

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO TERCERO CIVIL MUNICIPAL  
POPAYÁN – CAUCA  
[j03cmpayan@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:j03cmpayan@cendoj.ramajudicial.gov.co)

**SENTENCIA TUTELA No. 303**

Popayán, Cauca, primero (01) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

Referencia:	ACCION DE TUTELA
Accionante:	MARIA MILAGROS YONDAPIZ PARDO
Accionado:	DEPARTAMENTO DEL CAUCA – SECRETARIA DE EDUCACION Y CULTURA
Radicado:	190014003003-2023-00608-00

**I. Asunto:**

Al haberse dado cumplimiento a lo ordenado por el Juzgado Primero Civil del Circuito de esta Ciudad, en auto de fecha 15 de noviembre de 2023, mediante el cual Declaró la Nulidad de todo lo actuado dentro de esta acción de tutela, a partir del fallo de tutela dictado por este Despacho judicial el día 04 de octubre de 2023, se procede a proferir Sentencia de primera instancia dentro de la presente acción de tutela, instaurada por la señora MARIA MILAGROS YONDAPIZ PARDO, actuando en nombre propio, en contra del DEPARTAMENTO DEL CAUCA – SECRETARIA DE EDUCACION Y CULTURA, vinculándose a la INSTITUCION EDUCATIVA INSTITUTO AGRICOLA FELIX MARIA ORTIZ, sede principal del Municipio de Páez - Cauca, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, al MINISTERIO DE TRABAJO – TERRITORIAL CAUCA, a la NUEVA EPS, a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES – UGPP, a la señora CLARA YANE BOLAÑOS y a todas las personas que conforman la lista de elegibles para proveer el cargo denominado AUXILIAR DE SERVICIOS GENERALES CÓDIGO 470 GRADO 04 en el marco del Proceso de Selección No. 1136 de 2019 – TERRITORIAL 2019 – GOBERNACION DEL CAUCA, por intermedio de sus representantes legales o quienes hagan sus veces, a fin de que se proteja sus derechos a la ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA POR PREPENSIONABLE, ESTABILIDAD LABORAL POR MOTIVOS DE SALUD, TRABAJO, DIGNIDAD HUMANA, MÍNIMO VITAL y SEGURIDAD SOCIAL.

**II. Antecedentes:**

La demandante sustenta la acción en los siguientes:

**A.- Hechos relevantes.**

Manifiesta que, cuenta con 72 años de edad, que labora desde el 16 de septiembre de 1980, siendo vinculada con el Departamento del Cauca desde 1 de julio de 2003, hasta la fecha como auxiliar de servicio generales, código 470 grado 4, de la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Cauca, en vacancia provisional definitiva, en la IE AGRICOLA FELIX MARIA ORTIZ, sede principal del Municipio de Páez- Cauca, perteneciente a la planta

global de cargos del Departamento del Cauca, para un total de 25 años y 9 meses laborados. Lo que equivaldría a 1.290 semanas cotizadas; es decir, que faltarían 10 semanas.

Aduce que el día 10 de mayo del presente año solicitó a Colpensiones el reconocimiento y pago de su pensión de vejez, pero esta entidad, al hacer la suma del tiempo laborado de las semanas, le informa que sola cuenta con 1189 semanas, por lo cual le faltarían 111 semanas, lo que en tiempo representaría 2 años y tres meses.

Señala que, en reiteradas oportunidades ha solicitado a Colpensiones la corrección de su historia laboral, sin que hasta la fecha haya sido posible que esta entidad la corrija, además ha solicitado la calificación de pérdida de capacidad laboral sin que hasta el momento se le haya practicado dicha calificación.

Afirma que, por su edad, es sujeto de protección especial por parte del Estado; además, de su condición de ser prepensionable, faltándole menos de tres años para adquirir el estatus pensional, sin otra alternativa económica diferente a la de su ingreso salarial; además de padecer contingencias que afectan gravemente su salud.

Dice que, el día 10 de julio de 2023 solicitó al Rector de la Institución Educativa, donde se encontraba laborando, una licencia no remunerada por dos 3 meses, con el fin de atender sus quebrantos de salud y realizar trámites ante Colpensiones para una calificación de pérdida de capacidad laboral, la cual fue remitida ante la Secretaria de Educación del Departamento, pero en lugar de brindarle las garantías mínimas para el restablecimiento de su salud o lograr la obtención de su pensión, profirieron la Resolución No. 08695-09-2023, por medio de la cual la desvincula del servicio por retiro forzoso.

## **B.- Petición.**

*“f. Que se ORDENE a la secretaria de Educación del Departamento del Cauca que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo me REINTEGRE, sin solución de continuidad al puesto de trabajo que venía ocupando o a uno equivalente o superior, toda vez que me encontraba en condición de debilidad manifiesta a la hora de mi despido.*

*g. En ocasión con el REINTEGRO se pague todos los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde el momento del despido injustificado hasta la fecha sin solución de continuidad.”*

## **C.- De las entidades tuteladas y vinculadas.**

### **SECRETARIA DE EDUCACION Y CULTURA DE LA GOBERNACION DEL CAUCA. –**

Señala que la situación administrativa de la accionante Yondapiz Pardo se circunscribe a la Ley 1821 de 2016 “Por medio de la cual se modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas”. En virtud de ese imperativo legal y siendo que la accionante contaba con 72 años cumplidos; sin embargo, seguía laborando como Auxiliar de Servicios Generales Código 470 Grado 04 en vacancia provisional definitiva en la Institución Educativa Instituto Agrícola Félix María Ortiz sede principal del municipio de Páez – (Cauca) y se procedió a desvincularla toda vez que había sobrepasado el límite legal de los 70 años.

Manifiesta que la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante Acuerdo No. CNSC – 20191000002466 del 14 de marzo de 2019, convocó a concurso público de méritos para

proveer definitivamente las vacantes de la GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO DEL CAUCA, pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa, identificada como PROCESOS DE SELECCIÓN TERRITORIAL 2019-GOBERNACIÓN DE CAUCA. Que, cumplidas todas las etapas del proceso de selección, la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante comunicación del 20212111511341 de fecha 1º de diciembre de 2021 comunicó a la Gobernación del Departamento del Cauca las firmezas totales y/o parciales de Listas de Elegibles – Territorial 2019, con el fin de adelantar las acciones y procedimientos previstos en el artículo 2.2.6.21 del Decreto 1083 de 2015.

Ahora bien, mediante Resolución No. 2022RES-400.300.24-0193 del 24 de enero de 2022, la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, conformó la Lista de Elegibles para proveer las vacantes definitivas del empleo denominado Auxiliar de Servicios Generales Código 470 Grado 04 en el marco del Proceso de Selección No. 1136 de 2019 – TERRITORIAL 2019, acto administrativo que cobró firmeza individual 03 de febrero del 2022.

En este orden de ideas, al reportar para concurso de méritos el cargo que ocupaba la accionante en provisionalidad, la Administración Departamental está dando cumplimiento a un mandato legal y constitucional de mayor jerarquía; así las cosas, es el acatamiento de las normas particulares que regulan el ingreso a la Carrera Administrativa y no una decisión arbitraria e injusta.

En ese sentido, debe tenerse en cuenta que la accionante ostentaba un cargo en provisionalidad que al generarse la causal objetiva contenida en el artículo 1 de la Ley 1821 de 2016, esto es contar con la edad de retiro forzoso, la administración en virtud de lo dispuesto en la ley, procede a emitir el correspondiente acto administrativo que ordena su retiro y que además, previendo que el cargo que ocupaba en provisionalidad fue ofertado en la Convocatoria No. 1136 de 2019 – TERRITORIAL 2019, teniendo que la CNSC expide el Acuerdo No. 2019100002466 del 14 de marzo de 2019 – Por el cual se convoca y se establecen las reglas del proceso de selección por mérito para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la GOBERNACIÓN DE CAUCA, cumplidas todas las etapas del proceso de selección, la Comisión Nacional del Servicio Civil mediante comunicación del 20212111511341 de fecha 12 de diciembre de 2021, informó a la Gobernación del Departamento del Cauca, las firmezas totales y/o parciales de Listas de Elegibles -Territorial 2019, razón por la cual debe tenerse en cuenta que los empleos públicos de carrera administrativa deberán proveerse de forma definitiva mediante el sistema de mérito.

En memorial allegado el 02/10/2023 se informa al Despacho por parte de la Secretaria de Educación y Cultura del Departamento del Cauca que la oficina de sistemas ha publicado en la página web Sedcauca en la ruta Publicaciones - Procesos de Selección - Gestión de Talento Humano Educativo, el trámite de acción de tutela adelantado por Milagros Yondapiz.

Luego, el 03/10/2023 complementa la respuesta diciendo que la líder de la Oficina de Gestión de Talento Humano ha informado que se está surtiendo el trámite del reporte a la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL sobre la vacancia definitiva para el cargo denominado AUXILIAR DE SERVICIOS GENERALES CÓDIGO 470 GRADO 04, que desempeñaba la actora en la INSTITUCION EDUCATIVA AGRICOLA FELIZ MARIA ORTIZ, sede principal del municipio de Páez, Cauca.

**COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL. –**

La acción de tutela como instrumento de protección, para este caso, es improcedente contra la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, toda vez que la parte accionante pretende "...Que la Secretaría de Educación del Departamento del Cauca la reintegre sin solución de continuidad al puesto de trabajo que venía ocupando o a uno equivalente o superior..." situación en la cual no tiene competencia la CNSC.

Así mismo, se concluye que la parte accionante no demostró encontrarse en presencia de un perjuicio irremediable; además, la señora María Milagros Yondapiz Pardo no participó en el concurso de méritos, procediendo a presentar la acción de tutela a fin de permanecer en el cargo que ostentaba en provisionalidad.

En consecuencia, como quiera que se trata de un asunto ajeno a la CNSC, le solicitamos al Despacho abstenerse de adoptar decisión en contra de esta entidad, toda vez que se configura la ausencia de legitimación en la causa por pasiva.

### **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES. COLPENSIONES –**

En relación con la pensión vejez que refiere la accionante en sus hechos y que reclamó en Colpensiones, se informa que dicha prestación fue negada mediante resolución SUB-231118 del 30 de agosto de 2023 por no reunir los requisitos exigidos por la ley, y contra dicho acto administrativo no se evidencia que se hayan interpuesto los recursos de ley.

En cuanto al trámite de corrección de historia laboral, revisado el sistema de información, se encontró petición radicada por la accionante el día 28 de agosto de 2023 donde solicita corrección de historia laboral y en respuesta inmediata, el 28 de agosto de 2023, se le informó a la actora que dicho trámite solicitado requería de un tiempo para ser resuelto de fondo de 60 días hábiles, por lo que a la fecha el término mencionado no se ha vencido y el caso está en estudio para otorgar una respuesta de fondo, una vez resuelto el trámite se notificara de manera inmediata a la respuesta.

Por último y en atención al trámite de calificación mencionado, me permito informar que dicho proceso se encuentra cerrado y en última carta enviada a la accionante el día 22 de diciembre de 2023, se le comunico lo siguiente: *"(...) En atención al trámite de determinación de la pérdida de capacidad laboral iniciado por Usted, nos permitimos informarle que una vez efectuada la revisión documental, se evidenció que no es posible continuar con su solicitud de calificación, teniendo en cuenta que de acuerdo con el(los) concepto(s) emitido(s) por su médico(s) tratante(s) usted: No ha alcanzado la Mejoría Médica Máxima, ya que su médico tratante aún no ha dado por terminado el tratamiento de su condición médica y/o tiene procedimientos o cirugías pendientes por realizar. No se ha determinado origen de la patología lumbar. (...)"*

Mediante comunicación de 30 de septiembre de 2023, se informó al accionante lo siguiente:

*"(...) De acuerdo con solicitud, 2023\_14429124 de 28 de agosto de 2023 (...) De manera atenta nos permitimos informar que para los periodos 200101 a 200112 solicitados con el empleador FONDE EDUCATIVO DEPARTAMENTAL identificado con número de NIT. 899999001 se procedió a validar nuestros sistemas de información y bases de datos, sin embargo no se encontró registro de cotizaciones en pensión bajo su nombre y/o a su favor realizadas por dicho aportante, razón por la cual los períodos no se acreditan en su historia laboral; adicionalmente, se evidenció que para el periodo 200008 el empleador reportó novedad de retiro (R) en el ciclo con (30 días) cotizados, como se evidencia en la siguiente imagen, de tal*

*manera que finalizo su relación laboral con el empleador en dicho periodo, razón por la cual los periodos solicitados no proceden para cobro. No. de Radicado, BZ2023\_16486287-2701804. En relación con los periodos 200201 a 200306 solicitados con el empleador DEPARTAMENTO DEL CAUCA identificado con número de NIT. 891580016 se procedió a validar nuestros sistemas de información y bases de datos y se encontró registro de cotizaciones en pensión bajo su nombre y/o a su favor realizadas por dicho aportante; adicionalmente, se evidenció que para dichos periodos el empleador omitió realizar el reporte del vínculo laboral a su favor, razón por la cual, los periodos que se indican en su solicitud no se reflejan en la historia laboral. Cabe resaltar que, la Corte Suprema de Justicia sala de Casación Laboral ha manifestado que, en los casos de ausencia de afiliación, no se puede endilgar a la Administradora de Pensiones la obligación de efectuar el cobro de los aportes, pues para que exista mora del empleador, debe mediar afiliación al sistema pensional. (...) Por otra parte, se realiza validación de las planillas adjuntas a su solicitud y las bases de datos de Colpensiones y se evidencia que las cotizaciones fueron reportadas con un número de cedula y nombres diferentes, razón por la cual no es posible establecer que dichos pagos fueran realizados por el empleador a su favor. En los anteriores términos hemos dado respuesta clara y de fondo a la solicitud de corrección de historia laboral, que es improcedente de conformidad con los argumentos descritos. Nos permitimos adjuntar el histórico de semanas, actualizado y consistente, en donde encontrará de manera detallada la información que hasta la fecha registra COLPENSIONES, en relación a cada uno de los periodos de cotización reportados a su nombre, que actualmente cuenta con un total de 1196 semanas acreditadas.”*

En fecha 1 de noviembre de 2023, la entidad Colpensiones remite un informe de cumplimiento, junto a la copia de algunos documentos, entre los cuales, se encuentra la respuesta emitida el día 28 de octubre de 2023 por la entidad Colpensiones dirigida a la señora MARIA MILAGROS YONDAPIZ PARDO, el reporte de las semanas cotizadas a pensiones actualizado al día 28 de octubre del año 2023, así como, la constancia donde consta el envío de dicha respuesta en fecha 28/10/2023 al correo electrónico decoindes@gmail.com.

Pese a que el informe rendido por la entidad Colpensiones, fue posterior a la emisión del fallo de tutela No. 511 del 02/11/2023; no obstante, la declaratoria de nulidad de lo actuado decretada por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Popayán, el Despacho tendrá en cuenta los soportes presentados por la entidad Colpensiones, de conformidad con lo reglado en el artículo 138 del C.G. del P., el cual prevé que: “Sin embargo, la prueba practicada dentro de dicha actuación conservará su validez y tendrá eficacia respecto de quienes tuvieron oportunidad de controvertirla, y se mantendrán las medidas cautelares practicadas.”

#### **INSTITUCION EDUCATIVA AGROPECUARIA FELIX MARIA ORTIZ. –**

Señala que, la señora YODNAPIZ PARDO, de 72 años y 4 meses, se desempeñó en vacancia provisional definitiva, en la Institución Educativa Agropecuaria Félix María Ortiz, que, en mayo del año 2021 cumplió la edad para el retiro forzoso, pese a ello, continuó laborando con las dificultades de salud que le aquejan; no obstante, en Julio del 2023 solicita dos meses de licencia para atender cuestiones administrativas de su pensión y cumplir con citas médicas, a lo que respondió que debía acudir a la Secretaria de Educación, siendo radicada la petición ante el ente gubernamental, quienes el 6 de septiembre de 2023 notifican el oficio 4.8.2-2023-3664 donde se comunica el retiro forzoso de la funcionaria.

#### **MINISTERIO DE TRABAJO – TERRITORIAL CAUCA. –**

Manifiesta que la sola condición de estar próximo a consolidar el estatus pensional no tiene el alcance de enervar la facultad discrecional con que cuenta la administración para retirar del servicio a un empleado de libre nombramiento y remoción, mediante la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, la cual en todo caso deberá ser ejercida bajo la estricta regla consagrada en el artículo 44 del CPACA, buscando armonizar la protección especial del servidor público que está próximo a cumplir los requisitos de su pensión con la finalidad del buen servicio público. Dicho lo anterior, este despacho no es competente para conocer del presente asunto por los sujetos de la relación contractual.

#### **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES – UGPP. –**

Manifiesta que, una vez revisadas las bases de datos y aplicativos dispuestos en esta Unidad, se evidencia que al día 02 de octubre de 2023, el DEPARTAMENTO DEL CAUCA – SECRETARIA DE EDUCACION Y CULTURA, no ha radicado ante la UGPP consulta y/o solicitud de información, trámite, queja, reclamo, correspondiente a la accionante señora MARIA MILAGROS YONDAPIZ PARDO.

De igual manera, consultados nuestros aplicativos y sistemas de información, no se encontró registro alguno de solicitud de prestación económica, ni derecho de petición, solicitud, queja o reclamo radicado, por parte de la señora MARIA MILAGROS YONDAPIZ PARDO, relacionada con los hechos que originaron la presentación de la Acción constitucional.

#### **CLARA YANE BOLAÑOS. –**

Mediante Auto No. 547 de fecha 24/11/2023, el Despacho en virtud de lo ordenado por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Popayán en su providencia de fecha 15/11/2023, este Despacho ordeno la vinculación de la señora CLARA YANE BOLAÑOS, identificada con cedula de ciudadanía No. 34.558.682, al presente tramite de acción de tutela, realizando la notificación al correo electrónico: [clayet02@hotmail.com](mailto:clayet02@hotmail.com), el día 24 de noviembre de 2023, concediendo un plazo máximo de DOS (02) DIAS, para que rinda informe y se pronuncie sobre los hechos de la demanda.

Pese a ello, al vencimiento de termino concedido a la persona vinculada, la misma guardo silencio, no se pronunció frente al petito constitucional.

Sin perjuicio de lo anterior, el Despacho tendrá en cuenta el soporte presentado por la señora CLARA BOLAÑOS, en el escrito de impugnación presentado el 06/10/2023, consistente en “ACTA INDIVIDUAL AUDIENCIA DE ESCOGENCIA DE SEDES DE TRABAJO ELEGIBLES AUTORIZADOS PARA USO DE LISTAS”, suscrito por ella el día 31 de agosto de 2023, de conformidad con lo reglado en el artículo 138 del C.G. del P., el cual prevé que: *“Sin embargo, la prueba practicada dentro de dicha actuación conservará su validez y tendrá eficacia respecto de quienes tuvieron oportunidad de controvertirla, y se mantendrán las medidas cautelares practicadas.”*

En el mencionado escrito de impugnación, la señora Clara Yane Bolaños, expone que, se postuló a la Convocatoria No. Territorial No. 1136 de 2019, como auxiliar de servicios generales, realizada por la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante Acuerdo No. CNSC – 20191000002466 del 14 de marzo de 2019, la cual, convoco a concurso público de méritos para proveer las vacantes de la Gobernación del Departamento del Cauca, identificada como Proceso de Selección Territorial 2019.

Menciona que, una vez culminadas todas las etapas del concurso, obtuvo el porcentaje suficiente para ser parte de la lista de elegibles para el cargo denominado Auxiliar de Servicios Generales, Código 470, Grado 04, mediante Resolución No. 2021RES-400.300.24-5421 del 10 de noviembre de 2021 de la OPEC 27512, ocupando el puesto No. 162, con puntaje de 54.78, razón la cual, fue llamada a escoger la sede de trabajo autorizada para uso de listas, el día 31 de agosto de 2023, escogiendo la Institución Educativa Agropecuaria Félix María Ortiz del Municipio de Páez, Cauca.

#### **NUEVA EPS. –**

Pese a haber sido notificada en debida forma, la entidad vinculada guardo silencio frente al petito constitucional.

#### **Personas que conforman la lista de elegibles para proveer el cargo denominado AUXILIAR DE SERVICIOS GENERALES CÓDIGO 470 GRADO 04 en el marco del Proceso de Selección No. 1136 de 2019 – TERRITORIAL 2019 – GOBERNACION DEL CAUCA. –**

A pesar de haberse ordenado la notificación de los integrantes de la lista de elegibles por medio del Departamento del Cauca – Secretaria de Educación y Cultura y de la Comisión Nacional del Servicio Civil, no hubo pronunciamiento de ningún ciudadano interesado.

A excepción, de la señora CLARA YANE BOLAÑOS, quien remitió escrito de impugnación el 06/10/2023, donde adjunta como soporte un acta de escogencia de cargos.

#### **D.- Pruebas relevantes allegadas (Copias):**

##### **Pruebas parte demandante:**

- Cedula de ciudadanía de María Milagros Yondapiz Pardo.
- Resolución No. 08695-09-2023 emitido por el Secretario de Educación y Cultura Departamental del Cauca.
- Oficio de fecha 30 de agosto de 2023 emitido por Colpensiones.
- Constancia de notificación de acto administrativo No. Sub 231118 del 0/08/2023 emitido por Colpensiones.
- Resolución No. SUB231118 del 30 de agosto de 2023, expedida por Colpensiones.
- Historia clínica emitida por Hospital San José de Popayán.
- Solicitud de corrección de historia laboral.
- Solicitud de licencia no remunerada.
- Oficio de respuesta de fecha 06 de septiembre de 2023 emitido por la Secretaria de Educación de la Gobernación del Cauca.
- Solicitud de Calificación de pérdida de capacidad laboral ante Colpensiones.

##### **Pruebas parte demandada:**

- Respuesta dada por la Oficina de Talento Humano de la Secretaria de Educación y Cultura de la Gobernación del Cauca de fecha 22 de septiembre de 2023.
- Oficio de respuesta emitido por Colpensiones de fecha 28 de agosto de 2023.
- Oficio de respuesta emitido por Colpensiones de fecha 01 de diciembre de 2022.
- Resolución No. SUB-231118 de fecha 30 de agosto de 2023 emitida por Colpensiones.
- Oficio de fecha 14 de agosto de 2023 emitido por Colpensiones.
- Resolución número 5421 10 de noviembre de 2021.

- Reporte emitido por Colpensiones sobre semanas cotizadas en pensiones actualizado a 30 de septiembre de 2023.
- Respuesta emitida por Colpensiones de fecha 30 de septiembre de 2023.
- Constancia de notificación de respuesta emitida por Colpensiones de fecha 30/09/2023 por medio de correo electrónico en fecha 30/0/2023.
- Constancia de comunicación vía correo electrónico y publicación en la página web de la CNSC de la acción de tutela.
- Constancia de publicación y notificación realizada por la Secretaria de Educación y Cultura del Departamento del Cauca sobre la presente acción de tutela.
- Oficio de respuesta emitido por Colpensiones el día 28 de octubre de 2023.
- Reporte emitido por Colpensiones sobre semanas cotizadas en pensiones actualizado al 28 de octubre de 2023.
- Constancia de notificación de respuesta emitida por Colpensiones el 28/10/2023 por medio de correo electrónico en fecha 28/10/2023.
- Acta Individual de Audiencia de Escogencia de Sedes de Trabajo de Elegibles Autorizados para Uso de Listas firmada por la señora Clara Yane Bolaños en fecha 31 de agosto de 2023.

### **III. Consideraciones:**

#### **A.- Competencia:**

Se trata de una acción de tutela contra una autoridad pública del orden departamental, asignada a este despacho por Reparto de la Oficina Judicial; motivos por los cuales se procede a su trámite, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 2591 de 1991 y por la Corte Constitucional sobre la obligación de los Jueces para conocer de las acciones constitucionales, teniendo en cuenta la competencia atribuida en el Decreto 2591 de 1991 y las Reglas de Reparto.

#### **B.- Procedencia de la acción:**

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política Nacional, la acción de tutela es un mecanismo procesal cuya finalidad es la protección inmediata de los derechos fundamentales constitucionales, cuando quiera que estos resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o privada. La Corte Constitucional ha señalado que los derechos a la ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA, al TRABAJO, a la DIGNIDAD HUMANA, al MINIMO VITAL y a la SEGURIDAD SOCIAL, pueden ser garantizados a través de la acción de amparo.

Ahora, la Corte Constitucional ha establecido que los requisitos de procedencia de la acción de tutela son cuatro:

**i). Legitimación por activa**, referente a que puede ser usada por todas las personas cuyos derechos fundamentales se encuentren vulnerados o amenazados; por sí misma o por quién actúe en su nombre. En ese entendido, se puede interponer a nombre propio, por medio de la agencia oficiosa o a través de apoderado judicial. En el presente caso, la acción de tutela es interpuesta a nombre propio por la señora MARIA MILAGROS YONDAPIZ PARDO. En consecuencia, se cumple con este requisito.

**ii). Legitimación por pasiva**, hace referencia a que procede contra las acciones u omisiones de las autoridades públicas y de los particulares, cuando estos prestan un servicio público,

cuando su actividad afecta grave e injustificadamente un interés colectivo y cuando existe una relación de indefensión o subordinación. En el caso que nos ocupa, la acción de tutela se dirige en contra del DEPARTAMENTO DEL CAUCA – SECRETARIA DE EDUCACION Y CULTURA, siendo la autoridad departamental de naturaleza pública que emitió el acto administrativo que ordenó la desvinculación laboral de la señora MARIA MILAGROS YONDAPIZ PARDO al haber alcanzado la edad de retiro forzoso; por lo tanto, también se cumple este requisito.

**iii). Inmediatez.** La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sostenido que si bien la solicitud de amparo puede formularse en cualquier tiempo<sup>1</sup>, su interposición debe hacerse dentro de un plazo razonable<sup>2</sup>, atendiendo las circunstancias particulares de cada caso. El hecho que generó la desvinculación laboral de la accionante ocurrió el 8 de septiembre de 2023 cuando la autoridad accionada emite la Resolución No. 08695-09-2023 y la acción de tutela fue presentada el 21 de septiembre del mismo año. Transcurrieron solo 12 días entre la actuación desplegada por el ente gubernamental accionado y la interposición de la acción de tutela. En consecuencia, el término se considera razonable.

**iv). Subsidiaridad,** en el sentido que la tutela es procedente cuando no existen otros mecanismos de defensa judicial disponibles, cuando los mecanismos disponibles no resultan eficaces para el caso concreto y cuando, aun siéndolo, se requiere evitar un perjuicio irremediable y se usa como mecanismo transitorio; así mismo, cuando el accionante es un sujeto de especial protección constitucional (personas de la tercera edad, personas discapacitadas, mujeres cabeza de familia, población desplazada, niños y niñas, requiriendo de particular consideración del juez de tutela<sup>3</sup>).

De conformidad con el requisito de subsidiariedad, es preciso señalar por parte de este Despacho Judicial que, en principio, la accionante cuenta con un mecanismo judicial para controvertir la decisión emitida por la Administración Departamental del Cauca mediante acto administrativo, como lo es, acudir al mecanismo judicial de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, por ende, de manera general, la acción de tutela no procede contra decisiones emitidas por la administración pública como potestad discrecional de efectuar el respectivo retiro forzoso.

Ello no contrae de manera abstracta un mandamiento constitucional absoluto, por cuanto la accionante tiene circunstancias graves de precariedad y delicados quebrantos de salud mencionados dentro del trámite constitucional, por lo cual, no se vislumbra la idoneidad del mecanismo ordinario existente para la protección inmediata de los derechos invocados por la accionante y por lo tanto, la acción de tutela surge de manera supletiva a falta de mecanismo idóneo judicial, si se tiene en cuenta que se acreditó, mediante las historias clínicas de la tutelante, las patologías que padece. De igual forma, no se contravino la afirmación de que el salario que percibía como empleada al servicio de la Secretaria de Educación y Cultura del Cauca fuera el único sustento que percibe y que le permite satisfacer sus necesidades básicas.

En ese sentido, a efectos de salvaguardar los derechos fundamentales invocados, para prevenir un perjuicio irremediable y un daño consumado al derecho fundamental objeto de amparo, se ajusta a derecho dicho requisito, máxime cuando el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia de 1991, en su apartado expresa: “...Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.”(Apartado y subrayado fuera del texto original).

<sup>1</sup> Sentencia T-805 de 2012.

<sup>2</sup> Sentencia T-246 de 2015.

<sup>3</sup> Sentencia T-177 de 2011 y T- 291 de 2014, por ejemplo.

### **C.- Problema Jurídico:**

¿Vulnero el DEPARTAMENTO DEL CAUCA – SECRETARIA DE EDUCACIÓN Y CULTURA, los derechos fundamentales invocados por la señora MARIA MILAGROS YONDAPIZ PARDO, al proferir el acto administrativo que ordeno su retiro forzoso del cargo de Auxiliar de Servicios Generales, Código 470, Grado 04, que ocupaba en la Institución Educativa Instituto Agrícola Félix María Ortiz, sede principal del municipio de Páez, Cauca?

### **D. De los fundamentos de derecho y de la jurisprudencia aplicable:**

#### **Vigencia de la Ley 1821 de 2016 y su aplicación en el tiempo.**

Con la Ley 1821 de 2016, promulgada el 30 de diciembre de 2016, aumentó la edad de retiro forzoso para el desempeño de cargos públicos, la cual paso de 65 a 70 años. Una vez fue necesario aplicar esta nueva norma, surgieron dudas sobre su vigencia, dado que en el texto no se incluyó un régimen de transición, cuestión que motivó que el Gobierno Nacional solicitara concepto al Consejo de Estado, con el fin de clarificar *“la situación de las personas que alcanzaron la edad de retiro forzoso antes de la entrada en vigencia de la nueva ley, pero que por diferentes razones, continuaban ejerciendo funciones públicas”*.<sup>4</sup>

El Consejo de Estado respondió la consulta y explicó que el artículo 2º del proyecto de ley<sup>5</sup> contenía la frase *“salvo quienes hayan cumplido la edad de 65 años”*, pero luego fue retirada del texto, sin que con ello se hubiese alterado la intención del legislador de *“sustraer de los efectos de la ley a quienes hubieran cumplido la edad de retiro forzoso. Simplemente la frase en cita se eliminó, pues a criterio del legislador era inocuo plantear la salvedad, en la medida en que debía entenderse incorporada en el texto propuesto”*.<sup>6</sup>

En el mismo sentido, allí se mencionó que esta Ley no tiene efectos hacia el pasado, *“pues al acoger el legislador el denominado efecto general inmediato de las leyes que constituye en esta materia la regla general, descarta que la Ley 1821 pudiese tener efectos retroactivos o ultractivos. En armonía con lo anterior, debe observarse que el Congreso de la República no estableció un régimen de transición en parte alguna de la Ley 1821 de 2016, como hubiera podido hacerlo, ni para disponer que las personas que estuvieran cerca de cumplir la edad de retiro forzoso anterior (65 años) quedaran por fuera del incremento en dicha edad efectuado por la Ley 1821, ni para permitir, por el contrario, que quienes hubiesen cumplido 65 años en un determinado lapso anterior a la publicación de la ley, pudieran acogerse a la nueva edad de retiro forzoso”*.<sup>7</sup>

Con base a lo expuesto, la Sala de Consulta concluyó que la Ley 1821 de 2016 no tiene efectos retroactivos, y por tanto, no aplica para las personas que ya habían cumplido con la edad de retiro forzoso de 65 años, para la fecha de entrada en vigencia de dicha norma, aun cuando siguieran en el cargo, pues *“podría pensarse que la situación jurídica descrita no está consolidada mientras la persona concernida no se haya retirado efectivamente del cargo, ni cesado efectivamente en sus funciones. Sin embargo, a juicio de la Sala, esta interpretación resulta equivocada, desde un punto de vista conceptual, pues no debe olvidarse que una cosa son las situaciones jurídicas, que se clasifican en hechos jurídicos y actos jurídicos, y otra son las situaciones de hecho o los simples acontecimientos. Así, el hecho de que un servidor público (para citar un ejemplo) haya llegado a la edad de retiro forzoso prevista en la*

<sup>4</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-084 de 2018. MP. Luis Guillermo Guerrero.

<sup>5</sup> “Ley 1821 de 2016. **ARTÍCULO 2º.** La presente ley no modifica la legislación sobre el acceso al derecho a la pensión de jubilación, Quienes, a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, accedan o se encuentren en ejercicio de funciones públicas podrán permanecer voluntariamente en los mismos, con la obligación de seguir contribuyendo al régimen de seguridad social (salud, pensión y riesgos laborales), aunque hayan completado los requisitos para acceder a la pensión de jubilación. A las personas que se acojan a la opción voluntaria de permanecer en el cargo, en los términos de la presente ley, no les será aplicable lo dispuesto en el parágrafo 3º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003”.

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas, concepto del 8 de febrero de 2017, radicación interna: 2326 y número único: 11001-03-06-000-2017-00001.

<sup>7</sup> *Ibíd.*

*ley, es una situación jurídica completa o consolidada, porque de ella se derivan efectos jurídicos (principalmente deberes), mientras que el hecho de que tal individuo permanezca en el cargo es, desde este punto de vista, una situación de hecho”.*

Por su parte, la Corte Constitucional abordó el estudio de exequibilidad de la Ley 1821 de 2016, en la sentencia C-084 de 2018, allí citó el concepto del Consejo de Estado y a partir del mismo concluyó lo siguiente:

Así las cosas, en términos prácticos, la ley tendría dos consecuencias: (a) ampliar la edad de retiro para las personas que estando cobijadas por la causal y no habiendo sido exceptuadas por el inciso segundo del artículo 1<sup>8</sup>, no hubieran cumplido la edad prevista en la normatividad anterior (65 años), al momento de entrar a regir la Ley 1821 de 2016; y (b) someter a la nueva edad de retiro forzoso (70 años) a las personas que no habiendo cumplido esa edad al 30 de diciembre de 2016 y no encontrándose incurso en las excepciones previstas en el inciso segundo del artículo 1, no estaban sujetas a la causal de retiro forzoso por la edad, conforme a la legislación anterior.

Con fundamento en lo expuesto, se dio respuesta a las preguntas formuladas por el Gobierno Nacional, en primer lugar, señalando que respecto de quienes ya había operado la edad de retiro forzoso antes del 30 de diciembre de 2016, así siguieran en sus cargos por cualquier motivo, debían ser retirados efectivamente del servicio, dentro de los términos y condiciones que se señalan en la ley.

A continuación, este Tribunal abordó uno de los cargos que cuestionaba el impacto de esta Ley en el concurso de méritos para acceder al cargo de Notarios Públicos. En este punto, esta Corporación hizo suyo el concepto del Consejo de Estado y con base en él, concluyó que la Ley cubre a quienes no habían alcanzado la edad de retiro forzoso para la fecha de promulgación de la Ley, pues *“como lo mencionó el Consejo de Estado, las personas que no habían llegado a la edad de retiro forzoso antes de la entrada en vigor de la Ley 1821 de 2016, podían continuar en sus cargos hasta llegar al máximo de los 70 años, sin que se produzca, por tal decisión, la vacante esperada (de carácter accidental) y, por ende, se activase a favor del aspirante el derecho adquirido a ser nombrado”*.<sup>9</sup>

### **La prohibición constitucional de la desvinculación automática de las personas que alcanzan la edad de retiro forzoso. Reiteración de jurisprudencia.**

La normas que fijan una edad específica como causal de retiro forzoso han sido objeto de estudio en este Tribunal y reiteradamente se ha establecido su constitucionalidad, con base en dos argumentos principales: Primero, es un mecanismo de renovación de los cargos públicos, que no lesiona el derecho a la igualdad, dado que brinda *“oportunidades laborales a otras personas, que tienen derecho a relevar a quienes ya han cumplido una etapa en la vida”*;<sup>10</sup> Segundo, las personas de la tercera edad que alcancen dicho tope, no quedan en una situación de indefensión porque el ordenamiento jurídico *“prevé que habrá una compensación, es decir, la pensión de vejez, con lo cual se le da lo debido en justicia a las personas mayores de 65 años, y no quedan en estado de necesidad, ni de indefensión ante la vida”*.<sup>11</sup>

No obstante, esta Corporación también ha establecido que dicha causal objetiva de retiro del servicio no puede ser aplicada automáticamente por las autoridades públicas, sino que su materialización debe ser razonable y ajustarse a las condiciones que suponen su exequibilidad; es decir, como ha sido expuesto en las sentencias de constitucionalidad citadas, **que la persona reemplaza los ingresos provenientes del salario con la mesada pensional para financiar sus necesidades básicas**. En contraste, si la causal se pone en marcha sin considerar que efectivamente así suceda, de manera que **las personas enfrentan un cese intempestivo en los ingresos que venía percibiendo y sin un**

<sup>8</sup> Se trata de los funcionarios de elección popular y de los mencionados en el artículo 29 del Decreto-Ley 2400 de 1968.

<sup>9</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-084 de 2018, MP. Luis Guillermo Guerrero.

<sup>10</sup> Corte Constitucional, sentencia C-351 de 1995, MP. Vladimiro Naranjo Mesa.

<sup>11</sup> *Ibíd.* En el mismo sentido ver las sentencias C-563 de 1997, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz, sentencia C-107 de 2002, MP. Clara Inés Vargas Hernández, sentencia C-1037 de 2003, MP. Jaime Araujo Rentería.

**patrimonio que respalde su nueva situación, entonces surge una vulneración al derecho fundamental al mínimo vital.**

En este sentido, en la sentencia **T-012 de 2009**,<sup>12</sup> esta Corporación se ocupó del caso de un docente retirado del cargo cuando cumplió 65 años. Al respecto, consideró la Corte que aun cuando la fijación de una edad de retiro como causal de desvinculación es constitucionalmente admisible, *“su aplicación debe ser razonable de tal manera que, en cada caso concreto, responda a una valoración de las especiales circunstancias de los trabajadores, toda vez que ella no puede producir una vulneración de derechos fundamentales, máxime teniendo en cuenta que se trata de personas de la tercera edad”*. Por tanto, se ordenó el reintegro del accionante al cargo que venía desempeñando o uno equivalente, hasta que el Fondo de Pensiones se pronunciara sobre la solicitud de pensión de jubilación.<sup>13</sup>

En la sentencia **T-865 de 2009**,<sup>14</sup> el caso que ocupó a la Corte trató de una persona que se desempeñó como celador en un Hospital y fue desvinculado una vez cumplió 65 años, sin que hubiese un pronunciamiento de fondo sobre su solicitud de reconocimiento de pensión de vejez. Esta colegiatura determinó que el empleador vulneró el derecho fundamental del accionante al mínimo vital *“sin haber realizado una valoración de sus circunstancias particulares”* y sin considerar que el demandante iba a encontrar inconvenientes para el reconocimiento de la pensión de vejez *“imputables a la mora de su empleador, y que por lo tanto el pago de la prestación de vejez no podría materializarse en el corto plazo”*. En consecuencia, ordenó el reintegro al cargo que desempeñaba o uno equivalente hasta tanto fuese incluido en nómina de pensionados.

En la sentencia **T-660 de 2011**,<sup>15</sup> fue estudiado el caso de un funcionario de la Fiscalía General de la Nación, retirado del cargo cuando había cotizado *“1.022 semanas, o sea 19 años, 10 meses y 17 días”*. Al respecto, la Corte consideró que la persona debía ser reintegrada hasta tanto el Instituto de Seguros Sociales se pronunciara de fondo respecto de la solicitud de pensión de vejez.

Por su parte, en la sentencia **T-842 de 2012**<sup>16</sup> se analizó el caso de una persona que ocupaba el cargo de conductor en la Alcaldía Municipal de Machetá y fue desvinculada cuando tenía 70 años. Colfondos S.A. manifestó que no tenía el capital suficiente para financiar la pensión de vejez y el empleador reportaba deuda por aportes en la cuenta de ahorro individual del solicitante. Al respecto, se estimó que debido a que la situación pensional del actor no estaba definida y su retiro se realizó *“sin tener presentes sus circunstancias particulares”*, se vulneró el derecho fundamental al mínimo vital del solicitante. En ese sentido, esta Corporación ordenó el reintegro sin solución de continuidad.

Posteriormente, en la sentencia **T-294 de 2013**<sup>17</sup> fueron sintetizadas las reglas fijadas en la jurisprudencia constitucional para conciliar la aplicación de una causal objetiva de retiro forzoso y la garantía de los derechos fundamentales al mínimo vital y vida digna.<sup>18</sup> En esta providencia se señalaron cuatro escenarios posibles en los que la causal objetiva de retiro forzoso debe aplicarse de forma razonable, esto es, valorando las circunstancias de cada caso.<sup>19</sup> La hipótesis que resulta pertinente para resolver el problema jurídico planteado es la siguiente:

Quando está probado que al trabajador en edad de retiro forzoso le falta un corto tiempo para cumplir el tiempo de cotizaciones, ha ordenado su reintegro hasta completar las cotizaciones y se produzca el reconocimiento efectivo de la pensión de vejez. En estos casos, si bien la Corte ha precisado que las normas sobre retén social (Ley 790 de 2002), que establecen **estabilidad laboral reforzada** para los servidores públicos a quienes les falte un máximo de tres años para cumplir los requisitos para

<sup>12</sup> MP. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>13</sup> Ha sido reiterada la jurisprudencia en la que se ha protegido el derecho de los docentes a permanecer en su empleo hasta tanto se defina su situación pensional y sean incluidos en nómina. Al respecto ver las sentencias T-007 de 2010, MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-496 de 2010, MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y sentencia T-174 de 2012, MP. María Victoria Calle Correa.

<sup>14</sup> MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

<sup>15</sup> MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

<sup>16</sup> MP. María Victoria Calle Correa.

<sup>17</sup> MP. María Victoria Calle Correa.

<sup>18</sup> Corte Constitucional, sentencia T-682 de 2014, MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

<sup>19</sup> Los otros tres escenarios son los siguientes: Primero, cuando el trabajador ha cumplido los requisitos para acceder a la pensión, pero no ha sido incluido en nómina de pensiones, por negligencia del Fondo de pensiones o del empleador en el pago de las cotizaciones. Segundo, cuando el cumplimiento de los requisitos es objeto de controversia. Tercero, cuando las personas tienen un edad avanzada y no lograron cumplir el requisito de pensión de vejez, pero si aquellas necesarias para obtener la pensión de retiro por vejez.

pensionarse, fueron previstas sólo para trabajadores de empresas estatales en liquidación, pueden no obstante ser empleadas como parámetro de interpretación para determinar cuál es el plazo razonable para mantener vinculado al servidor que alcanza la edad de retiro forzoso sin haber completado el tiempo de cotizaciones necesario para obtener el reconocimiento de una pensión.<sup>20</sup>

En esta oportunidad, un docente con discapacidad visual fue retirado del servicio cuando cumplió 68 años, momento en el que había completado 18 años de servicio. En ese sentido, se ordenó el reintegro al cargo que venía desempeñando o a otro igual o de similar categoría al que ocupaba, así como el pago de todos los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde su desvinculación hasta su efectivo reintegro laboral.

Por otra parte, también se ordenó a la entidad accionada recaudar la información necesaria para organizar la historia laboral del solicitante, pues esta Corporación consideró que el empleador tiene un deber de colaboración activa para actualizar la historia laboral del empleado que va a ser retirado del servicio y acompañarlo en la gestión de los trámites para el reconocimiento de la pensión, teniendo en cuenta que se encuentra en mejor posición, de modo que *“aunque el trabajador está obligado a suministrar toda la información necesaria para reconstruir su historia laboral y certificar los tiempos de cotización, no es de recibo que una entidad pública traslade por completo al trabajador toda la carga de gestión que ello demanda”*.

En la sentencia **T-682 de 2014**,<sup>21</sup> fue objeto de análisis el retiro de una docente de 65 años, responsable de su esposo de 71 años con discapacidad, quienes además fueron retirados del servicio de salud. Además, se verificó que el salario era la única fuente de ingresos de la accionante, de manera que se ordenó “el reintegro de la docente y pago de los salarios dejados de percibir, así como las correspondientes prestaciones a que haya lugar hasta tanto sea incluida en nómina de pensionados”.

El objeto de estudio en la sentencia **T-718 de 2014**<sup>22</sup> fue la desvinculación de un ciudadano que fue nombrado en el cargo de auxiliar de servicios generales grado 1 en la Secretaría de Educación de Boyacá, luego de 19 años de servicios, con base a la causal de edad retiro forzoso. Estimó este Tribunal que “de materializarse el retiro como lo pretende la demandada, se interferiría intensamente en la capacidad del actor para procurarse los bienes esenciales de vida para él y su familia, a pesar de que ha laborado ininterrumpidamente por un largo periodo en el mismo lugar”. De manera que confirmó la decisión del Juez de primera instancia que ordenó su reintegro sin solución de continuidad.

En la sentencia **T-643 de 2015**,<sup>23</sup> fue objeto de estudio la desvinculación de un docente por alcanzar la edad de retiro forzoso. En esa oportunidad, se señaló que “se incumplió con la regla impuesta por esta Corporación, por virtud de la cual, de manera previa a su aplicación, se impone a las autoridades públicas el deber de tener en cuenta si al funcionario ya se le ha reconocido un derecho pensional o si tiene alguna otra fuente de ingresos o rentas que le permita asegurar su subsistencia y el de su familia, con ocasión del tránsito que se produce entre una situación de empleo a una de desempleo”.

En ese mismo sentido, se consideró que las 126 semanas que faltaban para cumplir el requisito exigido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y acceder a la pensión de vejez, es una “circunstancia que implica tener al actor dentro del rango de protección de los prepensionados”, pues tal número de semanas equivale a menos de tres años. Por tanto, este Tribunal ordenó a la entidad accionada reintegrar al actor en el cargo que venía desempeñando, o a otra igual o similar categoría al que ocupaba, hasta tanto le fuese reconocida la pensión de vejez y se produjera su inclusión en nómina.

Por su parte, uno de los casos estudiados<sup>24</sup> en la sentencia **T-360 de 2017**,<sup>25</sup> trató de un hombre de 65 años, quien fue desvinculado del cargo de celador en una Institución Educativa, bajo el argumento de

<sup>20</sup> Corte Constitucional, sentencia T-294 de 2013, MP. María Victoria Calle Correa.

<sup>21</sup> MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

<sup>22</sup> MP. María Victoria Calle Correa.

<sup>23</sup> MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

<sup>24</sup> El segundo caso involucró a una mujer de 65 años, quien fue nombrada en el cargo de auxiliar administrativa de una planta de personal que fue creada temporalmente por la Alcaldía Mayor de Bogotá. En esa oportunidad, la desvinculación no fue consecuencia de alcanzar la edad de retiro forzoso, sino por la vigencia transitoria de dicha planta de personal.

<sup>25</sup> MP. Alejandro Linares Cantillo.

que había cumplido la edad de retiro forzoso, pese a que le faltaban 139 semanas para completar las 1300 requeridas para el reconocimiento de la pensión de vejez. Al respecto, la Corte Constitucional consideró que es pertinente flexibilizar la aplicación de la regla de retiro forzoso a fin de evaluar si la persona ha logrado garantizar su mínimo vital o no. En caso de que no hay logrado garantizar su mínimo vital adquiriendo sus derechos pensionales, la entidad deberá mantenerlo en su cargo hasta que se le reconozca su pensión y se produzca su registro en nómina (...) Se trata en consecuencia, de establecer una solución que haga posible el tránsito entre la culminación de la actividad laboral y la obtención de los beneficios de la pensión (...) Esta regla no impide la desvinculación del trabajador si se configura otro tipo de causal que lo justifique, asociada por ejemplo, al cumplimiento de sus obligaciones.

En este caso, esta Corporación concluyó que para el accionante el salario era su única fuente de ingresos, no contaba con recursos económicos disponibles para su subsistencia y dependía de la caridad de una sobrina. Agregó que debido a que el actor se desempeñó desde 1992 en la institución educativa de Caldas, le resultaría difícil acceder a un empleo o devengar ingresos por la prestación de servicios profesionales. Además, se verificó que estaba cerca de recibir la pensión de vejez, por lo que *“se considera que su desvinculación no fue razonable en la medida que no se evaluó su situación particular previo a la aplicación de la causal del cumplimiento de edad de retiro forzoso para verificar que no se afectara su mínimo vital”*. En este sentido, se concedió el amparo del derecho al mínimo vital y seguridad social del accionante, y se ordenó su reintegro al cargo que venía desempeñando u otro similar al que ocupaba, hasta que se produjera la inclusión en nómina en calidad de pensionado.

### **La estabilidad laboral reforzada de prepensionado. Reiteración de jurisprudencia.**

Debido a que la Corte Constitucional ha considerado que las personas, aun cuando hayan alcanzado la edad de retiro forzoso, tienen derecho a permanecer en el cargo hasta que completen los requisitos para acceder a la pensión de vejez, cuando su mínimo vital dependía de su salario, esta Corporación, con el ánimo de delimitar en el tiempo la aplicación de esta regla por parte de las entidades públicas, inicialmente acudió al término de tres años previsto para la protección de los prepensionados en el marco de la política social denominada retén social, y posteriormente, estimó la protección constitucional de las personas que están próximas a pensionarse desde la categoría de prepensionados en todos los contextos laborales, tanto públicos como privados.

De ese modo, en la sentencia **T-495 de 2011**,<sup>26</sup> se estudió la desvinculación de un trabajador de 66 años, quien se desempeñaba como vigilante de una institución educativa y había cotizado durante 19 años y 9 meses y medio. En esa ocasión, por primera vez, se señaló que pese a que la figura del retén social fue prevista para la liquidación de entidades públicas y *“no es el caso que nos ocupa, el ejemplo sirve como parámetro de interpretación jurídica para no tomar estas decisiones únicamente bajo criterios objetivos”*. Por lo que concluyó que *“el actor ha debido ser mantenido en el cargo hasta completar los 20 años de cotizaciones, y luego de completarlos, ha debido permanecer en el mismo, hasta que el Fondo de Pensiones le empezara a pagar efectivamente su mesada pensional”*. En consecuencia, se ordenó a la entidad accionada expedir un nuevo acto administrativo con el objeto de reintegrar al accionante, sin solución de continuidad, al cargo de celador o a uno de las mismas condiciones salariales que venía desempeñando. Igualmente, ordenó al Fondo de Pensiones reconocer y pagar la pensión de vejez al accionante.

En el mismo sentido, en la sentencia **T-294 de 2013**, ya citada en esta providencia, este Tribunal reiteró que:

Cuando está probado que al trabajador en edad de retiro forzoso le falta un corto tiempo para cumplir el tiempo de cotizaciones, ha ordenado su reintegro hasta completar las cotizaciones y se produzca el reconocimiento efectivo de la pensión de vejez. En estos casos, si bien la Corte ha precisado que las normas sobre retén social (Ley 790 de 2002), que establecen estabilidad laboral reforzada para los servidores públicos a quienes les falte un máximo de tres años para cumplir los requisitos para pensionarse, fueron previstas sólo para trabajadores de empresas estatales en liquidación, pueden no

---

<sup>26</sup> MP. Juan Carlos Henao Pérez.

obstante ser empleadas como parámetro de interpretación para determinar cuál es el plazo razonable para mantener vinculado al servidor que alcanza la edad de retiro forzoso sin haber completado el tiempo de cotizaciones necesario para obtener el reconocimiento de una pensión.<sup>27</sup>

Posteriormente, en la jurisprudencia se ha venido haciendo referencia a la **estabilidad laboral reforzada de los prepensionados**, teniendo en cuenta que en varios casos venía negándose dicha protección, bajo el argumento que no se trataba de las circunstancias previstas para la política social denominada reten social. Al respecto, se señaló que *“la Corte desestima lo expresado por los jueces de instancia, en el sentido de confundir la estabilidad laboral reforzada de los prepensionados con la figura del retén social, para concluir erróneamente que la mencionada estabilidad solo es aplicable en los casos que el retiro del cargo se sustenta en su supresión ante la liquidación de la entidad y en el marco de los procesos de restructuración de la Administración Pública”*.<sup>28</sup>

Del mismo modo, en la sentencia **T-326 de 2014**, se precisó que *“la condición de prepensionado, como sujeto de especial protección, no necesita que la persona que alega pertenecer a dicho grupo poblacional se encuentre en el supuesto de hecho propio de la liquidación de una entidad estatal y cobija incluso a los trabajadores del sector privado que se encuentren próximos a cumplir los requisitos para acceder a una pensión por lo que puede decirse que tiene la condición de prepensionable toda persona con contrato de trabajo que le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez.”*

De ahí que en la sentencia **T-643 de 2015**,<sup>29</sup> en la que fue objeto de estudio la desvinculación de un docente por alcanzar la edad de retiro forzoso, se señaló que las 126 semanas que faltaban para cumplir el requisito exigido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y acceder a la pensión de vejez, es una *“circunstancia que implica tener al actor dentro del rango de protección de los prepensionados”*.

Del mismo modo, en la sentencia **T-638 de 2016**,<sup>30</sup> se expuso que **“la estabilidad laboral de los prepensionados es una garantía constitucional de los trabajadores del sector público o privado, de no ser desvinculados de sus cargos cuando se encuentren ad portas de cumplir con los requisitos para acceder a la pensión de vejez. De otro lado, no basta la mera condición de prepensionado, sino que se precisa verificar si hubo afectación de los derechos fundamentales.”**<sup>31”</sup><sup>32</sup>

En el mismo sentido, este Tribunal explicó recientemente que *“se brinda un escenario de mayor seguridad jurídica en la aplicación de la edad de retiro,<sup>33</sup> sobre la base de la jurisprudencia que por vía tutela ha considerado que la citada causal no puede emplearse de manera automática, generalizada, ni indiscriminada, sin tener en cuenta la situación particular de cada servidor, especialmente, en lo referente a la garantía de sus condiciones básicas de subsistencia. <sup>34</sup> Para lograr tal fin, en casos particulares, se ha brindado la posibilidad de que se continúe en el servicio por un plazo máximo de tres años, hasta que se cumplan con los requisitos para acceder a la pensión<sup>35”</sup>.<sup>36</sup> (Negrilla fuera del texto original).*

Ahora bien, dado que la estabilidad laboral reforzada de los prepensionados, *“protege la expectativa del trabajador de obtener su pensión de vejez, ante su posible frustración como consecuencia de una pérdida intempestiva del empleo. Por tanto, ampara la estabilidad en el cargo y la continuidad en la*

<sup>27</sup> Corte Constitucional, sentencia T-294 de 2013, MP. María Victoria Calle Correa.

<sup>28</sup> Sentencia T-186 de 2013, MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>29</sup> MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

<sup>30</sup> MP. Jorge Iván Palacio Palacio

<sup>31</sup> Sentencia T-638 de 2016.

<sup>32</sup> Citada en la sentencia T-460 de 2017, MP. Alberto Rojas Ríos.

<sup>33</sup> En línea con lo dispuesto en el artículo 1, según el cual: *“(…) Una vez cumplidos [los 70 años], se causará el retiro inmediato del cargo que desempeñen [las personas que ejercen funciones públicas] sin que puedan ser reintegradas bajo ninguna circunstancia. (...)”*.

<sup>34</sup> Sobre el particular se pueden consultar las Sentencias T-294 de 2013 y T-376 de 2016.

<sup>35</sup> Véanse, entre otras, las Sentencias T-496 de 2010, T-495 de 2011 y T-360 de 2017.

<sup>36</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-084 de 2018. MP. Luis Guillermo Guerrero.

cotización efectiva al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones”,<sup>37</sup> en la sentencia **SU-003 de 2018**<sup>38</sup> se estableció que el requisito para acreditar esta condición y ser beneficiario de esta protección constitucional es que, **“las personas vinculadas laboralmente al sector público o privado, que están próximas (dentro de los 3 años siguientes) a acreditar los dos requisitos necesarios para obtener la pensión de vejez (la edad y el número de semanas – o tiempo de servicio- requerido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o el capital necesario en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad) y consolidar así su derecho a la pensión”**. (Subrayas y negrillas fuera del texto original).

### **De la procedencia excepcional de la acción de tutela en tratándose de concursos de méritos.**

Debe recordarse que la acción de tutela, es un mecanismo residual y subsidiario de protección de los derechos constitucionales, en tanto que su procedibilidad está condicionada a que no existan otros medios de defensa –verbo y gracia agotamiento de recursos que fueren procedentes- o que existiendo otros, se constituya transitoriamente en el medio idóneo, con el fin de evitar la estructuración de un perjuicio irremediable.

En tratándose de concurso de méritos, la Corte Constitucional ha puesto de relieve que pese a que en tales procesos los concursantes están en la posibilidad de ejercer vías ordinarias –por ejemplo, mediante el uso de los medios de control previstos en el Código de Procedimiento y de lo Contencioso Administrativo-, en ocasiones, las mismas en el curso de los procesos meritocráticos pueden no ser el instrumento idóneo y eficaz para proteger y/o restablecer el derecho fundamental que eventualmente se encuentre conculcado, tornándose en la acción de tutela en el instrumento procedente, al respecto ha indicado el Alto Tribunal Constitucional:

*“(…) en materia de concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera se ha comprobado que para excluir a la tutela en estos casos, el medio judicial debe ser eficaz y conducente, pues se trata nada menos que de la defensa y realización de derechos fundamentales, ya que no tendría objeto alguno enervar el mecanismo de tutela para sustituirlo por un instrumento previsto en el ordenamiento legal que no garantice la supremacía de la Constitución en el caso particular”<sup>39</sup>.*

Postura reiterada entre otras, en la sentencia T-059 de 2019:

*“Por último, es importante poner de presente que, pese a que se podría sostener que la pretensión de la acción de tutela, se podría satisfacer mediante la solicitud de medidas cautelares, lo cierto es que en el fondo se plantea una tensión que involucra **el principio de mérito como garantía de acceso a la función pública y ello, a todas luces, trasciende de un ámbito administrativo y se convierte en un asunto de carácter constitucional, que torna necesaria una decisión pronta, eficaz y que garantice la protección de los derechos fundamentales**. Lo anterior, en la medida en que tal y como se estableció en las Sentencias C-645 de 2017, C-588 de 2009, C-553 de 2010, C-249 de 2012 y SU-539 de 2012, el mérito es un principio fundante del Estado colombiano y del actual modelo democrático, en la medida en que tiene un triple fundamento histórico, conceptual y teleológico. En efecto, el principio del mérito se estableció en el ordenamiento jurídico con la finalidad de proscribir las prácticas clientelistas, para garantizar un medio objetivo de acceso, permanencia y retiro del servicio público y, por último, para hacer efectivos otros derechos que encuentran garantía plena a través de éste, al tiempo que se materializan los principios de la función administrativa, previstos en el artículo 209 de la Constitución.”* Negrilla fuera de texto.

De igual forma, en la sentencia T-340 de 2020, la Corte Constitucional ratificó la vigencia de su precedente, acerca de la procedencia de la acción de tutela para discutir controversias que involucran derechos fundamentales de los participantes en el marco de los concursos de méritos:

<sup>37</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU-003 de 2018, MP. Carlos Bernal Pulido.

<sup>38</sup> MP. Carlos Bernal Pulido.

<sup>39</sup> Corte Constitucional SU-913 de 2009

*“(…) Ahora bien, desde una perspectiva general, la Corte ha sostenido que, pese a la existencia de las vías de reclamación en lo contencioso administrativo, existen dos hipótesis que permiten la procedencia excepcional de la acción de tutela. La primera, se **presenta cuando existe el riesgo de ocurrencia de un perjuicio irremediable, causal que tiene plena legitimación a partir del contenido mismo del artículo 86 del Texto Superior y, por virtud de la cual, se le ha reconocido su carácter de mecanismo subsidiario de defensa judicial. Y, la segunda, cuando el medio existente no brinda los elementos pertinentes de idoneidad y eficacia para resolver la controversia, a partir de la naturaleza de la disputa, de los hechos del caso y de su impacto respecto de derechos o garantías constitucionales.***

*“(…) En este orden de ideas, se concluye que la acción de tutela es procedente por vía de excepción para cuestionar actos administrativos dictados en desarrollo de un concurso de méritos, y que, más allá de la causal del perjuicio irremediable, cabe examinar la eficacia en concreto del medio existente y de la viabilidad sumaria de las medidas cautelares, teniendo en cuenta, como ya se dijo, la naturaleza de la disputa, los hechos del caso y su impacto respecto de derechos, principios o garantías constitucionales, siendo, prevalente, en este escenario, la protección del mérito como principio fundante del Estado colombiano y del actual modelo democrático, como lo señaló expresamente Sentencia T-059 de 2019”* Negrilla y subraya fuera de texto.

## **DE LOS PROCESOS MERITOCRÁTICOS PARA ACCEDER A CARGOS PÚBLICOS:**

El precepto 125 de la Constitución Política, contempla que por regla general los empleos en los órganos del Estado deben ser de carrera administrativa, a excepción de aquellos que sean de elección popular, de libre nombramiento y remoción, los de los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley, en los siguientes términos:

*“Artículo 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público. El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. El retiro 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. En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.”*

Conforme a lo anterior, el ingreso a los cargos de carrera en el Estado, deben fundamentarse en el mérito, en las calidades del servidor público y en una selección objetiva, para lo cual se ha establecido que los concursos públicos son el instrumento o mecanismo idóneo que posibilita la evaluación y determinación de la capacidad de los aspirantes para asumir las funciones propias del cargo a desempeñar, impidiendo la subjetividad o arbitrariedad por parte del nominador. Los concursos buscan la satisfacción de los fines del Estado y garantizar el derecho fundamental de acceso a la función pública. Por ello, la elección oportuna del concursante que reúne las calidades y el mérito asegura el buen servicio administrativo.

### **E. Del Caso Concreto:**

En el caso objeto de estudio, diferentes aspectos conducen a concluir que los medios ordinarios de defensa judicial resultan ineficaces para la protección de los derechos fundamentales invocados por la actora. **Primero**, la accionante se encuentra en franca desventaja para ofrecer sus destrezas en el mercado de trabajo y así procurarse una fuente de ingresos regular, pues tiene 72 años y 6 meses de edad y padece de “OTRAS COLELITIASIS, OTROS DOLORES ABDOMINALES Y LOS NO ESPECIFICADOS, SINDORME DEL COLON IRRITABLE CON DIARREA, GASTRITIS CRONICA

ANTROCORPORAL, GASTRITIS ANTRAL EROSIVA, ULCERA GASTRICA FORREST III, ARTROSIS DE MIEMBROS SUPERIORES E INFERIORES, ARTRALGIAS DE HOMBROS Y MANOS, LUMBAGO NO ESPECIFICADO, HIPERPLIDEMIA MIXTA, CONJUNTIVITIS NO ESPECIFICADA, DISMUNICION INDETERMINADA DE LA AGUDEZA VISUAL EN AMBOS OJOS, VERTIGO DE ORIGEN CENTRAL, HIPERTENSION ESENCIAL (PRIMARIA), FARINGITIS AGUDA DEBIDA A OTROS MICROORGANISMOS ESPECIFICADOS, FARINGITIS CRONICA, CONSTIPACION, ARTROSIS NO ESPECIFICADA, DOLOR DE ARTICULACION, MIALGIA, DOLOR ABDOMINAL LOCALIZADO EN LA PARTE SUPERIOR, AFONIA, HIPERPLIDEMIA NO ESPECIFICADA, RINOFARINGITIS CRONICA, DOLOR EN MIEMBRO". **Segundo**, el salario que percibía como auxiliar de servicios generales era fundamental para cubrir sus necesidades básicas; lo cual no fue desconocido ni desvirtuado, en ningún momento por la autoridad accionada. De tal modo que es posible inferir que en este momento la actora no cuenta algún tipo de ingresos que le permitan sobrellevar una vida en condiciones dignas, lo que se ve agravado con sus delicados quebrantos de salud y la previsible desvinculación del sistema de seguridad social en salud. **Tercero**, la peticionaria interpuso la acción de tutela al poco tiempo de que su desvinculación quedara en firme, lo que denota que la actuación de la autoridad demandada la sometió a una situación adversa que requiere de la intervención urgente e impostergable del Juez Constitucional. **Cuarto**, acudir a un proceso administrativo le supone cargas desproporcionadas, dadas las condiciones económicas y de salud que enfrenta la actora, que no le impiden asumir.

En ese entendido, los medios de defensa ordinarios disponibles son ineficaces en este caso en particular, por cuanto se constata una grave afectación a los derechos de la tutelante, que requiere la adopción de medidas urgentes e impostergables que legitiman la intervención del juez constitucional. Además, en este caso específico, **concurren las circunstancias para dar aplicación al precedente constitucional al que se hizo alusión en este proveído, relativo a la procedencia de la acción de tutela en casos de personas que han sido retiradas del cargo por haber alcanzado la edad de retiro forzoso, cuando al momento de su desvinculación no habían logrado el reconocimiento de una pensión que garantizara su derecho al mínimo vital y no cuentan con otra fuente de ingresos que les permita satisfacer sus necesidades básicas.**

La causal de desvinculación de un servidor público por haber cumplido la edad de retiro forzoso debe aplicarse en armonía con la Constitución. Al momento de invocarla como motivo del retiro, la entidad pública respectiva debe considerar las condiciones particulares de cada persona para evitar que la desvinculación del adulto mayor implique un perjuicio a sus derechos fundamentales; especialmente su derecho al mínimo vital. Para ello, debe evaluar, entre otras circunstancias, la situación pensional de la persona interesada y que la ausencia de un ingreso regular no la someta a un estado de precariedad relevante. Como se verá enseguida, aun cuando la imposición de una edad de retiro forzoso es una medida constitucional, la misma no puede derivar, en casos concretos, en un desconocimiento de las garantías fundamentales de los ciudadanos.

La Corte Constitucional sostuvo en la sentencia C-351 de 1995<sup>40</sup> que la medida del retiro forzoso era constitucional, porque *“es razonable que exista una regla general, pero no absoluta, que fije una edad máxima para el desempeño de funciones, no como cese de oportunidad, sino como mecanismo razonable de eficiencia y renovación de los cargos públicos.”* De esta forma, se entendió que la imposición de una edad de retiro forzoso logra la materialización del principio de igualdad de oportunidades en el acceso a los cargos públicos (arts. 13 y 40-7 CP), del derecho al trabajo de los ciudadanos que aspiran a desempeñarse

---

<sup>40</sup> MP Vladimiro Naranjo Mesa.

como servidores públicos (art. 25, CP) y de los mandatos constitucionales que ordenan al Estado propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar (art. 54, CP) y dar pleno empleo a los recursos humanos (art. 334, CP).

Así mismo, se sostuvo que el límite de edad no pone en riesgo *prima facie* el derecho al mínimo vital de las personas que son separadas de sus cargos, en tanto “[l]os miembros de la tercera edad con esta disposición no quedan en condiciones de inferioridad, básicamente por tres motivos: primero, porque ella misma prevé que habrá una compensación, es decir, la pensión de vejez, con lo cual se le da lo debido en justicia a las personas mayores de 65 años, y no quedan en estado de necesidad, ni de indefensión ante la vida. Segundo, porque ya ejercieron su derecho específico, con lo cual queda claro que no se les negó tal derecho ni el de libre desarrollo de su personalidad. Y tercero, porque al llegar a esa edad -además de la pensión- se hacen también acreedores a diversas formas de protección por parte del Estado y de la sociedad civil.”<sup>41</sup>

Sin embargo, al examinar la aplicación de estas normas en casos concretos, la Corte ha podido constatar que el progresivo endurecimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, debido al incremento en la edad y el número de semanas de cotización requeridas, aunado a las barreras institucionales para dar respuesta oportuna a las solicitudes de reconocimiento pensional, ha conducido a que en ocasiones las personas alcancen la edad de retiro forzoso sin que aún hayan logrado acceder a una prestación que garantice su mínimo vital. **En este tipo de casos, la facultad de desvincular a un funcionario público por haber cumplido la edad de retiro forzoso debe ejercerse de manera razonable, de tal forma que se valoren las circunstancias especiales de la persona interesada, para evitar la eventual vulneración de derechos fundamentales de sujetos de la tercera edad, que tienen dificultades para procurarse los mínimos existenciales y deben enfrentarse en condiciones desventajosas al mercado laboral.**<sup>42</sup>

En definitiva, se ha delimitado una ruta de decisión jurisprudencial según la cual no se considera razonable desvincular del servicio a una persona mayor que ha alcanzado la edad de retiro forzoso, cuando antes no se ha logrado garantizar su mínimo vital, ya sea a través de alguna de las prestaciones que para el efecto dispone el sistema de seguridad social, o mediante cualquier otro beneficio dirigido a proveer los recursos suficientes para satisfacer las necesidades básicas de la población de la tercera edad.

Este Despacho estima que le asiste razón a la accionante, porque la facultad de desvincularla por haber cumplido la edad de retiro forzoso se aplicó sin observancia de sus circunstancias particulares, **como que no le ha sido reconocida la pensión de vejez y que la ausencia de un ingreso regular la tiene sometida a un estado de precariedad económica relevante, por lo que la decisión resulta desproporcionada constitucionalmente.**

<sup>41</sup> En el mismo sentido puede observarse la sentencia C-563 de 1997 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz), mediante la cual se estudió la constitucionalidad del artículo 31 del Decreto 2277 de 1979, “[p]or el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente”, en el cual se establece que los docentes tienen derecho a permanecer en el servicio mientras no hayan alcanzado la edad de sesenta y cinco (65) años para su retiro forzoso. En la demanda se argumentó que la norma acusada vulneraba los derechos a la igualdad y al trabajo de los docentes frente a quienes podían seguir ejerciendo sus funciones luego de cumplir sesenta y cinco (65) años de edad. La Corte, sin embargo, declaró exequible la norma demandada reiterando los argumentos planteados en la sentencia C-351 de 1995. Explicó, que algunos cargos podían ser ocupados por personas mayores de sesenta y cinco (65) años, porque tienen adscritas funciones de manejo y conducción institucional, esenciales para el funcionamiento ágil, eficiente y transparente de la función administrativa, lo cual explica que estén sometidos a un sistema de libre nombramiento y remoción o a un período fijo, situación que no es extensiva a los docentes al servicio del Estado, quienes están sometidos a un régimen de carrera que les garantiza una estabilidad laboral que puede ser limitada legalmente, razón por la cual concluyó que no había un patrón de comparación para adelantar un juicio de igualdad entre los dos tipos de servidores públicos. Además, se sostuvo que el establecimiento de una edad de retiro forzoso no vulnera el derecho fundamental al mínimo vital de los docentes, porque esa restricción es compensada con los derechos pensionales que adquieren, lo cual les garantiza su derecho al mínimo vital.

<sup>42</sup> Al respecto pueden observarse, entre otras, las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: T-012 de 2009 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-007 de 2010 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-487 de 2010 (MP Juan Carlos Henao Pérez), T-086 de 2011 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-495 de 2011 (MP Juan Carlos Henao Pérez), T-038 de 2012 (MP María Victoria Calle Correa), T-154 de 2012 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), y T-294 de 2013 (MP María Victoria Calle Correa). En estas providencias se estableció una regla de decisión para este tipo de casos, según la cual no es razonable desvincular a una persona de su cargo por haber cumplido la edad de retiro forzoso, si antes no ha logrado garantizar su mínimo vital mediante alguna de las prestaciones del sistema de seguridad social.

En tal sentido, se observa que la **Secretaría de Educación y Cultura de la Gobernación del Cauca retiró del servicio activo a la accionante “sin haber realizado una valoración de sus circunstancias particulares, que consultara y garantizara la protección de sus derechos fundamentales”**, habida cuenta de su avanzada edad y de la falta de otros ingresos para sufragar autónomamente sus necesidades básicas. Para tomar la decisión de desvincular a la accionante, la demandada no observó que se trata de una persona que se halla en desventaja respecto del resto de la población para procurarse un trabajo, y que, ante la ausencia de su salario, se le somete a un estado de precariedad económica. Tampoco apreció que la actora padece de diversas patologías, por lo cual ha solicitado ante Colpensiones el trámite para la determinación de pérdida de capacidad laboral, quien mediante oficio fechado 01 de diciembre de 2022 le contesta a la tutelante que no es posible continuar con el trámite de la calificación, debido a que no ha alcanzado la mejoría médica máxima, ya que su médico tratante no ha dado por terminado el tratamiento de condición médica, ni se ha determinado origen de la patología lumbar.

Ahora bien, la entidad demandada alega que no vulneró los derechos fundamentales de la actora porque al desvincularla y reportar para concurso de méritos el cargo que ocupaba en provisionalidad, la Administración Departamental solo está dando cumplimiento a un mandato legal y constitucional de mayor jerarquía, en acatamiento de las normas particulares que regulan el ingreso a la Carrera Administrativa y no una decisión arbitraria e injusta”.

Sin embargo, para el Despacho ese argumento no es de recibo por varias razones:

La accionante no ha sido negligente con el trámite de su derecho pensional y la demandada no ha cumplido con su deber de colaboración en dicho procedimiento. Es así como de las pruebas documentales aportadas por la parte accionante, obra la respuesta de fecha 28 de agosto de 2023, emitida por Colpensiones, donde informa a la actora que ha recibido la solicitud de corrección de su historia laboral.

Aunado a ello, aparece copia de la **Resolución No. SUB-231118 del 30 de agosto de 2023, emitida por COLPENSIONES**, donde se expone que la señora YONDAPIZ PARDO MARIA MILAGROS, identificado(a) con CC No. 25,576,461, solicita el 10 de mayo de 2023 el reconocimiento y pago de una pensión de VEJEZ, para lo cual la interesada **acredita un total de 8,328 días laborados, correspondientes a 1,189 semanas**, motivo por el cual, al no lograr acreditar los requisitos mínimos de edad y semanas cotizadas, se niega la prestación solicitada. Es decir que a la accionante le faltarían 111 semanas para cumplir con el tiempo requerido por semanas cotizadas, **lo que corresponde aproximadamente a 2 años y 2 meses (Menos de los 3 años a que hace referencia la jurisprudencia citada para ser considerada con estabilidad laboral reforzada).**

Ahora bien, de acuerdo con el oficio emitido por Colpensiones el día 30 de septiembre de 2023, se da respuesta a la solicitud de corrección de historia laboral incoada por la señora YONDAPIZ PARDO, donde se adjunta el histórico en relación a cada uno de los periodos de cotización reportados a nombre de la accionante, concluyendo que cuenta con un total de **1196 semanas acreditadas**, que corresponde aproximadamente a **2 años**.

Luego, en el expediente obra copia del oficio emitido por Colpensiones de fecha 28 de octubre de 2023, donde informan a la señora María Milagros que, una vez ejecutados los procesos de corrección, previa validación de los soportes remitidos en sus solicitudes, se surtieron las actualizaciones a que hubo lugar en aras de propender al registro fidedigno de la información de su historia laboral de tal manera que a la fecha se encuentra actualizada de acuerdo con

aportes reportados por los empleadores en su momento. Por ende, adjunta el histórico de semanas, actualizado y consistente, en donde encontrará de manera detallada la información que hasta la fecha registra COLPENSIONES, en relación a cada uno de los periodos de cotización reportados a su nombre, que actualmente cuenta con un total de **1332 semanas acreditadas.**

Al respecto, la Corte Constitucional ha construido una regla jurisprudencial, según la cual 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, para evitar la vulneración de derechos fundamentales de personas de la tercera edad. En aplicación de esta doctrina ha distinguido varios tipos de situaciones:

(i) *En aquellos casos en los que el trabajador retirado del servicio ya cumple los requisitos para acceder a la pensión de vejez, pero esta no ha sido reconocida por demora del Fondo de Pensiones o por negligencia del empleador en adelantar los trámites o mora en el pago de cotizaciones a su cargo, la Corte ha ordenado el reintegro de la persona hasta tanto tenga lugar el reconocimiento de la pensión y su inclusión en la respectiva nómina de pensionados.*

(ii) **Cuando está probado que al trabajador en edad de retiro forzoso le falta un corto tiempo para cumplir el tiempo de cotizaciones, ha ordenado su reintegro hasta completar las cotizaciones y se produzca el reconocimiento efectivo de la pensión de vejez.** *En estos casos, si bien la Corte ha precisado que las normas sobre retén social (Ley 790 de 2002), que establecen estabilidad laboral reforzada para los servidores públicos a **quienes les falte un máximo de tres años para cumplir los requisitos para pensionarse,** fueron previstas sólo para trabajadores de empresas estatales en liquidación, pueden no obstante ser empleadas como parámetro de interpretación para determinar cuál es el plazo razonable para mantener vinculado al servidor que alcanza la edad de retiro forzoso sin haber completado el tiempo de cotizaciones necesario para obtener el reconocimiento de una pensión.*

(iii) *Cuando exista controversia o vacíos probatorios sobre el tiempo cotizado por el trabajador en edad de retiro forzoso, de modo tal que no se logre establecer si cumple los requisitos para acceder a la pensión de vejez, se ha concedido la tutela como mecanismo transitorio, ordenando el reintegro del peticionario y confiriéndole un plazo para interponer las acciones correspondientes ante la jurisdicción ordinaria.*

(iv) *Finalmente, en casos de personas de edad avanzada que no lograron cumplir los requisitos para acceder a la pensión de vejez pero si satisfacen las condiciones para obtener la pensión de retiro por vejez, la Corte amparó su derecho ordenando el reconocimiento inmediato de esta última prestación.”*

Como se observa, la accionante ha recurrido a Colpensiones para que se salven las inconsistencias de su historia laboral. Sus esfuerzos no han sido pocos. En cambio, la autoridad demandada se limitó a informarle que había cumplido la edad de retiro forzoso, desvinculándola de su empleo, sin ayudarle activamente para que lograra el reconocimiento pensional. Esto demuestra que la carga de resolver la situación pensional se trasladó completamente a la accionante, con la omisión completa de la parte accionada.

**Es preciso reiterar que las entidades empleadoras y los fondos de pensiones tienen un deber de colaboración activa con los servidores para actualizar la historia laboral del empleado que va a ser retirado del servicio y acompañarlo en la gestión de los trámites para el reconocimiento de la pensión.** Por tal razón, aunque el trabajador está obligado a suministrar toda la información con la que cuenta para reconstruir su historia laboral y certificar los tiempos de cotización, no es aceptable que una entidad pública traslade por completo al

trabajador toda la carga de gestión que ello demanda. Tal actitud desconoce el hecho de que, por regla general, las entidades públicas se encuentran en mejor posición que el trabajador para recabar dicha información, máxime cuando este último es de avanzada edad. Pero, además, cuando la información de la historia laboral del trabajador reposa en otras entidades públicas, es la entidad empleadora y no el trabajador, quien se encuentra en la obligación de solicitarla, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9º del Decreto Ley 019 de 2012.<sup>43</sup>

Ahora bien, si su retiro se fundamentó en el cumplimiento de un mandato legal, que tiene como objeto renovar la administración pública, hacer más amplio el acceso al trabajo y proveer el cargo mediante concurso público de méritos, no puede aceptarse que dicha actuación genere consecuencias negativas directas en el mínimo vital de la interesada.

En el presente caso se avizora que la señora CLARA YANE BOLAÑOS, persona que conforme a la Lista de Elegibles de la Resolución 2021RES-400.300.24-5421 del 10 de noviembre de 2021 de la OPEC 27512, ocupó el puesto No. 162 con un puntaje de 54.78 para el empleo de AUXILIAR DE SERVICIOS GENERALES código 470 grado 4 compareció en forma presencial ante el Líder de Gestión de Talento Humano Educativo de la Secretaría de Educación y Cultura a realizar escogencia de dicho cargo en la Institución Educativa I.E Agropecuario Felix Maria Ortiz, según consta en “ACTA INDIVIDUAL AUDIENCIA DE ESCOGENCIA SEDES DE TRABAJO ELEGIBLES AUTORIZADOS PARA USO DE LISTAS” el día 31 de agosto de 2023; de tal forma, los derechos que reclama la tutelante se encuentran ahora enfrentados a los derechos de otra persona que reclama se respete el derecho que tiene a acceder a dicho cargo al haber participado y superado satisfactoriamente el concurso de méritos para la provisión del empleo.

Tal como se explicó en las consideraciones de esta sentencia, la entidad accionada, tenía la obligación de identificar y en consecuencia adoptar acciones afirmativas a favor de la mujer sujeto de especial protección constitucional que estuviera ocupando el cargo provisional, para que, en lo posible, fuera reubicada en otro empleo vacante. Sin embargo, no se evidencia dentro de las pruebas aportadas y recaudadas en el expediente, alguna actuación por parte del Departamento del Cauca - Secretaría de Educación, destinada a lograr este cometido, antes de proceder con el nombramiento de la lista de elegibles, de quienes superaron las etapas del concurso de méritos.

**Debe señalarse que, aún, sin haber identificado el empleo que estaba siendo ocupado por un sujeto de especial protección constitucional, la entidad tuvo la oportunidad de conocer las condiciones de vulnerabilidad en las que se encontraba la accionante. Sin embargo, esta se limitó a efectuar su retiro forzoso por medio de acto administrativo.**

Ahora bien, también es cierto que ahora existe una tensión entre la protección de los derechos de la accionante, de una parte; y el respeto de la carrera administrativa y los resultados del concurso de méritos, de otra parte. Razón por la cual, el Despacho no puede ordenar su reincorporación inmediata al mismo cargo que venía desempeñando la actora, pues esta decisión vulneraría los derechos fundamentales de la señora CLARA YANE BOLAÑOS, quien

---

<sup>43</sup> Decreto Ley 019 de 2012, “por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública”, párrafo del artículo 9: “[...] A partir del 1 de enero de 2013, las entidades públicas contarán con los mecanismos para que cuando se esté adelantando una actuación ante la administración y los documentos reposen en otra entidad pública, el solicitante pueda indicar la entidad en la cual reposan para que ella los requiera de manera directa, sin perjuicio que la persona los pueda aportar. Por lo tanto, no se podrán exigir para efectos de trámites y procedimientos el suministro de información que repose en los archivos de otra entidad pública.”

realizó la escogencia del cargo Auxiliar De Servicios Generales código 470 grado 4 en la Institución Educativa I.E Agropecuario Felix Maria Ortiz a través del concurso de méritos, e iría en contra de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que reconoce la carrera administrativa como el mecanismo preferente para el acceso y la gestión de empleos públicos.

Bajo esta línea de consideraciones, puede afirmarse que el Departamento del Cauca - Secretaría de Educación y Cultura, vulneró el derecho al mínimo vital de la accionante, al desvincularla del cargo de auxiliar de servicios generales por haber cumplido la edad de retiro forzoso, pues no tuvo presente que su salario era su única fuente de ingresos y su situación pensional no se ha resuelto definitivamente; entre otras cosas, porque aunque en el oficio emitido por Colpensiones de fecha 28 de octubre de 2023 informan a la señora María Milagros que, en relación a cada uno de los periodos de cotización reportados a su nombre, actualmente cuenta con un total de **1332 semanas acreditadas**, lo cual indica que la accionante presuntamente ha cumplido con la totalidad de semanas requeridas para acceder al beneficio de la pensión; no obstante, hasta el momento dicha acreencia no ha sido reconocida mediante acto administrativo ni la entidad demandada ha contribuido de forma alguna para que ello suceda.

Se itera, que la Corte Constitucional ha establecido:

(i) *En aquellos casos en los que el trabajador retirado del servicio ya cumple los requisitos para acceder a la pensión de vejez, **pero esta no ha sido reconocida por demora del Fondo de Pensiones o por negligencia del empleador en adelantar los trámites o mora en el pago de cotizaciones a su cargo, la Corte ha ordenado el reintegro de la persona hasta tanto tenga lugar el reconocimiento de la pensión y su inclusión en la respectiva nómina de pensionados.***

Entonces, la decisión de desvincular a la actora solo por tener la edad de retiro forzoso, sin examinar ninguna otra circunstancia particular es desproporcionada e inconstitucional, si se tiene presente el tiempo laborado por la actora dentro de la Secretaría de Educación del Departamento del Cauca, su edad avanzada, el tiempo de cotización a pensiones y su estado de salud actual.

Frente a esta situación, el Despacho concederá la protección invocada, por lo cual, en el evento de existir vacantes disponibles al momento de la notificación de la presente decisión judicial o en caso de que se presenten vacantes futuras, el Departamento del Cauca – Secretaria de Educación y Cultura, debe nombrar a la señora Maria Milagros Yondapiz Pardo en un cargo equivalente al que ocupaba, hasta que tenga lugar el reconocimiento de la pensión y su inclusión en la respectiva nómina de pensionados.

En lo que respecta a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES el Despacho no avizora que en el momento haya actuaciones administrativas tendientes a la aclaración de inconsistencias de la historia laboral de la accionante, pues las mismas ya fueron resueltas y comunicadas a la accionante, por ende, se dispondrá su desvinculación del trámite de la presente acción de tutela.

Del examen anterior y conforme al último informe de Colpensiones, el cual certifica que actualmente la actora cuenta con un total de **1332 semanas acreditadas**, se observa que están dadas las condiciones para que la accionante María Milagros Yondapiz Milagros acceda al beneficio de su pensión; Igualmente, se avista que el cargo del cual fue desvinculada fue objeto de escogencia por concurso de méritos y ya se encuentra provisto; razón por la cual el despacho no puede acceder a darle solución de continuidad en el mismo cargo que ocupaba

la accionante antes de su retiro forzoso. Ahora, si la accionante pretende que la parte accionada le realice el pago de los salarios dejados de percibir, así como de las correspondientes prestaciones a que haya lugar, hasta que pueda acceder al reconocimiento de pensión de vejez y sea efectivamente incluida en nómina, tal solicitud debe ser procurada ante el respectivo Juez cognoscente, el cual corresponde al Juez Ordinario Laboral.

De igual forma, se dispondrá la desvinculación de la INSTITUCION EDUCATIVA INSTITUTO AGRICOLA FELIX MARIA ORTIZ, sede principal del Municipio de Páez - Cauca, MINISTERIO DE TRABAJO – TERRITORIAL CAUCA, NUEVA EPS, COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES – UGPP, señora CLARA YANE BOLAÑOS y todas las personas que conforman la lista de elegibles para proveer el cargo denominado AUXILIAR DE SERVICIOS GENERALES CÓDIGO 470 GRADO 04 en el marco del Proceso de Selección No. 1136 de 2019 – TERRITORIAL 2019 – GOBERNACION DEL CAUCA, al no evidenciarse acción u omisión desplegada por parte de aquellos, que pudiera atentar contra las garantías fundamental en cabeza de la hoy accionante.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Tercero Civil Municipal de Popayán, Cauca**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

## **R E S U E L V E**

**PRIMERO: TUTELAR** los derechos fundamentales al mínimo vital, trabajo, estabilidad laboral reforzada, dignidad humana y seguridad social, invocados por la señora MARIA MILAGROS YONDAPIZ PARDO, en contra del DEPARTAMENTO DEL CAUCA – SECRETARIA DE EDUCACION Y CULTURA, por las razones expuestas en la parte considerativa de este fallo.

**SEGUNDO: ORDENAR** al DEPARTAMENTO DEL CAUCA – SECRETARIA DE EDUCACION Y CULTURA, a través de su Representante Legal o quien haga sus veces que, en el término de los (03) tres días siguientes a la notificación de esta providencia, en el evento de existir vacantes disponibles al momento de la notificación de la presente decisión judicial, o en caso de que se presenten vacantes futuras, proceda a nombrar de manera inmediata a la señora MARIA MILAGROS YONDAPIZ PARDO, en un cargo equivalente al que ocupaba antes de su retiro forzoso y hasta que tenga lugar su reconocimiento de la pensión y su inclusión en la respectiva nómina de pensionados, tal como lo establece la Corte Constitucional en la jurisprudencia citada en esta Sentencia.

**TERCERO: ORDENAR** al DEPARTAMENTO DEL CAUCA - SECRETARIA DE EDUCACION Y CULTURA, a través de sus representantes legales o quienes hagan sus veces que, en el término de TRES (03) DIAS contados a partir de la notificación de esta providencia, le brinden el acompañamiento necesario a la señora MARIA MILAGROS YONDAPIZ PARDO para que pueda culminar el trámite para el reconocimiento de la pensión de vejez.

**CUARTO: DECLARAR IMPROCEDENTE** la solicitud para el pago de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, realizada por la señora MARIA MILAGROS YONDAPIZ PARDO, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**QUINTO: DESVINCULAR** del presente tramite de acción de tutela a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, INSTITUCION EDUCATIVA INSTITUTO AGRICOLA FELIX MARIA ORTIZ, sede principal del Municipio de Páez - Cauca, MINISTERIO DE TRABAJO – TERRITORIAL CAUCA, NUEVA EPS, COMISIÓN NACIONAL DEL

SERVICIO CIVIL, UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES – UGPP, señora CLARA YANE BOLAÑOS y todas las personas que conforman la lista de elegibles para proveer el cargo denominado AUXILIAR DE SERVICIOS GENERALES CÓDIGO 470 GRADO 04 en el marco del Proceso de Selección No. 1136 de 2019 – TERRITORIAL 2019 – GOBERNACION DEL CAUCA, por los motivos expuestos en la parte considerativa de esta providencia.

**SEXTO: REQUERIR** al DEPARTAMENTO DEL CAUCA – SECRETARIA DE EDUCACION Y CULTURA y a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, para que por medio de correo masivo y a través de la página Web, notifiquen a todas las personas que conforman la lista de elegibles para proveer el cargo denominado AUXILIAR DE SERVICIOS GENERALES CÓDIGO 470 GRADO 04, en el marco del Proceso de Selección No. 1136 de 2019 – TERRITORIAL 2019 – GOBERNACION DEL CAUCA y a todos los interesados, del presente fallo de tutela, publicando y remitiendo copia de la respectiva providencia, para su conocimiento y demás fines legales pertinentes. Se les concede, un término de UN (01) DIA, a fin de que alleguen a este Despacho Judicial las respectivas constancias de la notificación realizadas.

**SEPTIMO: LIBRAR** las comunicaciones respectivas a fin de notificar a las partes.

**OCTAVO:** En su oportunidad, **ENVIAR** el expediente contentivo de esta actuación a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión, en el evento de no ser impugnado.

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

La Juez,

**DIANA PATRICIA TRUJILLO SOLARTE**

P/jb

Firmado Por:  
Diana Patricia Trujillo Solarte  
Juez  
Juzgado Municipal  
Civil 003  
Popayan - Cauca

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: **214f1a97bad3723cbb36d9ea7907af7907839b62971c0ee420aefbf1b33f619b**

Documento generado en 01/12/2023 12:34:40 PM

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