

Sentencia T-016/08

(Enero 18)

EDAD DE RETIRO FORZOSO-Causal de desvinculación de docentes al servicio del Estado

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO-Improcedencia general/ACCION DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO-Procedencia excepcional por existencia de perjuicio irremediable

ACCION DE TUTELA-Improcedencia para solicitar reintegro de empleados públicos salvo que se presente un perjuicio irremediable

ACCION DE TUTELA-Improcedencia por cuanto el retiro del servicio de la demandante se dio en cumplimiento de las normas legales sobre edad de retiro forzoso de docentes/MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Acción de nulidad y restablecimiento del derecho para las pretensiones de la demandante/ACCION DE TUTELA TRANSITORIA-Improcedencia por cuanto no se advierte amenaza o concreción de un perjuicio irremediable

En el expediente no obran pruebas que demuestren que la desvinculación de la señora obedeció a un trato discriminatorio e injusto. Lo que aparece es que el retiro del servicio se efectuó en cumplimiento de las normas legales que fijan la edad de retiro forzoso de los docentes al servicio del Estado. Y no puede oponer a la orden de retiro forzoso la sola circunstancia de no cumplir los requisitos para pensionarse. Al no advertir la Sala una actuación abiertamente irregular, se concluye que las pretensiones de la demandante pueden ser satisfechas mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. No se advierte para la actora la amenaza o concreción de un perjuicio irremediable que haga procedente el amparo como mecanismo transitorio, dado que ella, recibe una pensión del Seguro Social equivalente a un salario mínimo mensual. De igual manera la tutelante, no cumple con los requisitos que exige la ley y la jurisprudencia constitucional, para ser considerada “madre cabeza de familia”, y los parientes que en su respuesta a esta Corporación dice ayudar, económicamente no son personas con limitaciones físicas o psicológicas que se encuentren incapacitadas para trabajar.

Referencia: expediente T-1.600.421

Accionante: Elsy Farina Fernández Freyte

Accionado: Alcaldía Distrital de Santa Marta y Secretaría de Educación Distrital

Fallo de tutela a revisar: sentencia del Juzgado Tercero Penal Municipal de Santa Marta, del 19 de octubre de 2006 (1ª instancia).

Magistrados de la Sala Quinta de Revisión: Mauricio González Cuervo, Marco Gerardo Monroy Cabra y Nilson Pinilla Pinilla.

Magistrado Ponente: Dr. MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.

ANTECEDENTES

1. Pretensión

La actora instauró acción de tutela¹ para obtener la protección de sus derechos fundamentales de igualdad, trabajo, protección a la mujer cabeza de familia, tercera edad y mínimo vital, debido a que el acto administrativo mediante el cual fue retirada del servicio², aduciendo arribo a edad de retiro forzoso, impide su acceso a la pensión de jubilación.

2. Respuesta del accionado

La Alcaldía Mayor de Santa Marta, a través de la Secretaría de Educación Distrital, informa que el recurso de reposición interpuesto por la actora fue resuelto mediante oficio DJ/2646 del 13 de septiembre de 2006, donde se comunica que de acuerdo con los artículos 31 y 68 del Decreto 2277 de 1.979, el docente al servicio del Estado tiene derecho a permanecer en el cargo, mientras no haya cumplido los 65 años de edad³. Por tanto, la Administración Distrital de Santa Marta no puede permitirle a la accionante cumplir el tiempo que le hace falta para alcanzar su pensión de jubilación, pues estaría infringiendo la normatividad vigente y se configuraría causal de mala conducta, dado que ésta cuenta con más de 65 años. Así, para el demandado, a la accionante no se le ha vulnerado ningún derecho fundamental, pues se ha actuado de conformidad con la ley. En tal medida la acción de tutela no debe prosperar.

3. Hechos relevantes y medios de prueba.

3.1. Acto administrativo de desvinculación del servicio. La actora afirma que mediante la Resolución No 985 del 1º de julio del 2006, la Administración Distrital de Santa Marta retiró del servicio a la actora por edad de retiro forzoso, vulnerándole los derechos fundamentales a la igualdad, trabajo, protección a la mujer cabeza de familia, tercera edad y mínimo vital, dado que no cumple con los requisitos para acceder a la pensión de jubilación, pues sólo ha laborado 16 años, 9 meses, 14 días.

3.2. Actuación en vía gubernativa. El 28 de Agosto del 2006, presentó recurso de reposición y en subsidio apelación contra dicho acto administrativo, sin que hasta la fecha se hayan resuelto los mismos.⁴

3.3. Petición. Lo que pretende la tutelante es que se ordene a los accionados “que le permitan cumplir con los requisitos para adquirir el estatus de pensionada.”

3.4. Actuación en Sala de Revisión. En razón de que la tutelante invoca en la demanda su condición de “madre cabeza de familia”, esta Sala de Revisión para mejor proveer, decidió recibir el testimonio de la actora y para el efecto comisionó para su recepción al Juez de primer grado con el propósito de que la Señora Fernández Freyte expusiera su situación económica y familiar.

4. Decisiones judiciales de instancia

4.1. Fallo de Primera Instancia (Juzgado Tercero Penal Municipal de Santa Marta).

Decisión: Deniega el amparo.

Razón de la decisión: La accionante puede acudir a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa para que se pronuncie sobre el asunto, pues para el caso no se está en presencia de un perjuicio irremediable que permita acceder al amparo como mecanismo transitorio.

4.2 Fallo segunda instancia (Juzgado Quinto Penal Municipal de Santa Marta).

Decisión: Se inhibe de conocer sobre el asunto.

Razón de la decisión: el recurso de apelación se presentó en forma extemporánea.⁵

CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

La Sala se considera competente para la revisión del caso, con fundamento en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política y 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991, en cumplimiento del Auto del 11 de mayo de 2007 de la Sala de Selección de Tutela No. 5 de la Corte Constitucional.

5. Problema jurídico.

Corresponde a la Sala establecer, si le asiste razón al juez de instancia cuando considera que la acción de tutela instaurada por la señora Fernández Freyte es improcedente por cuanto existe otro mecanismo judicial -a saber la acción de nulidad y restablecimiento del derecho del acto de retiro del servicio, así como la posibilidad de solicitar la suspensión provisional del mismo-, y por que no se demostró la configuración de un perjuicio irremediable que haga viable la protección constitucional como mecanismo transitorio.

Para resolver este problema la Corte se referirá a: i) La edad de retiro forzoso como causal de desvinculación del servicio del personal docente al servicio del Estado y los antecedentes jurisprudenciales en la materia: ii) La improcedencia en general de la acción de tutela contra actos administrativos y en particular, para solicitar el reintegro de los empleados públicos, salvo que se vulneren derechos fundamentales y se configure un perjuicio irremediable, para luego entrar al fondo de la pretensión y decidir sobre la misma.

5.1. La edad de retiro forzoso como causal de desvinculación del servicio del personal docente al servicio del Estado y los antecedentes jurisprudenciales en la materia

El artículo 68 del Decreto 2277 de 1979 “Por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente” dispone: “Retiro del Servicio. El retiro del servicio implica la cesación en el ejercicio de las funciones del docente y se produce por renuncia, por invalidez absoluta, por edad, por destitución o por insubsistencia del nombramiento, cuando se trate de personal sin escalafón o del caso previsto en el artículo 7º de este Decreto. (negrilla y subrayado adicionado)

En armonía con lo anterior el artículo 31 del mismo estatuto establece: “Permanencia. El educador tiene derecho a permanecer en el servicio mientras no haya sido excluído del escalafón o no haya alcanzado la edad de sesenta y cinco años para su retiro forzoso. (subrayado adicionado)

Ahora bien, esta Corporación al decidir en la Sentencia C-563 de 1997, una demanda de inconstitucionalidad formulada contra el aparte subrayado del artículo 31 del Decreto 2277 de 1979, explica las razones por las cuales el texto acusado es exequible y en tal medida sostiene que se puede finalizar la vinculación de servidores públicos -para el caso la de los docentes vinculados al servicio del Estado-, por haber llegado a la edad de retiro forzoso (65 años).

Señaló en esa oportunidad la Corte, lo siguiente:

(..) De igual modo, la fijación legal de la edad de 65 años como razón suficiente para el retiro forzoso de cargos públicos sometidos al régimen de carrera administrativa, no vulnera el derecho fundamental al mínimo vital (C.P., artículo 1º). En efecto, la restricción impuesta a los servidores públicos que cumplen la edad de retiro forzoso es compensada por el derecho que adquieren al disfrute de la respectiva pensión de jubilación (C.P., artículo 48) y a las garantías y prestaciones que se derivan de la especial protección y asistencia que el Estado está obligado a dispensar a las personas de la tercera edad (C.P., artículos 13 y 46), lo cual deja a salvo la integridad del indicado derecho fundamental.

En los términos anteriores, se pronunció la Corporación al declarar la exequibilidad del artículo 31 del Decreto 2400 de 1968, el cual establece que el personal civil que presta sus servicios en la rama ejecutiva del poder público será retirado del servicio al cumplir los sesenta y cinco años de edad. En dicha oportunidad, la Corte anotó que, el retiro forzoso a los sesenta y cinco años de edad, constituye un mecanismo puesto al servicio de bienes constitucionales superiores tales como el acceso de todos, en igualdad de oportunidades, a los cargos públicos, sin que alcance a comprometer, de manera irrazonable o desproporcionada, los derechos fundamentales del grupo de trabajadores a quienes se aplica⁷. (..)

No sobra advertir que, así como ocurre en el caso de otros servidores públicos sujetos a la misma restricción, los docentes al servicio del Estado, una vez han sido retirados del servicio por haber cumplido los sesenta y cinco años de edad, conservan intacta su capacidad de trabajo y, por lo tanto, pueden seguir desempeñando su oficio en un ámbito que no se encuentre sujeto a las restricciones legales propias de la docencia pública como, por ejemplo, la educación en establecimientos de carácter privado. De igual forma, al momento de ser

retirado del servicio por haber cumplido la edad de retiro forzoso, el docente tiene derecho a disfrutar las pensiones de gracia y de jubilación de que tratan los artículos 15-2 de la Ley 91 de 1989, 6° de la Ley 60 de 1993 y 115 de la Ley 115 de 1994.

Las anteriores reflexiones permiten concluir que la medida examinada es legítima desde la perspectiva constitucional, por cuanto persigue fines considerados valiosos por la propia Carta Política (v. supra). Además, resulta útil para conseguir estos propósitos y la afectación que produce en el derecho al trabajo de sus destinatarios es menor a las ganancias redistributivas e igualitarias que, por su conducto, se logran.”(subrayado adicionado)

Es claro que corresponde al legislador fijar la edad de retiro forzoso de los servidores públicos -Rama Judicial, Ministerio Público, Docentes etc.-, sin que tal decisión implique una violación de la Constitución o que tal circunstancia imponga automáticamente el otorgamiento de una pensión, independiente del cumplimiento de los requisitos legales⁸.

5.2. Improcedencia en general de la acción de tutela contra actos administrativos y en particular, para solicitar el reintegro de los empleados públicos, salvo que se vulneren derechos fundamentales y se esté ante un perjuicio irremediable

Según lo dispuesto en el artículo 86 de la C.P., y la jurisprudencia de esta Corporación, la acción de tutela es un mecanismo de protección de los derechos fundamentales de las personas, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública y no procede cuando exista otro medio de defensa judicial, salvo que éste resulte ineficaz y se configure un perjuicio irremediable caso en el cual, la tutela procede como mecanismo transitorio hasta tanto la autoridad correspondiente decida de fondo sobre el asunto.

La Corte se ha referido a la improcedencia de la acción de tutela contra actos administrativos, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Ello por cuanto contra esas decisiones administrativas, procede la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y al emplear esa vía, el interesado puede solicitar la suspensión provisional del acto que ocasiona la vulneración (arts 237 y 238 C.P).

Sobre el tema se refirió recientemente esta Corporación, cuando en la Sentencia T-128 de 2007⁹, reiteró lo afirmado en ocasiones anteriores sobre la procedencia excepcional de la

acción de tutela contra actos administrativos que vulneren derechos fundamentales, para indicar que la misma solo procede cuando se constate la existencia de un perjuicio irremediable y la acción administrativa no resulta eficaz. Señala la providencia en cita:

3.4. La Corte Constitucional ha señalado que en los eventos excepcionales en los que procede la tutela contra actos administrativos que vulneren derechos fundamentales, por regla general, ésta se concede como mecanismo transitorio.

(..)Así lo señaló en la sentencia T-514 de 2003? en donde indicó al respecto lo siguiente:

“la Corte concluye (i) que por regla general, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, como quiera que existen otros mecanismos tanto administrativos como judiciales para su defensa; (ii) que procede la acción de tutela como mecanismo transitorio contra las actuaciones administrativas cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable; y (iii) que solamente en estos casos el juez de tutela podrá suspender la aplicación del acto administrativo (artículo 7 del Decreto 2591 de 1991) u ordenar que el mismo no se aplique (artículo 8 del Decreto 2591 de 1991) mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.”

En suma, la Corte ha precisado como regla general, que la acción de tutela es improcedente para solicitar el reintegro de los empleados públicos, pues en el ordenamiento jurídico está prevista la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, luego existe un medio de defensa judicial propio, específico y eficaz que excluye la prevista en el artículo 86 Constitucional. No obstante la Corte ha manifestado que, excepcionalmente ante un perjuicio irremediable, puede resultar procedente el amparo cuando la acción de nulidad y restablecimiento del derecho resulta inadecuada para la efectividad de los derechos fundamentales violados, dada la situación que afronta el accionante. En tal sentido dijo la Corte en la Sentencia T-519 de 2003, lo siguiente:

“ (..) No se deduce de manera tajante que un retiro del servicio implica la prosperidad de la tutela, porque si ello fuera así prosperaría la acción en todos los casos en que un servidor público es desligado del servicio o cuando a un trabajador particular se le cancela el contrato de trabajo; sería desnaturalizar la tutela si se afirmara que por el hecho de que a una

persona no se le permite continuar trabajando, por tutela se puede ordenar el reintegro al cargo. Solamente en determinados casos, por ejemplo cuando la persona estuviera en una situación de debilidad manifiesta, o de la mujer embarazada, podría estudiarse si la tutela es viable.”

6. Caso concreto

6.1. Del simple repaso de los antecedentes jurisprudenciales sobre el tema de la aplicación de las disposiciones relativas al retiro forzoso de los docentes al servicio del Estado a que se hizo referencia en los apartes preliminares de esta sentencia (6.1), se desprende que este presupuesto se cumple en el asunto bajo examen. Para el caso, la accionada dio aplicación al artículo 31 del Decreto Ley 2277 de 1979 al constatar que la actora cumplió la edad de 65 años.

6.2. En el expediente no obran pruebas que demuestren que la desvinculación de la señora Elsy Farina Fernández Freyte obedeció a un trato discriminatorio e injusto. Lo que aparece es que el retiro del servicio se efectuó en cumplimiento de las normas legales que fijan la edad de retiro forzoso de los docentes al servicio del Estado. Y no puede oponer a la orden de retiro forzoso la sola circunstancia de no cumplir los requisitos para pensionarse.

6.3. Al no advertir la Sala una actuación abiertamente irregular, se concluye que las pretensiones de la demandante pueden ser satisfechas mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pues ésta corresponde a la naturaleza de las pretensiones formuladas y admite la adopción de medidas precautelativas de protección a los derechos reclamados, tal como la suspensión provisional de los actos controvertidos (C.P., art. 238 y CCA arts. 152 y ss).

6.4. No se advierte para la actora la amenaza o concreción de un perjuicio irremediable que haga procedente el amparo como mecanismo transitorio, dado que ella, recibe una pensión del Seguro Social equivalente a un salario mínimo mensual¹¹. De igual manera la tutelante, no cumple con los requisitos que exige la ley y la jurisprudencia constitucional, para ser considerada “madre cabeza de familia”, y los parientes que en su respuesta a esta Corporación dice ayudar, económicamente no son personas con limitaciones físicas o psicológicas que se encuentren incapacitadas para trabajar. ¹²

6.5. En conclusión, al no acreditarse para el caso un perjuicio irremediable que haga procedente el amparo transitorio y dada la improcedencia en general de la acción de tutela¹³ para dirimir controversias originadas en la expedición de actos administrativos mediante los cuales se desvincula a una persona en aplicación de la ley, se concluye que el amparo debe ser denegado. Bien pudo la Señora Fernández Freyte acudir a la Jurisdicción Contenciosa administrativa para que se pronunciara sobre la legalidad de la Resolución No 985 del 1º de julio del 2006, mediante la cual la Administración Distrital de Santa Marta la retiró del servicio, pues de acuerdo a lo establecido en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo: “Toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho”. Así, el fallo de tutela debe ser confirmado.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- LEVANTAR la suspensión de términos en este proceso, ordenada mediante auto de fecha tres (03) de julio de dos mil siete (2007).

Segundo.- CONFIRMAR en su integridad y por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, el fallo proferido el diecinueve (19) de octubre de dos mil seis (2006), por el Juzgado Tercero Penal Municipal de Santa Marta, dentro de la acción de tutela instaurada por Elsy Farina Fernández Freyte contra la Alcaldía Distrital de Santa Marta y la Secretaria de Educación Distrital.

Tercero.- Por Secretaría General, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado Ponente

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Fecha de la demanda de tutela 2 de octubre 2 de 2006.

2 Fecha de retiro del servicio 1º de julio 1º del 2006.

4 A folio 5 del expediente, obra fotocopia de los recursos de reposición y subsidiario apelación presentados por la actora ante las entidades accionadas el día 28 de agosto de 2006.

5 El Juez de instancia aduce que el oficio No 2366 del 19 de octubre de 2006, fue recibido por la demandante el día en que se les notificó a las demás partes la providencia dictada por el Juzgado Tercero Penal Municipal de Santa Marta, esto es el 23 de octubre de 2006. Pero sólo hasta el 30 de octubre de ese año es que la actora se acerca a la Secretaría del despacho de primer grado a manifestar que presentar recurso de apelación, pero sin expresar las razones de su descontento y cuando ya estaba ejecutoriada la sentencia (el término de ejecutoria transcurrió durante los días 25, 26 y 27 de octubre de 2006).

6 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

7 Sentencia C - 351 de 1995 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

8 Ver Sentencias C-351 de 1995, C-1037 de 2003.

9 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

10 Ver al respecto las Sentencia T-628 de 2006, T- 803 de 2002 y T-348 de 1997.

11 Folios 7 y 9 expediente.

12 La Corte al referirse a lo que debe entenderse por “mujer cabeza de familia” dijo en la Sentencia T-081 de 2005 M.P. Alvaro Tafur Galvis, lo siguiente: “Ahora bien, en desarrollo del mandato constitucional en cita, el Congreso de la República expidió la Ley 82 de 1993, mediante la cual definió el concepto de “mujer cabeza de familia” de la siguiente manera: “(...) entiéndase por mujer cabeza de familia, quien siendo soltera o casada, tenga bajo su cargo, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de los demás miembros del núcleo familiar.”

13 Artículos 86 de la Constitución y 6º del Decreto 2591 de 1991.