



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE SOLEDAD ATLÁNTICO

Soledad, veintinueve (29) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

Sentencia de 2° Instancia

Referencia Clase de acción: TUTELA
Demandante: YADIRA ESTHER HERNANDEZ CANO
Demandado: ALCALDIA DE MALAMBO- SECRETARIA DE
EDUCACION MUNICIPAL DE MALAMBO ATLANTICO
Radicado: No. 2022-00558-01

Procede a pronunciarse el despacho sobre la impugnación instaurada por las partes accionante y accionada, contra la sentencia de fecha treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022), por medio de la cual el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Malambo - Atlántico, resolvió tutelar dentro de la acción interpuesta por la señora YADIRA ESTHER HERNANDEZ CANO, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales al Mínimo Vital, Seguridad Social y el Trabajo.

I. ANTECEDENTES

La señora YADIRA ESTHER HERNANDEZ CANO, actuando en nombre propio, presentó acción de tutela contra del Alcalde del Municipio de Malambo Atlántico señor RUMMENIGE MONSALVE ALVAREZ y la Secretaria de Educación Municipal señora LILIA FERNANDEZ URUETA, a fin de que se le ampare sus derechos fundamentales al Mínimo Vital, Seguridad Social, Debido Proceso, Defensa, Salud, Vida Digna y Trabajo, elevando las siguientes,

I.I. Pretensiones

“... (...)se protejan mis DERECHOS FUNDAMENTALES AL TRABAJO, MÍNIMO VITAL Y SEGURIDAD SOCIAL – SALUD; y, en consecuencia, se ordene a las autoridades accionadas que se ABSTENGAN de DESVINCULARME DEL SERVICIO, con el fin de continuar mis labores de docente en la Institución Educativa Técnico Comercial Alberto Pumarejo del municipio de Malambo (Atlántico), hasta cuando quede ejecutoriada la sentencia que ordene el reconocimiento del referido derecho, y efectivamente sea incluida en la nómina de pensionados, como lo ha ordenado la Corte Constitucional en innumerables fallos de tutela, a fin de que sea una realidad la garantía y protección de mis DERECHOS FUNDAMENTALES AL TRABAJO, MÍNIMO VITAL Y A LA SEGURIDAD SOCIAL SALUD...”

Lo anterior lo fundamenta en los siguientes:

II. Hechos

1. La accionante manifiesta que presentó petición ante la accionada, en calidad de docente del área comercial de la INSTITUCION EDUCATIVA

TECNICO COMERCIAL ALBERTO PUMAREJO DE MALAMBO, para no ser retirada del cargo de manera automática al cumplir los 70 años, edad de retiro forzoso.

2. Que su solicitud fue negada por la entidad, el 10 de agosto de 2022, en el cual le indicaron: “La señora Yadira Esther Hernández Cano, identificada con la cédula de ciudadanía N° 22.413.098, cumplió los requisitos de pensión de jubilación y fue aprobada mediante oficio con radicación 2018-PENS-519488 de fecha 18 de mayo del 2018. El beneficiario realizó un proceso de control de nulidad y restablecimiento del derecho, contra el acto administrativo que le reconoció su pensión, ante la jurisdicción contenciosa administrativa. (...) se niega su solicitud de continuar vinculada a la planta de la administración municipal después del 14 de agosto del 2022, considerando que sería un incumplimiento de la constitución y la ley...”
3. Que a su juicio la respuesta emitida es vulneradora de sus derechos fundamentales, toda vez que el referido oficio, 2018-PENS-519488 de fecha 18 de mayo del 2018, fue objeto de demanda de Nulidad y Restablecimiento del derecho, y que en dicho oficio fue negada la pensión de jubilación solicitada; ante lo cual hubo necesidad de reformar la demanda. Por lo cual indica, actualmente no tiene reconocida su pensión de jubilación, pese a cumplir los requisitos.
4. La tutelante indica que actualmente sigue cumpliendo con sus deberes como docente en la institución.
5. Que es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.
6. Que actualmente, cursa en el despacho 003 de la Sección B del Tribunal Administrativo del Atlántico, demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, la cual fue admitida en primera instancia y su reforma, el 24 de junio de 2022, providencia que ya les fue notificada a las entidades demandadas.
7. Que es una mujer soltera y sin hijos, sin bienes de ninguna índole, cuya fuente de ingreso, es el salario que devenga como docente, con el cual cubre sus necesidades básicas.
8. En virtud de lo anterior, aduce que concurre ante este Estrado Judicial a fin que se restablezca su derecho fundamental, presuntamente lesionado con la omisión de la entidad accionada.

III. La Sentencia Impugnada.

El Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Malambo - Atlántico, mediante providencia del 30 de septiembre de 2022, tuteló el amparo constitucional invocado por la accionante y ordena a la accionada, Alcaldía Municipal de Malambo, Secretaria de Educación, Abstenerse, de iniciar trámites administrativos tendientes a la desvinculación como DOCENTE de la planta global de la entidad, a la señora YADIRA ESTHER HERNANDEZ CANO hasta tanto no se encuentre vinculada a la nómina de pensionados y por el contrario, se le permita continuar con sus labores de docencia en la institución donde actualmente desempeña las mismas.

El a-quo, en su decisión, sostiene que, analizadas las pruebas allegadas, se encuentra que la actora tiene en la actualidad 70 años de edad, cumpliendo con la de retiro forzoso, desde el pasado 14 de agosto del corriente, sin embargo, de las pruebas adosadas al expediente se tiene que, si bien a la accionante le fue reconocido su derecho pensional, tal decisión no se encuentra en firme aun por la demanda de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DE DERECHO cursante contra tal acto administrativo.

Indica en su decisión que mal haría la ALCALDIA DE MALAMBO- SECRETARIA DE EDUCACIÓN, en iniciar trámites administrativos tendientes a la desvinculación de la señora HERNANDEZ CANO, pues ello acarrearía una vulneración fehaciente de su derecho al mínimo vital, toda vez que la misma atiende sus obligaciones de lo devengado con su salario de DOCENTE, y a su edad sería difícil emplearse en otra entidad para sufragar sus obligaciones tutelando su derecho fundamental.

IV. Impugnación.

- **SECRETARIA DE EDUCACION MUNICIPAL DE MALAMBO ATLANTICO**

La parte accionada Secretaria de Educación de Malambo Atlántico, en memorial radicado a través de correo institucional, presentó impugnación indicando que la señora YADIRA ESTHER HERNANDEZ CANO presentó derecho de petición ante la Secretaría de Educación de Malambo en su condición de docente del área comercial en la Institución Educativa Técnico Comercial Alberto Pumarejo de Malambo, con el fin de solicitar que se ABSTUVIERAN de ordenar automáticamente su retiro del servicio, por el cumplimiento de la edad de 70 años, y así se le dieran continuidad a su vinculación laboral, hasta tanto sea reconocido el derecho a la pensión de jubilación; y, efectivamente, esté incluida en la respectiva nómina de pensionados. La Secretaría de Educación Municipal de Malambo procedió a contestar de forma clara, precisa, congruente y de fondo el derecho de petición elevado por la accionante a través del oficio enviado en fecha 10 de agosto de 2022, al correo electrónico suministrado en las notificaciones de la parte peticionaria: yadirahdzcano@hotmail.com.

Que en respuesta se le indicó previas las consideraciones que cumplió con los requisitos de pensión de jubilación y fue aprobada mediante oficio con radicación 2018-PENS-519488 del 18 de mayo de 2018 y que como beneficiario realizó un proceso de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo que le reconoció su pensión ante la jurisdicción contenciosa administrativa, que en consecuencia a lo anterior se niega su solicitud de continuar vinculada a la planta de la administración municipal

T-2022-00558-01

después del 14 de agosto del 2022, considerando que sería un incumplimiento de la constitución y la ley, causal de procesos disciplinarios y se le sugiere realizar las actuaciones pertinentes, para agilizar su proceso ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

Que la señora HERNANDEZ CANO, hasta la fecha de respuesta de la acción de tutela de primera instancia, esto fue el 23 de septiembre de 2022, permaneció vinculada en la planta global de docentes y directivos docentes del Municipio de Malambo, desempeñando el cargo de docente en la I.E.T.C Alberto Pumarejo de este Municipio.

Sostiene que ese despacho por mandato legal inició los trámites administrativos pertinentes para el retiro del servicio de la referida docente por cumplimiento de la edad máxima para desempeñar cargos públicos, y que el 14 de agosto cumplió 70 años de edad, tal como lo indica su cedula de ciudadanía No. 22.413.098, en consecuencia, mediante Decreto No. 431 del 14 de septiembre de 2022, se retiró del servicio activo por haber alcanzado la edad de retiro forzoso a la Docente YADIRA ESTHER HERNANDEZ CANO identificada con cedula de ciudadanía No. 22.413.098, quien se encontraba vinculada en el empleo denominado Docente de aula del nivel de Básica Secundaria en la I.E.T.C ALBERTO PUMAREJO del Municipio de Malambo, así mismo fue declarada la vacancia definitiva del cargo.

Que el 21 de septiembre de los corrientes la docente en mención a través del correo electrónico: yadirahdz@hotmail.com fue citada para que dentro de los 5 días siguientes a la comunicación se presentara en las instalaciones de la Secretaría de Educación con el fin de ser notificada personalmente del contenido del Decreto No. 431 del 14 de septiembre de 2022, empero como no fue posible surtir la notificación personal pasados los 5 días, se procedió a notificar por aviso adjuntándole el Decreto No. 431 de septiembre 14 de 2022 *“Por medio del cual se retira del servicio a un docente por haber alcanzado la edad de retiro forzoso y se declara la vacancia definitiva del empleo de la planta de cargos financiada con recursos del Sistema General de Participaciones SGP del municipio de Malambo”*, indicándole que su retiro definitivo del servicio docente se efectúa formalmente a partir del día 30 de septiembre del 2022.

Sostiene que no es cierto que la docente YADIRA HERNANDEZ CANO, no tenga reconocida su pensión de jubilación, pues en cumplimiento del procedimiento establecido en el Decreto 2831 de 2005, la Secretaría de Educación Municipal de Malambo envió el 8 de mayo de 2018 a la Fiduciaria La Previsora, entidad encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, todos los documentos y soportes: el proyecto de resolución de reconocimiento y pago de pensión de vejez, pues en efecto cumplió los requisitos para acceder a la misma y fue aprobada mediante oficio con radicación 2018-PENS-519488 de fecha 18 de mayo del 2018; no obstante, la beneficiaria realizó un proceso de medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, contra el acto expedido por la Fiduprevisora, el cual aprobó el reconocimiento de su pensión de jubilación, ante la jurisdicción contencioso administrativa, lo que por ende mantiene en suspenso las demás actuaciones

T-2022-00558-01

administrativas que conlleven a su inclusión en nómina de pensionados hasta tanto se decida judicialmente.

Concluye afirmando que la Administración Municipal procede a realizar retiro del servicio de la señora HERNANDEZ CANO YADIRA ESTHER identificada con C.C. número 22413098, por mandato legal al cumplir los 70 años de edad, se le ha garantizado su mínimo vital desde el 2018 con la aprobación de su derecho a pensión, al cual puede acceder al solicitar su inclusión en nómina ante la Fiduprevisora y las pretensiones realizadas ante el contencioso administrativo, que generen en caso de que el tribunal administrativo falle a su favor, como posibles diferencias en la mesada pensional, serán pagadas con retroactividad desde su inclusión en nómina de pensionado, por lo cual no hay vulneración al mínimo vital.

Que el acto administrativo Decreto N° 431 del 14 de septiembre del 2022, no ha sido declarado nulo, ni suspendido provisional a solicitud de una medida cautelar, por lo cual hay que darle cumplimiento y retirar del servicio a la señora HERNANDEZ CANO.

Que la acción de tutela es improcedente, considerando que existe la jurisdicción contencioso administrativa, en el caso que la accionante decida demandar el acto administrativo Decreto N° 431 del 14 de septiembre del 2022, y la acción de tutela solo procedería como medida cautelar, al existir riesgo irremediable, y sería de manera transitoria mientras el accionante accede a la jurisdicción contenciosa administrativa.

Que de conformidad a concepto con radicado N° 20222060388762, emitido por la función pública, el cual expresa *“En este orden de ideas y conforme con las normas y jurisprudencias anteriormente citadas, esta Dirección Jurídica considera que la edad de retiro forzoso es una causal (justa causa) para el retiro del servicio de empleado públicos. Por lo tanto, aquel servidor público que ha cumplido la edad de 70 años, se encuentra inhabilitado para seguir trabajando en una entidad pública o vincularse como servidor público, excepto los casos permitidos por la Ley. En consecuencia, el trabajador que cumpla 70 años deberá ser retirado del servicio.”*; se puede inferir que de tener que reintegrar a la señora Yadira Hernández, quien cumplió 70 años el 14 de agosto del 2022, sería condenar a la administración a realizar una conducta inapropiada, solicitando se revoque el fallo de primera instancia.

- **YADIRA ESTHER HERNANDEZ CANO**

La accionante en su impugnación solicita se **adicione** la orden impartida y se ordene al Alcalde Municipal de Malambo y a la Secretaria de Educación Municipal que, en un plazo máximo de cuarenta y ocho horas, deberán reintegrar a la accionante sin solución de continuidad hasta tanto esté incluida en nómina de pensionados y se le permita continuar con sus labores de docente del área comercial en la Institución Técnico Comercial Alberto Pumarejo de Malambo Atlántico.

Indica que esa real amenaza de separación del servicio, fue corroborada con el informe rendido por la Alcaldía Municipal de Malambo – Secretaría de Educación, así *“No obstante, la entidad iniciará los trámites administrativos tendientes al retiro del servicio de la referida docente*

T-2022-00558-01

por cumplimiento de la edad máxima para desempeñar cargos públicos, pues el pasado 14 de agosto del corriente, cumplió la misma.” confesión expresa de las autoridades accionadas que fue conocida por el despacho judicial antes de proferir el fallo de primera instancia, indicativo de que las autoridades accionadas tenían la obstinada intención de desvincularla del servicio docente de manera automática, contrariando el precedente judicial de la corte constitucional, pese a que, reitero, no existe acto administrativo que haya reconocido la pensión respectiva y menos que esté incluida en nómina.

Recalca que contrario a lo informado por las autoridades accionadas y lo equivocadamente entendido en el fallo impugnado, el oficio con radicación 2018-PENS519488 de fecha 18 de mayo del 2018, en ninguno de sus apartes le reconoció derecho pensional alguno, tal como lo afirmó en la tutela y se constata en ese documento, el cual anexó desde el inicio de dicho trámite.

Que, a pesar de no haber sido notificada en forma legal del acto administrativo, no se le permitió laborar sino hasta el día 30 de septiembre de 2022, cumpliéndose así con lo anunciado por la accionada, en abierto desafío a la presente acción de tutela y con violación al precedente constitucional y que si el fallo impugnado fue categórico en ordenar abstenerse de iniciar trámite administrativo tendiente a su desvinculación como docente no podían separarla abruptamente del cargo.

Estima la necesidad de la impugnación parcial, frente a la realidad de los hechos (desvinculación), que el fallo de tutela sea adicionado, en el sentido de que se ordene el reintegro, sin solución de continuidad, hasta tanto sea reconocida la pensión respectiva e incluida en nómina.

Pruebas relevantes allegadas.

- Copia de la respuesta a la petición con fecha 10-08-2022
- Certificación existencia proceso administrativo
- Oficio expedido por la Fiduprevisora con radicación 2018-PENS-519488 de fecha 18 de mayo del 2018.
- Decreto No. 431 del 14 de septiembre de 2022.
- Citación para notificación personal del 21 de septiembre de 2022.
- Notificación por aviso del 29 de septiembre de 2022.
- Fallo de primera instancia.
- Escritos de impugnación y anexos

V. CONSIDERACIONES

V.I. Competencia

T-2022-00558-01

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 y en el Decreto 1382 de 2000, este despacho resulta competente para conocer de la impugnación del fallo de la acción de tutela en referencia, por resultar ser el superior funcional de la agencia judicial que la profirió.

Deberán despejarse los siguientes interrogantes:

¿Resulta procedente formalmente la acción de tutela en el caso que nos ocupa?

En caso positivo,

¿La entidad accionada está vulnerando los derechos al Mínimo Vital, Seguridad Social Debido Proceso, Defensa, Salud, Vida Digna y Trabajo de la actora al desvincularle laboralmente estando en edad de retiro forzoso, quedando sin percibir sus ingresos?

- **El derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de trabajadores en estado de incapacidad, de discapacidad, de indefensión, vulnerabilidad o debilidad manifiesta.**

La Corte Constitucional ha efectuado una síntesis de las reglas jurisprudenciales y criterios de interpretación establecidos en los fundamentos considerativos de esta providencia en relación con el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de trabajadores en estado de incapacidad, de discapacidad, de indefensión, vulnerabilidad o debilidad manifiesta, y la procedencia de la tutela para su protección, para posteriormente establecer, los hechos materiales de cada uno de los casos acumulados, y así abordar el análisis de fondo y la resolución de cada uno de ellos.

(i) La acción de tutela procede contra particulares, de conformidad con las causales previstas en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, entre las cuales se encuentra la relación de subordinación entre las partes del proceso, el estado de incapacidad, de discapacidad, de indefensión, de vulnerabilidad o debilidad manifiesta, particularmente para las relaciones derivadas del contrato de trabajo, que ahora nos ocupan.

(ii) Si bien la acción de tutela no es en principio procedente para resolver conflictos derivados de relaciones o vínculos laborales, ya que para ello existe la jurisdicción ordinaria laboral y la contenciosa administrativa, la tutela puede proceder de manera excepcional con el fin de proteger derechos laborales relativos a la terminación unilateral de un contrato de trabajo sin justa causa, por tratarse de un caso de estabilidad laboral reforzada, de un trabajador en estado de discapacidad, de afectación o disminución de su salud, lo cual lo coloca en una situación de indefensión, de vulnerabilidad o debilidad manifiesta, casos frente a los cuales la tutela se torna en mecanismo principal, idóneo y eficaz, respecto a los medios ordinarios de defensa, superándose así el requisito de subsidiariedad, establecido en el Decreto 2591 de 1991, o cuando se instaure la acción de tutela de forma transitoria para evitar la configuración de un perjuicio irremediable.

(iii) La estabilidad laboral implica las siguientes dimensiones:

“i) el derecho a conservar el empleo; (ii) a no ser despedido en razón de la situación de vulnerabilidad; (iii) a permanecer en el empleo hasta que se requiera y siempre que no se configure una causal objetiva que conlleve la desvinculación del mismo y; (iv) a que la autoridad laboral competente autorice el despido, con la previa verificación de la estructuración de la causal objetiva,

T-2022-00558-01

no relacionada con la situación de vulnerabilidad del trabajador, que se aduce para dar por terminado el contrato laboral, so pena que, de no establecerse, el despido sea declarado ineficaz”.

(iv) Por tanto, la protección de la estabilidad laboral reforzada debe prosperar si: a) el trabajador se encuentra en debilidad manifiesta o en estado de vulnerabilidad, que se expresa a través de factores que afectan su salud, bienestar físico, mental o fisiológico; b) la desvinculación del empleado se produjo sin autorización previa de autoridad competente; c) la terminación del contrato o desvinculación del trabajador por motivos discriminatorios se entenderá demostrada si se acreditan las dos primeras reglas señaladas, porque la carga de la prueba se traslada al empleador, quien debe demostrar que despidió al empleado con base en una justa causa, para poder oponerse válidamente al amparo; d) se debe pagar al trabajador una indemnización de 180 días de salario; y e) si ello no ocurre, el despido será ineficaz y por tanto se deberá reintegrar y, según el caso, reubicar al trabajador.

(v) La procedencia excepcional de la tutela para proteger derechos laborales relativos a la terminación de un contrato de trabajo, salvo cuando se trate de casos de estabilidad laboral reforzada, como personas en estado de discapacidad, no solo frente a contratos a término indefinido, sino a toda clase de contratos, y en relación con toda clase de empleadores, incluyendo empresas temporales y contratistas independientes, frente a los cuales se presenta la figura de la responsabilidad solidaria con los derechos laborales del empleador.

(vi) En consecuencia, el despido resulta discriminatorio en razón de la situación de salud del trabajador si se acredita en el caso particular:

(a) Que el peticionario pueda considerarse una persona en incapacidad, discapacitada, o en estado de indefensión, vulnerabilidad o debilidad manifiesta por su estado de salud;

(b) Que el empleador tenga conocimiento de tal situación;

(c) Que se halle probado el nexo causal entre el despido y el estado de salud del trabajador; y

(d) Que no medie la autorización del inspector del trabajo en los casos en que ella resulta menester.

(vii) Finalmente, la alta Corporación reitera el principio de solidaridad como fundamento constitucional de la protección a la estabilidad laboral reforzada, el cual evoca un deber de ayuda o auxilio a las personas que se encuentran en estado de debilidad.-.

• **EL DERECHO AL MINIMO VITAL**

La Corte Constitucional ha reiterado en su jurisprudencia que el mínimo vital es un derecho fundamental ligado estrechamente a la dignidad humana, pues “constituye la porción de los ingresos del trabajador o pensionado que están destinados a la financiación de sus necesidades básicas, como son la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la recreación, la atención en salud, prerrogativas cuya titularidad es indispensable para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana, valor fundante del ordenamiento jurídico constitucional.”

En este orden de ideas, también se ha señalado que el concepto de mínimo vital no se reduce a una perspectiva cuantitativa, sino que, por el contrario, es cualitativo, ya que su contenido depende de las condiciones particulares de cada persona. Así, este derecho no es necesariamente equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente y depende del

entorno personal y familiar de cada quien. De esta forma, cada persona tiene un mínimo vital diferente, que depende en últimas del estatus socioeconómico que ha alcanzado a lo largo de su vida. (Sentencia SU-995 de 1999).

- **REINTEGRO POR DESVINCULACION POR RETIRO FORZOSO**

En la Sentencia T-413 de 2019, la Corte hizo un estudio de procedencia de la acción de tutela frente a la subsidiariedad indicando lo siguiente:

2.1.1. en la sentencia **T-360 de 2017**, se recordó que *“Cuando se trata de solicitudes de reintegro de personas que han sido retiradas de su cargo por haber alcanzado la edad de retiro forzoso, este Tribunal ha reiterado que la acción de tutela procede excepcionalmente como mecanismo definitivo cuando (i) al momento de su desvinculación no había logrado el reconocimiento de una pensión que garantizara su derecho al mínimo vital y (ii) no cuenta con otra fuente de ingresos que le permita satisfacer sus necesidades básicas¹”*.

En esta oportunidad, el caso que ocupó a la Corte fue el de una persona que se desempeñaba como celador en una institución educativa y fue retirado del servicio cuando cumplió 65 años y le faltaban 139 semanas para completar las 1300. En ese caso, esta Corporación consideró que se cumplía el requisito de subsidiariedad y que la acción de tutela procedía como mecanismo definitivo pues involucraba a una persona de la tercera edad, cuando fue desvinculado no se le había reconocido la pensión y no contaba con otra fuente de ingresos para satisfacer sus necesidades básicas.

2.1.2. Con relación al requisito que exige que la persona que invoca el amparo constitucional, no cuente con otra fuente de ingresos que le permita solventar sus necesidades básicas, en la sentencia **T-357 de 2016**,² se reiteró que *“esta Corporación ha considerado en diferentes ocasiones y contextos que la ausencia de recursos económicos, con las consecuencias que tal circunstancia acarrea en la decisión del asunto, no debe ser probada por el peticionario sino que le corresponde a la parte accionada controvertir tal aseveración”*.

Así mismo la H. Corte Constitucional en la sentencia T-631-16 al estudiar un caso de retiro por edad de retiro forzoso en sus consideraciones indicó lo siguiente:

3.5. Es evidente que en la actualidad el contexto fáctico es distinto a aquel en el que fue creada esta regla. Las expectativas de vida de los ciudadanos y las condiciones exigidas por la ley para beneficiarse de una pensión de vejez son diferentes. En 1973 una persona se podía pensionar a los 55 años de edad y su expectativa de vida era de 63 años si era hombre,³ de suerte que alcanzar la edad de 65 años (edad de retiro forzoso) era llegar prácticamente una etapa culminante de la vida, incluso superar la expectativa de vida. Actualmente, con el régimen general de pensiones, para hacerse beneficiario de una pensión de vejez, en el caso de los hombres se debe contar con 62 años de edad, y ha aumentado la expectativa de vida a 70 años. De manera que tanto la edad, como el tiempo de cotizaciones desde el año 1973 han aumentado de manera proporcional y en cambio la edad de retiro forzoso sigue siendo la misma. Lo cual significa que

¹ Corte Constitucional. Sentencia T-294 de 2013. MP. María Victoria Calle Correa.

² MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

³ Departamento Administrativo Nacional de Estadística. Indicadores de mortalidad. Ver en: https://www.dane.gov.co/files/comunicados/Dia_mundial_poblacion.pdf

cumplir 65 años hoy en día no significa necesariamente que una persona haya perdido su fuerza productiva y menos que en todos los casos haya cumplido los requisitos de edad, pero sobre todo de tiempo de cotizaciones para adquirir una pensión por vejez.

3.6. Sin embargo, a esta Sala no le corresponde cuestionar la constitucionalidad del límite de edad para efectos de que una persona pueda ejercer un cargo público, pero si le interesa el impacto que esta norma pueda tener en el goce efectivo de los derechos a la seguridad social y al mínimo vital. Por el transcurso del tiempo y la evolución social de las políticas públicas, los requisitos para beneficiarse de una pensión de vejez han aumentado tanto el tiempo de cotización como en el número de semanas cotizadas, y la expectativa de vida de las personas también. Así, la aplicación automática de la norma podría generar situaciones en las cuales se desconocen los derechos fundamentales de quienes son desvinculados del servicio público por el solo hecho de cumplir la edad de 65 años.

3.7. Por esta razón, la misma jurisprudencia constitucional en repetidas oportunidades ha estudiado casos en los que ha sentado un precedente según el cual esta norma no se aplica de forma indiscriminada. En ese sentido ha explicado que solo es razonable la decisión de desvincular del servicio a una persona mayor que ha alcanzado la edad de retiro forzoso, cuando el empleador ha tenido en cuenta las circunstancias específicas del trabajador, y con la decisión no se afecten sus derechos fundamentales. Para elaborar este análisis, ha proporcionado tres criterios a tener en cuenta: (i) valoración de las circunstancias específicas para evitar la afectación a su mínimo vital,⁴ (ii) la falta de definición de la situación pensional por razones ajenas al trabajador,⁵ y (iii) que el trabajador tenga una expectativa legítima del reconocimiento de su pensión, como es el caso de los prepensionados.⁶

VIII. Del Caso Concreto.

De acuerdo con el memorial que impulsa la presente acción la demandante señora YADIRA ESTHER HERNANDEZ CANO solicita la protección de sus derechos fundamentales al MINIMO VITAL, TRABAJO, SEGURIDAD SOCIAL, que afirma está siendo conculcado por el MUNICIPIO DE MALAMBO ATLANTICO y la SECRETARIA DE EDUCACION MUNICIPAL DE MALAMBO, al asegurar que al desvincularla como docente por haber llegado a la edad de retiro forzoso, cuyo acto administrativo no le fue notificado de manera legal y que no se encuentra en nómina de pensionados pese haber solicitado

⁴ En estas sentencias la Corte Constitucional utilizó el criterio de valorar las circunstancias específicas del caso para evitar afectaciones al mínimo vital en la resolución del caso concreto: T-008 de 2009 (MP Manuel José Cepeda), T-012 de 2009 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-865 de 2009 (MP Jorge Iván Palacio), T-496 de 2010 (MP Jorge Iván Palacio), T- 487 de 2010 (MP Juan Carlos Henao), T- 007 de 2010 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-086 de 2011 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-154 de 2012 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), T- 038 de 2012 (MP María Victoria Calle Correa), T- 294 de 2013 (MP María Victoria Calle Correa), T-682 de 2014 (MP Jorge Iván Palacio), T-734 de 2015 (MP María Victoria Calle) T-643 de 2015 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez).

⁵ En estas sentencias la Corte Constitucional se basó en el criterio de no existir definición de la situación pensional del trabajador para no aplicar automáticamente el retiro forzoso por edad: T- 487 de 2010 (MP Juan Carlos Henao), T-008 de 2009 (MP Manuel José Cepeda), T-012 de 2009 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-865 de 2009 (MP Jorge Iván Palacio), T-495 de 2011 (MP Juan Carlos Henao).

⁶ En estas sentencias la Corte Constitucional se basó en el hecho de que el trabajador tuviera una expectativa legítima de pensionarse en un tiempo próximo para no aplicar el retiro forzoso de manera automática: T- 496 de 2010 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-495 de 2011 (MP Juan Carlos Henao).

T-2022-00558-01

ante la Secretaría de Educación solicitud de pensión de jubilación por cumplir con los requisitos y que de acuerdo al acto administrativo expedido por la FIDUPREVISORA, inicio una acción de nulidad y restablecimiento del derecho la cual se encuentra en proceso ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa a la espera de las resultas para que sea incluida en nómina de pensionados, siendo excluida de nómina al ser desvinculada desde el 1 de octubre de 2022 afectando de esta manera el mínimo vital fundamental para subsistir.

El Juez de primera instancia concedió el amparo constitucional invocado por la accionante, considerando que el municipio accionado debió garantizar a la actora, el derecho a permanecer en el servicio y a recibir la remuneración de ley, y no ser desvinculada con base en una aplicación objetiva de las normas de retiro forzoso del servicio por edad, tal como la ha venido manifestando la H. Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia, sin considerar que se debe propender por la protección del derecho al mínimo vital y acceso a la seguridad social del actor, dado que su única fuente de ingresos era el salario devengado como docente y al no existir prueba alguna que acredite que a la accionante se le haya incluido en la nómina de pensionados del fondo de pensiones del Magisterio.

La parte accionada presentó escrito de impugnación, manifestando que la accionante fue notificada personalmente del contenido del Decreto No. 431 del 14 de septiembre de 2022, a través de aviso adjuntándole dicho decreto, indicándole que su retiro definitivo del servicio docente se efectúa formalmente a partir del día 30 de septiembre del 2022.

Indica que en cumplimiento del procedimiento establecido en el Decreto 2831 de 2005, la Secretaría de Educación Municipal de Malambo envió el 8 de mayo de 2018 a la Fiduciaria La Previsora, entidad encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, todos los documentos y soportes el proyecto de resolución de reconocimiento y pago de pensión de vejez, pues en efecto cumplió los requisitos para acceder a la misma y fue aprobada mediante oficio con radicación 2018-PENS-519488 de fecha 18 de mayo del 2018; no obstante la beneficiaria realizó un proceso de medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, contra el acto expedido por la Fiduprevisora, el cual aprobó el reconocimiento de su pensión de jubilación, ante la jurisdicción contenciosa administrativa, lo que por ende mantiene en suspenso las demás actuaciones administrativas que conlleven a su inclusión en nómina de pensionados hasta tanto se decida judicialmente.

Por su parte la accionante solicita en su impugnación que en segunda instancia se adicione el fallo en el sentido de que se ordene el reintegro, sin solución de continuidad, hasta tanto sea reconocida la pensión respectiva y sea incluida en nómina.

Dicho lo anterior, pasará este fallador de instancia a hacer unas precisiones en torno a la procedencia formal de la acción, y a luego se ocupará de establecer si en el caso concreto se cumplen las sub-reglas jurisprudenciales trazadas por la Corte Constitucional para que en el tema que nos ocupa prospere la acción de tutela.

T-2022-00558-01

La Corte Constitucional ha establecido en reiteradas ocasiones la improcedencia de la acción de tutela para solicitar reintegros laborales, toda vez que existen otros medios de defensa judicial a los cuales puede acudir para lograr lo pretendido; no obstante excepcionalmente es aceptada la viabilidad del amparo cuando se establece que aquellos mecanismos de defensa no son idóneos o que se requiera la urgente intervención del Juez de tutela para evitar la configuración de un perjuicio irremediable.

De igual manera, ha establecido como excepción a la regla general de improcedencia, que se trate de un trabajador que se encuentre en situación de debilidad manifiesta o en circunstancia que le conceda el derecho a permanecer en su empleo, es decir, en una circunstancia que le otorgue el derecho a la estabilidad laboral reforzada como es el caso que han sufrido deterioro de su salud durante el desarrollo de sus funciones, o que hayan cumplido la edad de retiro forzoso y no cuenten con otros ingresos salvo los devengados de su salario.

En estos casos, la acción de tutela es el medio idóneo y preferente, en razón a la protección laboral reforzada que consagra explícitamente el texto constitucional a favor de las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad.

En el caso de marras, la tutelante hace derivar el desmedro de sus garantías fundamentales del hecho de haber sido desvinculada sin tener en cuenta que no se encuentra en nómina del fondo de pensiones del Magisterio a través de la Fiduprevisora, pese haber presentado solicitud ante dicho fondo a través de la Secretaria de Educación de la cual fue expedido acto administrativo el cual fue objeto de acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contenciosa administrativa por no estar conforme con lo allí resuelto, sin que por parte de dicha jurisdicción se haya proferido sentencia alguna hasta este tópico.

Por lo que considera esta instancia que la acción deprecada por la actora resulta procedente, pues se trata de una mujer adulta mayor con 70 años de edad cumplidos en agosto del presente año, considerada de la tercera edad, constituyéndose en sujeto de especial protección constitucional, y que su única fuente de ingresos era su salario para subsistir y atender sus compromisos o gastos generados de su vida diaria.

Atendiendo los precedentes constitucionales, encuentra esta instancia que le asiste razón al juzgador de primera instancia, al conceder el amparo constitucional de la actora, pues se encuentra demostrado que al ser retirada por el ente municipal accionado de su cargo sin haber estado incluida en nómina de pensionados, se vulnera el derecho fundamental al mínimo vital, a la vida digna, a la seguridad social y salud; aunado a que pese haber iniciado acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el oficio con radicación 2018-PENS-519488 de fecha 18 de mayo del 2018, que se refiere a la pensión de la accionante, fue excluida de la nómina del empleador pese a no estar en firme dicho acto administrativo.

Dicho lo anterior, la presente acción de tutela se confirmará la sentencia de 1º instancia, pues como se dijo, que, siendo la única fuente de ingresos de la actora y por llegar a la edad de retiro forzoso, la convierte en un sujeto de especial protección constitucional,

T-2022-00558-01

atendiendo a las disposiciones jurisprudenciales que otorgan una protección reforzada a los adultos mayores, aunado al hecho que existe proceso en curso referente a los trámites de su pensión por vejez, afirmando que no cuenta con ingresos que le permitan solventar los gastos del hogar, hecho que no fue desvirtuado por el accionado, siendo su salario su única fuente de ingreso para suplir sus gastos básicos, el que dejó de ser recibido desde su desvinculación del cargo, acreditándose de esta manera el perjuicio irremediable necesario para la procedencia de la acción constitucional.

En cuanto a la solicitud de reintegro presentada por la accionante, esta instancia considera que el Municipio accionado debió garantizar a la actora el derecho a permanecer en el cargo, prestando el servicio de docente y a recibir la remuneración de ley y a no ser desvinculada con base en una aplicación objetiva de las normas de retiro forzoso del servicio por edad, tal como la ha venido manifestando la H. Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia, sin considerar que se debe propender por la protección del derecho al mínimo vital y acceso a la seguridad social del adulto mayor, dado que su única fuente de ingresos era el salario devengado y no existe prueba alguna que acredite que la señora Yadira Esther Hernández Cano, haya sido incluida en la nómina de pensionados del fondo de pensiones del magisterio a través de la fiduprevisora, de manera que actualmente ha dejado de recibir los ingresos económicos necesarios para sufragar los gastos tendientes a satisfacer sus necesidades básicas, máxime que se ha allegado al proceso prueba que ésta se encuentra adelantando un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho contra el oficio con radicación 2018-PENS-519488 de fecha 18 de mayo del 2018, que se refiere a la pensión de la accionante, por lo que se ordenará el reintegro de la accionante hasta tanto sea incluida en nómina de pensionados a fin de salvaguardar el mínimo vital y evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Soledad administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de tutela de fecha de treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022), proferido por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Malambo - Atlántico, por las razones expuestas en la parte motiva.

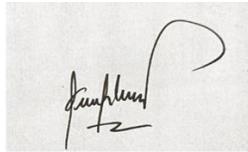
SEGUNDO: ADICIONAR al fallo de primera instancia en el sentido de Ordenar al accionado, ALCALDIA MUNICIPAL DE MALAMBO -SECRETARIA DE EDUCACIÓN, que en caso de haberse materializado la desvinculación como DOCENTE de la planta global de la entidad, de la señora YADIRA ESTHER HERNANDEZ CANO, dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas, expida los actos necesarios y correspondiente para que en ese mismo lapso sea REINTEGRADA al cargo que ocupaba y hasta que se encuentre vinculada a la nómina de pensionados, permitiéndole continuar con sus labores de docencia en la institución donde actualmente desempeña las mismas. De conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente fallo.

T-2022-00558-01

TERCERO: Notificar esta providencia a las partes, así como al Defensor del Pueblo, por el medio más expedito y eficaz.

CUARTO: Remítase el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, según lo dispuesto en el Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



GERMAN RODRIGUEZ PACHECO

Juez

Firmado Por:

German Emilio Rodriguez Pacheco

Juez

Juzgado De Circuito

Civil 001

Soledad - Atlantico

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **72f6b761c4e8d6eeaf8c64b7be458162f5ecae1e8487702c185633a56269e6eb**

Documento generado en 29/11/2022 07:40:14 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>