

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

Magistrado ponente

STC14799-2019

Radicación n.º 47001-22-13-000-2019-00174-02

(Aprobado en sesión de veintitrés de octubre de dos mil diecinueve)

Bogotá, D. C., treinta (30) de octubre de dos mil diecinueve (2019).

Decide la Corte la impugnación formulada frente al fallo de tutela proferido el once (11) de septiembre de dos mil diecinueve por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta dentro de la acción de tutela promovida por Ercilia Mercado Ospino en contra del Juzgado Segundo Civil Circuito de Santa Marta y la Gobernación del Magdalena; trámite al que se ordenó vincular a todas las autoridades judiciales, partes e intervinientes en la queja constitucional.

## I. ANTECEDENTES

### La pretensión

La accionante solicitó el amparo de sus derechos fundamentales al «acceso a la justicia, debido proceso, seguridad social, mínimo vital y salud» los cuales estimó vulnerados por las autoridades accionadas, frente a la determinación de 27 de marzo de 2019, mediante la cual no accedió a darle trámite al incidente de desacato que promovió, toda vez que, existe orden de tutela que protegió su condición de ser relevada del cargo que actualmente ocupa, lo que le causaría un perjuicio irremediable al estar amenazada su expectativa pensional de vejez.

Pretende en consecuencia que «se ordene a los accionados (i) abrir el incidente de desacato presentado en contra de la Gobernación del Magdalena (ii) en caso de que no se accedan a la anterior pretensión, se ordene el reintegro con los sueldos dejados de percibir (iii) en el caso de que no procese el reintegro, pague los aportes de seguridad social restantes». [Folio 2 c.1]

### Los hechos

1. La accionante fue nombrada mediante Decreto N° 819 de 17 de octubre de 1995, como profesora universitaria grado 03 en la Gobernación del Magdalena y posteriormente, fue nombrada en propiedad mediante Resolución N° 409 de 18 de mayo de 2007.

2. Mediante Decreto 019 de 25 de enero de 2011 expedido por la Gobernación, fue desvinculada «edad de retiro de forzoso» y en su lugar, se declaró la vacancia del cargo.

3. Inconforme la promotora de la queja, interpuso recurso de reposición contra la anterior determinación, para lo cual la autoridad judicial resolvió confirmar el acto administrativo recurrido.

4. Por lo anterior, la quejosa acudió al mecanismo constitucional, tras considerar que la entidad gubernamental vulneró sus derechos fundamentales, toda vez que, es una persona de 68 años de edad que además, no había cumplido el tiempo para cumplir con el requisito legal de tiempo de servicio, para obtener el reconocimiento de la pensión de vejez.

5. El conocimiento del asunto le correspondió por reparto al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Santa Marta, quien concedió el amparo rogado en sentencia de tutela de 16 de marzo de 2019, en el cual ordenó a la Gobernación de Magdalena «(...) para que en el término de 48 horas contadas a partir de

notificación de éste proveído, proceda a reintegrar a la señora ERCILIA ROSA MERCADO OSPINO en el cargo que venía desempeñando o en una de la misma categoría, para que manifieste si opta por seguir cotizando al sistema de pensiones hasta completar el número de semanas exigidas para tener derecho a la pensión de vejez, o si se encuentra en la imposibilidad de seguir cotizando y decide optar por la solicitud de indemnización sustitutiva de vejez, en cuyo caso en el ente enjuiciado deberá apoyarla en los términos tendientes a obtener dicho reconocimiento y solo podrá desvincularla hasta que efectivamente se produzca el pago de dicha prestación económica».

6. Contra la anterior determinación, la entidad accionada presentó recurso de impugnación.

7. El 10 de mayo de 2011, el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial, resolvió confirmar la decisión a quo, no obstante advirtió en la parte resolutive «la entidad accionada no está obligada a mantenerla en el cargo si opta por ésta preceptiva, si por el contrario se decide por solicitar la indemnización sustitutiva, en el que solo procede su desvinculación, una vez hayan sido cancelados los dineros reconocidos por el concepto».

8. En ese orden, dando cumplimiento a lo ordenado por las autoridades judiciales, la tutelante decidió seguir cotizando al sistema de seguridad social.

9. Seguido, la entidad gubernamental expidió Decreto N° 0691 del 27 de diciembre de 2018, en el que se «ordenó el retiro forzoso y se declara la vacancia definitiva del cargo de la Planta Global de Cargos (Administración Central Departamental del Magdalena», lo anterior porque constató que nació en el 1942, es decir, a la fecha tienes más de 65 años.

10. Inconforme la accionante, radicó memorial en el que interpuso recurso de reposición y en subapelación, contra la anterior decisión.

11. En Resolución N° 0217 de 28 de febrero de 2019, la entidad accionada resolvió la impugnación y confirmó la decisión recurrida y frente a al recurso de apelación lo declaró no procedente, de conformidad con lo establecido en el numeral 2° del artículo 74 de la Ley 1437 de 2011.

12. Ante tal negativa, la peticionaria del amparo acudió al Juzgado Segundo Civil del Circuito, que conoció de la acción de tutela que presentó en el 2011, con el fin de iniciar apertura al incidente de desacato por incumplimiento al fallo de tutela dictado el 16 de marzo de 2011 y confirmado por el Tribunal Superior el 10 de mayo siguiente.

13. Sin embargo, esa agencia judicial en proveído de 27 de marzo de 2019, negó la apertura al incidente de desacato, misma que fue recurrida mediante los recursos de ley.

14. El Juez de conocimiento en proveído de 8 de mayo de este año, negó por improcedente los medios de impugnación.

15. En desacuerdo la accionante, acudió al mecanismo constitucional tras considerar que las autoridades vulneraron sus derechos fundamentales, frente a la determinación de 27 de marzo de 2019, mediante la cual no accedió a darle trámite al incidente de desacato que promovió, toda vez que, existe orden de tutela que protegió su condición de no ser relevada del cargo que actualmente ocupa, lo que le causaría perjuicio irremediable al ver amenazada su expectativa pensional de vejez.

#### C. El trámite de la instancia

1. El conocimiento del asunto en primera instancia, le correspondió a la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta y en proveído de 13 de junio de 2019 fue admitida la acción de tutela y se ordenó correr traslado a las entidades accionadas para que ejercieran su derecho a la defensa [Folio 71, c.1].

El apoderado de la accionante afirmó que el cargo de la accionante no estaba siendo ocupado.

Por su lado, la Gobernadora del Magdalena indicó que retiró del cargo a la accionante en razón causal contemplada en el decreto 648 de 2017, conforme dicta el artículo 1º de la Ley 1831 de 2016, es, por haber alcanzado la edad de retiro forzoso, pues detenta 76 años. Así mismo, manifestó que promotora no tiene la calidad de pre-pensionada, porque a la fecha le faltan 3 años y 4 meses de tiempo de servicio para poder acceder a la pensión de vejez.

También alegó que, en razón de la orden tutelar la requirió en diversas ocasiones, para que adelara los trámites pertinentes para su pensión, con el fin de iniciar su etapa de retiro; por lo que estima que la peticionaria del amparo quien incumplió, pues en el transcurso de 8 años no solicitó el reconocimiento pensional, ni tramitó la indemnización sustitutiva, según el caso, máxime cuando optó por lo primero.

2. En sentencia de tutela de 26 de junio de 2019, esa Corporación negó el amparo constitucional considerando que, de los elementos demostrativos aportados no daban lugar a abrir el trámite incidental, no existe presupuesto para su iniciación.

En desacuerdo, la accionante presentó escrito de impugnación en el que insistió acerca de abrir el trámite incidental y de igual forma, reiteró que el Tribunal no le estudió de fondo la calidad que le da como pre-pensionada y que tiene derecho a su reintegro.

3. Allegadas las diligencias a ésta Colegiatura, en proveído de 13 de agosto de 2019 decretó la nulidad de la anterior determinación y, en su lugar, ordenó la vinculación de Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, Planta Global de Cargos de la Administración Central Departamental Magdalena, Oficina de Control Interno (Jefe de Oficina de Talento Humano), Secretaría General de la Gobernación del Magdalena y a la Oficina Asesora Jurídica.

Dando cumplimiento a lo ordenado por parte del Tribunal Superior de Santa Marta, el 11 de septiembre de 2019 profirió sentencia de tutela nuevamente en la que negó el amparo constitucional frente a la determinación que negó la apertura del incidente de desacato, por cuanto no se avizora abusiva, grosera o menos desconocedora de las normas que reglamentan el incidente de desacato, en la medida que corresponden a un estudio juicioso y serio efectuado del mandato judicial adoptado en primera instancia el 16 de marzo de 2011.

De otra parte, con respecto a la censura de la actora acerca de su desvinculación del cargo por parte de la Gobernación del Magdalena por haber alcanzado la edad de retiro forzoso, amparó los derechos fundamentales de la quejosa y dispuso que esa entidad reintegre al cargo que desempeñaba u otro similar hasta tanto le sea reconocida la pensión de vejez y se produzca su inclusión en nómina.

4. Inconforme la Gobernación del Magdalena con la anterior decisión, presentó escrito de impugnación en el que expuso que no es procedente extender los efectos derivados del beneficio de pre-pensión habida cuenta de que su situación no se encuadra dentro de los parámetros establecidos en el precedente pues a la fecha a la solicitante le faltan tres años y 4 meses de tiempo de servicio para poder acceder a la pensión de vejez.

## II. CONSIDERACIONES

1. Como ha sostenido la jurisprudencia, por regla general la acción de tutela no procede contra providencias judiciales y, por tanto, sólo en forma excepcional resulta viable la prosperidad del amparo para atacar decisiones cuando con ellas se causa vulneración a los derechos fundamentales de los asociados.

De igual modo, ha reiterado esta Sala la impertinencia del amparo constitucional para atacar decisiones proferidas dentro de un incidente de desacato, toda vez que en esos trámites «no se considera procedente ningún otro instrumento diferente de reestudio, incluida como es natural la acción de tutela, porque convertiría en un mecanismo llamado a minar las determinaciones tomadas en desarrollo de un trámite indiscutido raigambre constitucional» (CSJ SC, 29 Nov. 2006, Rad. 2001-01927).

Sin embargo, también se ha establecido, que de manera excepcional es procedente este mecanismo

cuando en la tramitación se ha desconocido flagrantemente la garantía constitucional al debido proceso de los intervinientes. Según se ha dicho, «... en el evento en que durante el curso del incidente se advierte desconocimiento del derecho al debido proceso y como consecuencia de ello se constituya una vía de hecho es perfectamente admisible que quien considere vulnerado su derecho acuda a la acción de tutela para procurar de obtener protección constitucional. Será el juez de tutela, entonces, el que entre a valorar si en el caso concreto se configuran los presupuestos para la procedencia de la acción contra providencias judiciales y si se configura o no una vía de hecho. (...)» (CSJ SC, 8 Feb. 2008, Rad. 2001-00344; 3 Mar. 2010, Rad. 2010-00082; 4 Jul. 2012, Rad. 2012-01297).

Se ha dicho, entonces, que “si hoy es pacífico que contra lo sentenciado en tutela, no es dable acción de naturaleza semejante, menos procedería esta acción extraordinaria en punto a las providencias que se pronuncien en la etapa derivada del incumplimiento de la parte resolutoria que se denuncie (incidente de desacato)”

No obstante, también se estableció que, de manera excepcional, es procedente este mecanismo, cuando se desconoce de manera flagrante la garantía constitucional al debido proceso de los intervinientes.

2. En el caso sub judice, a partir del examen de la providencia de 27 de marzo de 2019, dictada por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Santa Marta mediante la cual no accedió a darle trámite al incidente de desacato que promovió, al no constatar el incumplimiento del fallo de tutela (primera instancia el 10 de marzo de 2011 – segunda instancia el 10 de mayo de 2011 por el Tribunal de ese Distrito Judicial), no se advierte procedente la concesión del amparo, por cuanto la determinación que se tomó no es resultado de un subjetivo criterio que conlleve ostensible desviación del ordenamiento jurídico y por ende, no tiene aptitud para lesionar las garantías superiores de quien promovió la queja constitucional.

En efecto, para fundamentar su decisión la autoridad accionada señaló que no era procedente acceder a las pretensiones de la actora por cuanto al hacer un recuento del caso censurado, se observó que la Gobernación del Magdalena reintegró al cargo como “profesional universitaria grado 03” a la accionada el año 2011, además de permitirle elegir en su momento, seguir cotizando al sistema de pensiones, lo que guarda correspondencia con la orden tutelar en la que taxativamente se plasmó lo siguiente:

« 1. Seguir cotizando en el sistema de pensiones hasta alcanzar el tiempo requerido para obtener la jubilación, evento en el cual la entidad accionada no está obligada a mantenerla en el cargo.

2. Solicitar la indemnización sustitutiva, casi en el que solo procede su desvinculación, una vez hayan cancelados los dineros reconocidos por tal concepto».

No obstante, el mandato tal como se constató, no se extendió para la permanencia en el cargo de la actora promotora de la queja hasta tanto cumpliera con los requisitos para obtener la pensión de vejez; de lo que se desprende que, las órdenes fueron cumplidas a cabalidad por el empleador, por tanto no era viable incurrir en un incidente por incumplimiento, como lo pretende la tutelante.

3. De lo anterior, se extrae que la autoridad judicial accionada consideró la improcedencia de la acción de desacato por incumplimiento contra la entidad empleadora, tras advertir que aquella guarda observancia con lo ordenado por ese despacho respecto al reintegro a las labores de la quejosa.

Así las cosas, surge palpable que la pretensión de la gestora del amparo se circunscribió, de modo exclusivo a un subjetivo disenso frente a las razones en que la autoridad accionada se basó para resolver el asunto puesto en su conocimiento, disconformidad que, naturalmente, excede el ámbito de la tutela, por independencia de que la Corte prohíba o no la tesis que se reprocha.

Lo antepuesto, porque está claro que, en ejercicio de sus atribuciones legales, el administrador de justicia tiene entera libertad para realizar una apreciación autónoma y reflexiva de los medios demostrativos que a partir de los cuales debe formar su convencimiento, y aplicar al asunto sus razonamientos de orden jurídico sin incurrir, desde luego, en desviación ostensible del ordenamiento legal al interpretar las normas que regulan la temática de la discusión procesal, supuesto que no se advierte configurado en el caso, por lo

le está vedado al juez del amparo interferir en la labor acometida bajo los principios de autonomía e independencia que demarcan la función judicial.

Por ello, la accionante no puede pretender anteponer su propia interpretación, a la de la colegia accionada y atacar, por esta vía, la decisión que considera lo desfavoreció, pues tal finalidad resulta ajena a la acción de tutela, mecanismo que dada su naturaleza excepcional no fue creado para erigirse como una instancia más dentro de los juicios ordinarios.

Al respecto, la Sala ha sostenido «que al sentenciador de tutela le está vedado reexaminar si el juzgado acusado realizó la más convincente o adecuada de las interpretaciones, pues tal tarea está por fuera de facultades, ya que «...independientemente de que se comparta o no la hermenéutica del juzgador ella no descalifica su decisión ni la convierte en caprichosa y con entidad suficiente de configurar vía de hecho una instancia más dentro de los juicios ordinarios» (Sentencia CSJ SC, 20 de septiembre de 2012, Rad. 2012-00245-01.).

4. De otra parte, frente al último reparo consistente en la desvinculación que realizó la Gobernación del Magdalena, mediante Decreto N° 0691 del 27 de diciembre de 2018, en el que se «ordenó el retiro forzoso y se declara la vacancia definitiva del cargo de la Planta Global de Cargos de la Administración Central del Departamento del Magdalena» de la peticionaria del amparo, lo anterior porque constató que nació el 15 de agosto de 1942, es decir, a la fecha tiene más de 65 años; se advierte que debe concederse la protección reclamada, toda vez que la citada autoridad transgredió los derechos fundamentales invocados, que amerita la intervención del juez constitucional, por las razones que pasan a explicarse.

En efecto, la promotora de la queja adujo en el escrito de tutela encontrarse en una situación de vulnerabilidad manifiesta que implica una estabilidad laboral reforzada, por cuanto le falta un corto periodo de tiempo para completar el número de semanas de cotización para acceder al derecho a la pensión de vejez.

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional creó una prerrogativa que propende por la especial protección de las personas, cuando se trata de solicitudes dirigidas a obtener el reintegro por haber sido desvinculadas de su cargo al alcanzar la edad de retiro forzoso; al respecto el máximo Tribunal Constitucional en Sentencia T-360 de 2017 reiteró la procedencia excepcional como mecanismo definitivo en los casos que: «(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 básicas».

En igual sentido, la Corte Constitucional identificó una regla según la cual, obliga al empleador a establecer de manera razonada la desvinculación laboral por retiro forzoso, el cual no opera automáticamente, sino que, debe hacerse bajo los parámetros que rodean las circunstancias de cada caso (criterio económico y laboral), para evitar la vulneración de los derechos fundamentales.

El anterior derrotero, exige a la entidad realizar un análisis que permita entrever si la peticionaria ha logrado garantizar su mínimo vital, asegurándole el goce efectivo del derecho fundamental a la igualdad de oportunidades y condiciones de trabajo, que en el ámbito profesional representa una permanencia en el empleo, hasta tanto, adquiere «(...) 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» (Sentencia T-678/17; Corte Constitucional).

5. En el caso que ocupa la atención de la Sala, se logra establecer que la accionante, a partir de los documentos que reposan en el plenario, conforme al certificado expedido por la Administradora de Pensiones –Colpensiones- el 9 de abril de 2019, se constató que hasta esa fecha los aportes al sistema de seguridad social en pensión, completaban un total de 1161.86 semanas cotizadas, quiere decir que la accionante para obtener el reconocimiento de su pensión de vejez, le faltan 138.86 semanas equivalente a tiempo de servicio a dos (2) años y siete (7) meses.

Aunado a lo anterior, la peticionaria del amparo declaró que: i) tiene 77 años de edad, ii) su única fuente de ingresos es el salario que percibía por su trabajo en la Gobernación del Magdalena con el profesional grado 03, iii) tiene a su cargo una menor de edad, iv) tiene obligaciones que cumplir para su subsistencia, tales como el pago de los servicios públicos, créditos bancarios, entre otras y, v) no tiene familiares a quienes pueda acudir.

En ese orden, en los casos de retiros forzosos la Carta Política preceptúa en el artículo 125 que el retiro de los empleados 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. El segundo fundamento se encuentra contenido en la Ley 1821 de 2016 la cual modificó la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas: «La edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñen funciones públicas será de setenta (70) años. Una vez cumplido el término causará el retiro inmediato del cargo que desempeñen sin que puedan ser reintegradas bajo ninguna circunstancia».

De lo que surge palpable, la edad de retiro forzoso es una causal de desvinculación del cargo para los empleados públicos que se activa con el cumplimiento de los 70 años, sin que, en principio, puedan ser reintegrados bajo ninguna circunstancia.

Sin embargo, su aplicación no es irreflexiva puesto que, debe ser con sujeción a criterios de razonabilidad que no afecten el derecho fundamental al mínimo vital, así lo consideró la Corte Constitucional en Sentencia T-643 de 2015:

«La aplicación de las normas que establecen el retiro forzoso como causal de desvinculación debe hacerse de forma razonable, valorando las circunstancias especiales de cada caso, con el fin de evitar la violación de los derechos fundamentales de los adultos mayores. Específicamente se ha entendido que la aplicación objetiva, sin verificar el contexto en el que tiene lugar su exigibilidad, puede llevar a efectos contrarios a la Carta, al poner a sus destinatarios ante el desconocimiento de su mínimo vital, cuando éstos carecen de las condiciones para asegurar la satisfacción de sus necesidades básicas y todavía no acreditan los requisitos para acceder a una pensión de vejez, existiendo por lo menos una expectativa legítima sobre su reconocimiento».

La verificación del contexto y de la situación del trabajador como presupuesto para la aplicación razonable de la causal de desvinculación del retiro forzoso, es adecuada y razonable para prevenir una afectación grave al mínimo vital».

Además complementó en la Sentencia T-495 de 2011, lo siguiente:

«La Corte consideró que “[e]n otras palabras, la desvinculación de un funcionario por alcanzar la edad de retiro forzoso no puede llevarse a cabo de manera objetiva y automática, sin analizar antes las particularidades de cada caso, debido a que como la decisión implica privar de un ingreso a una persona en la tercera edad, ello puede tener consecuencias transgresoras de garantías fundamentales que pueden ir desde el derecho al mínimo vital hasta el derecho a la salud”.

6. Al revisar el asunto sometido a consideración de la Corte, se advierte la procedencia del resguardo dado que la accionante, quien ocupa el cargo de profesional universitaria grado 03 en la Gobernación del Magdalena nombrada en propiedad, demostró que tiene 77 años a la fecha de su desvinculación, su salario era su única fuente de ingresos y que le faltan 138.86 semanas equivalentes en tiempo de servicio a dos (2) años y siete (7) meses, para obtener el reconocimiento de la pensión de vejez y, con ello, un ingreso para sostenerse a sí misma.

Lo anterior permite concluir que, la desvinculación de la quejosa no fue razonable, en la medida que se evaluó su situación particular previo a la aplicación de la causal del cumplimiento de la edad de retiro forzoso, para verificar que no se afectara su mínimo vital, ello por cuanto, no tiene una fuente de ingreso distinta a su salario, no tiene los medios para depender económicamente de sí misma y porque su edad y el trabajo que ha desempeñado durante varios años, disminuyen sus posibilidades de conseguir empleo.

En tal sentido, se mantendrá la sentencia impugnada y, se ordenará a la Gobernación del Magda que, dentro de los cinco (5) días, proceda a reintegrar a la accionante al cargo que desempeñaba u similar, hasta tanto le sea reconocida su pensión de vejez y se produzca su inclusión en la nómina.

7. Las razones que se han dejado consignadas se estiman suficientes para confirmar el fallo que po de impugnación se ha revisado.

### III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justici nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia impugnada.

Comuníquese telegráficamente lo aquí resuelto a las partes; y, en oportunidad, remítase el expediente Corte Constitucional, para su eventual revisión.

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

Presidente de Sala

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

LUIS ALONSO RICO PUERTA

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.  
Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior  
n.d.  
Última actualización: 20 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.716 - 3 de abril de 2024)

