10	31	SI	ISS	860013816-1
2	1999	1	11	2004	11	30	SI	PORVENIR	800144331-3
3	2004	1	1	2012	8	31	SI	ISS	860013816-01
4	2012	1	1	A LA FECHA			SI	COLPENSIONES	9003366004-7

De lo transcrito, se advierte, que hay un periodo de aportes en pensiones reportado a Porvenir, por un lapso de cinco años y 11 meses, lo que implica, que no pueda tenerse en cuenta este tiempo, para efectos de reconocer la pensión de jubilación, conforme las normas que han quedado relacionadas anteriormente, excepto que los mismos, hayan sido trasladados al régimen de prima media con prestación definida, sin embargo, no hay prueba sobre ello en el plenario.

La anterior situación, conlleva a concluir, que finalmente el accionante, no demostró haber cumplido con todos los requisitos para acceder a la pensión de jubilación, como quiera que no allegó certificación del fondo de pensiones Colpensiones, respecto de todo el tiempo cotizado en esa entidad, amén además, de la propia consideración normativa contenida en el acto legislativo 01 de 2005. En ese contexto, mal podría este Tribunal, en este estado procesal, tenerlas por realizadas por todo el tiempo requerido, atendiendo,

únicamente, a las certificaciones laborales que fueron aportadas con la demanda.

De igual forma, se advierte que tampoco es posible reconocerle la pensión de vejez, que contempla la Ley 100 de 1993, toda vez, que tampoco se probó que el accionante, hubiese cotizado las 1.300 semanas requeridas para obtener tal prestación, conforme lo dispone el artículo 34 ibídem, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003¹⁹.

A parte de lo anterior, tal y como lo sostuvo en su momento el ente demandado, el hecho de que le falten 200 semanas de cotización, esto es, más de tres (3) años para acceder a su estatus pensional, impide considerar su inclusión en el denominado retén social para prepensionados, pues, vale anotar, que el término asimilado por la Corte Constitucional (Cfr. Supra nota al pie 16), corresponde a aquel que no supera el número antes indicado, lo que no ocurre en este caso, en donde al accionante, le faltan más de tres años de cotización, para acceder a la pensión consagrada en el régimen general de seguridad social.

En ese orden de ideas, conforme las pruebas allegadas en sede de tutela, no puede predicarse una vulneración por parte de las

¹⁹ **Artículo 34. Monto de la Pensión de Vejez.** *El monto mensual de la pensión de vejez, correspondiente a las primeras 1.000 semanas de cotización, será equivalente al 65% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.000 hasta las 1.200 semanas, este porcentaje se incrementará en un 2%, llegando a este tiempo de cotización al 73% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.200 hasta las 1.400, este porcentaje se incrementará en 3% en lugar del 2%, hasta completar un monto máximo del 85% del ingreso base de liquidación.*

“...”.

*A partir del 2004, el monto mensual de la pensión de vejez será un porcentaje que oscilará entre el 65 y el 55% del ingreso base de liquidación de los afiliados, en forma decreciente en función de su nivel de ingresos calculado con base en la fórmula señalada. **El 1° de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 semanas. Adicionalmente, el 1° de enero de 2006 se incrementarán en 25 semanas cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.*** (Resaltado fuera de texto).

accionadas, frente a los derechos fundamentales invocados por el adulto mayor.

En todo caso, valga recordar, el accionante, puede acudir al respectivo medio de control, acompañado de la solicitud de medida cautelar de urgencia, si es del caso, en los términos que se prevén en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, para obtener el reconocimiento y pago de su pensión.

Por otra parte y frente a las condiciones de **salud** del actor, debe decirse que el Sistema General de Seguridad Social en Salud, consagra los mecanismos de atención, para aquellos que no se encuentran vinculados a la fuerza laboral del país, máxime si se considera, que este derecho, es fundamental, en interpretación reiterada de la Corte Constitucional, y corresponde al Estado su atención, en cualquier condición que posea el ser humano.

Finalmente, en relación al argumento de **afectación al mínimo vital**, por cuanto el salario que devengaba como empleado de la contraloría era su única fuente de ingreso, es preciso indicar, que nada dice sobre el auxilio de cesantías²⁰ al que tiene derecho y puede acudir, hasta tanto se defina su situación pensional, la que por demás se encuentra en trámite.

²⁰ “La jurisprudencia constitucional considera que el auxilio de cesantía es un derecho irrenunciable de todos los trabajadores y también parte integrante de la remuneración. El cual, en primer lugar, el empleador está obligado a cancelar a la terminación del vínculo laboral y que al empleado le sirve para atender sus necesidades mientras permanece cesante y en segundo lugar para satisfacer otros requerimientos importantes en materia de vivienda y educación, por lo cual el trabajador puede realizar retiros parciales antes de culminar su relación laboral. Sin embargo, no se puede entender el auxilio de cesantía como un seguro de desempleo, pues su monto es independiente de si el trabajador queda o no desempleado”. Corte Constitucional. Sentencia T – 053 de 2014.

De la misma forma, se aprecia que el señor Mendoza Hernández, dispone de un bien inmueble y de acuerdo con el certificado aportado al expediente, para el año 2014, su patrimonio bruto era de \$31.987.000 y sus ingresos anuales alcanzaron un total de \$51.643.00²¹.

Ahora, en relación a dicho inmueble, si bien el actor allegó una copia de la declaración juramentada ante notario, de los señores Iván José Pérez Castro y Camilo Andrés Tamara García, en la que manifiestan que la parcela es improductiva y se le están haciendo trabajos o arreglos como cercas, pozos, casa, inversión que representa unos \$30.000.000; también puede señalarse, que dicho inmueble, en el momento, aparentemente improductivo, se convierte en un respaldo económico para solventar cualquier necesidad de urgencia, en razón de su propio valor comercial.

En conclusión, al no observarse que el señor ALFONSO OLAYA MENDOZA HERNÁNDEZ, se encuentre ante la vulneración inminente de su derecho fundamental al mínimo vital, derecho a la salud y al retén social, como prepensionado, debe negarse el amparo requerido.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda Oral de Decisión del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: NEGAR la solicitud de tutela presentada por el señor **ALFONSO OLAYA MENDOZA HERNÁNDEZ**, conforme lo expuesto en la parte considerativa de este proveído.

²¹ Folio 62.

SEGUNDO: Notifíquese a las partes, en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Si no fuere impugnada esta decisión, se remitirá la actuación, a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Aprobado en sesión de la fecha, según Acta No. 0026/2016

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ