TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, cuatro (4) de octubre de dos mil diecisiete (2017)

SALA TERCERA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

ASUNTO:	**SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.**
ACCIÓN:	**ACCIÓN DE TUTELA.**
PROCESO:	**70-001-33-33-009-2017-00205-01.**
DEMANDANTE:	**ÓSCAR AGUSTÍN VITOLA GÓMEZ**
DEMANDADO.	**CARSUCRE**[1]

OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide la Sala la impugnación interpuesta por la parte accionante en oposición a la sentencia proferida por el JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO – SUCRE el día 22 de agosto de 2017, en la cual se resolvió negar por improcedente la acción de tutela interpuesta por el señor **ÓSCAR AGUSTÍN VITOLA GÓMEZ** en contra de la **CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DE SUCRE.**

1. ANTECEDENTES

1.1 LA SOLICITUD DE TUTELA:

ÓSCAR AGUSTÍN VITOLA GÓMEZ, presentó Acción de Tutela en contra de la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE SUCRE "CARSUCRE" por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al mínimo vital, debido proceso, trabajo e igualdad.

Como consecuencia y en protección de sus derechos, solicita que se ordene a la CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DE SUCRE "CARSUCRE" el reintegro de manera inmediata al cargo que venía desempeñando o a uno igual o similar, hasta tanto sea notificado de su reconocimiento pensional y su respectiva inclusión en nómina por parte de la entidad encargada de

[1] CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE SUCRE.

pagarle su pensión.

Asimismo, pide se deje sin efecto la Resolución No. 0062 del ocho (8) de febrero de 2017, y en su lugar, se le permita continuar en el cargo que venía desempeñando hasta tanto le sea reconocida la pensión de vejez por parte del Fondo de Pensiones COLFONDOS S.A. y su correspondiente inclusión en nómina de pensionados.

1.1.1. RESEÑA FÁCTICA: Expone el actor en su escrito de tutela, que:

Labora desde el 11 de marzo de 1998, como técnico administrativo, adscrito a la subdirección de Gestión Ambiental, de la CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DE SUCRE "CARSUCRE", por lo que a la fecha ha laborado en forma continua e ininterrumpida por aproximadamente 19 años 4 meses y 19 días.

El Director General de la entidad demandada, el día 13 de febrero de 2017, le notificó de la resolución No. 0062 del 8 de febrero de 2017 en donde se le comunicó que su nombramiento terminaría el 31 de julio de 2017, por haber superado la edad de retiro forzoso, por lo tanto, no era posible seguir contratándolo.

Así mismo indica, que no hizo uso de la vía gubernativa que disponía el acto administrativo, pero si a través de escritos de fecha de 18 de enero y 22 de febrero de 2017, solicita e informa al Director general continuar en el cargo que ha venido desempeñando hasta tanto su fondo de pensiones COLFONDOS, le reconozca la pensión de vejez cuya solicitud desde el 21 de noviembre de 2013 había radicado y estaba a la espera de la decisión, de igual forma informa acerca de su última actuación ante su fondo de pensiones, para que agilizara el trámite de su bono pensional, que le tiene estancada su solicitud de reconocimiento pensional.

Que, el salario que devenga en la entidad, es su único medio de sustento para solventar sus necesidades básicas, por lo tanto, al dejarlo sin su empleo no tendría medios para su congrua subsistencia, lo que constituiría una vulneración flagrante de sus derechos laborales constitucionales.

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL

Durante el trámite de la tutela se surtieron las siguientes etapas:

- Presentación de la demanda: 4 de agosto de 2017 (fol.19).
- Admisión de la demanda: 4 de agosto de 2017 (fol. 20).
- Notificación a las partes: 4 de agosto de 2017 (fol. 22-23).
- Contestación de la demanda: 10 de agosto de 2017 (fol. 24 a 31)
- Sentencia de primera instancia: 22 de agosto de 2017 (fol. 36 a 40).
- Impugnación: 30 de agosto de 2017 (fol. 44 a 46).
- Concesión de la impugnación: 05 de septiembre de 2017 (fol. 47).

1.2.1. INFORME DE LA ENTIDAD ACCIONADA[2].

La entidad accionada en su informe, refiere que al señor Oscar Agustín Vitola Gómez no se le ha vulnerado derecho fundamental alguno, puesto que fue notificado personalmente el día 13 de febrero de 2017 de la Resolución No. 0062 del 8 de febrero de 2017, en el que pone en su conocimiento que a partir del día 30 de julio de 2017 se desvincula de CARSUCRE, el cual se considera un tiempo más que prudente para que él hubiese culminado su proceso de pensión ante COLFONDOS, ya que este señala que el día 21 de noviembre de 2013, radicó ante COLFONDOS la solicitud de reconocimiento de su pensión de vejez.

Añade además, que la obligación de agilizar el reconocimiento de la pensión de vejez corresponde su gestión ante COLFONDOS y por lo tanto debe emprender las acciones legales del caso en contra de ese Fondo de Pensiones y no contra la Corporación que le ha garantizado sus derechos.

1.3. LA PROVIDENCIA RECURRIDA[3].

El Juez de primera instancia luego de hacer un análisis del carácter subsidiario de la acción de tutela y su improcedencia ante la existencia de otros mecanismos de defensa judicial, resolvió denegar por improcedente el amparo solicitado.

Para tal efecto consideró que, si bien los derechos del accionante son relevantes en cuanto a la protección constitucional, lo primero que se

[2] Folio 24 a 31 C.Ppal.
[3] Folio 46 a 50 C. Ppal.

advierte es que, contra el acto de desvinculación del accionante procedían los recursos de ley, medios idóneos para obtener la modificación o revocación de la decisión tomada por la accionada, en caso de estar en desacuerdo con esta, los cuales no fueron ejercidos oportunamente, y segundo cuenta el actor con otros mecanismos de defensa judicial tal como el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho para solicitar el reintegro y el consecuente restablecimiento que este trae consigo.

Igualmente sostuvo que, el accionante no invoca el amparo de tutela alegando que se utiliza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, o no se evidencia en su escrito que se le esté causando dicho perjuicio, lo que se traduciría en que no la está ejerciendo como mecanismo transitorio, además, no probó el actor que se le esté causando un daño irremediable, si bien este, manifiesta que le fueron violados dichos derechos por haber sido desvinculado de su empleo, esto no entraña en la gravedad y urgencia de las que habla la Corte Constitucional, *"que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona" y "que exige una pronta ejecución o rápido remedio".*

Pudiendo el actor instaurar los medios de control previstos en la ley 1437 de 2011, y pedir como medida cautelar la suspensión provisional de actos administrativos, al tenor de lo consagrado en los artículos 229 y 230 del C.P.A.C.A. Además no demuestra que los mecanismos ordinarios no son idóneos y eficaces; por el contrario, se aprecia la falta de diligencia en la gestión de su pensión, cuando han pasado más de 3 años desde la solicitud de la misma y hasta la fecha aún le faltan documentos para terminal la actuación administrativa para su reconocimiento.

1.3.1. LA IMPUGNACIÓN[4].

El accionante en el escrito de impugnación, expuso que, si el Juzgado de instancia se hubiese tomado el tiempo mínimo de lectura de los fundamentos jurídicos de la tutela, tal vez, hubiera notado que se le transcribió el fallo proferido por la Corte Constitucional mediante la sentencia T -734 de 2015, que recoge todas la sentencias sobre el tema de edad de retiro forzoso.

Como quedo sentado en los hechos de la acción, se trata de una persona de 71 años de edad, que el juzgado de instancia castiga por el hecho de no

[4] Folio 44 a 46 C.Ppal.

haber interpuesto los recursos de la vía gubernativa, sin tener en cuenta, que por su avanzada edad en su momento no entendió ni supo que hacer frente al acto administrativo que lo desvinculaba, quizá porque tenía la esperanza que su fondo de pensiones le definiera de una vez por todas su solicitud de reconocimiento pensional, antes de que llegara el día de su retiro, que por cierto, a la fecha pese a haber interpuesto una acción de tutela y ser fallada a su favor, no ha habido pronunciamiento. Y de eso se trata la acción de tutela, de proteger algunos casos excepcionales como el presente.

Afirmó que pretender someter a un proceso de nulidad y restablecimiento que puede tardar entre dos y cuatro años, a una persona de la tercera edad, significa que muy probablemente, cuando el fallo quede en firme, esa persona ya no exista, y de eso precisamente es que se trata esta tutela.

Además expuso, que más prueba para demostrar el daño que se le está causando que la Resolución No. 0062 del 8 de febrero de 2017, proferida por CARSUCRE, que lo retira de su cargo, y que por ende, lo deja sin ningún medio de subsistencia para solventar sus necesidades básicas, puesto que en los hechos de la acción se dejó sentado que no contaba con otros ingresos que no fuera su salario como empleado.

Sostiene que, es claro que estamos ante un perjuicio irremediable y grave, porque no es poca cosa, llegar a determinada edad y tener que visionar la forma de procurarse los medios que le permitan terminar sus días dignamente, ante lo cual surge la pregunta acerca de si es factible que se pueda conseguir un empleo a los 71 años de edad.

En consecuencia, para una persona de la tercera edad, sí es un perjuicio irremediable y grave quedarse sin su empleo, sin tener todavía reconocida la pensión de vejez, porque no se tiene ninguna opción de vincularse laboralmente en otra parte, luego, no se cuenta con ningún ingreso que le permita subsistir dignamente.

En consecuencia, teniendo en cuenta las razones expuestas, solicitó revocar en su integridad el fallo impugnado, y en su lugar, ordenar el reintegro del trabajador, hasta tanto, se profiera el reconocimiento y pago de su pensión de vejez.

1.4. Actuaciones surtidas en segunda instancia.

El conocimiento de la impugnación le correspondió al Tribunal previo reparto de fecha 8 de setiembre de 2017 (folio 2), y el asunto fue puesto en conocimiento de este despacho sustanciador el día 14 de septiembre de 2017 (folio 3).

Posteriormente, con fecha 02 de octubre de 2017, la entidad accionada CARSUCRE, allega escrito mediante el cual solicita, que se mantenga la decisión adoptada en primera instancia, y se declare la improcedencia de la acción de tutela (folio 4-7).

2. CONSIDERACIONES:

2.1. COMPETENCIA.

El Tribunal es competente para conocer de la impugnación interpuesta en la presente Acción Constitucional, según lo establecido por el Decreto Ley 2591 de 1991 en su artículo 32.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO.

Teniendo en cuenta los hechos y las circunstancias descritas en los antecedentes, se contrae a establecer el Tribunal en esta oportunidad*, ¿Si es procedente la acción de tutela como mecanismo subsidiario y excepcional, para controvertir un acto administrativo de contenido particular y concreto, cuando existen medios de defensa ordinarios para ello, de los que no ha hecho uso de forma adecuada y en término, y no se demuestra un perjuicio irremediable, con el cual se acceda a ella como mecanismo transitorio?*

2.2.1. ANÁLISIS DE CASO Y SOLUCIÓN AL PROBLEMA JURÍDICO

I. GENERALIDADES DE LA ACCIÓN DE TUTELA. REQUISITOS PARA SU PROCEDENCIA.

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

casos descritos en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, que reglamenta su ejercicio.

La acción de amparo, permite que toda persona por sí misma o por quien actúe a su nombre, tenga una acción constitucional para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos previstos en la ley y sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, agregando a renglón seguido que dicha protección consistirá "*en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo*".

Según el texto constitucional, para que la protección constitucional en sede de tutela proceda, no basta que se compruebe la vulneración o amenaza de uno o más derechos fundamentales, sino que es indispensable que el solicitante de la tutela no cuente con otro medio de defensa judicial al que pueda acudir para lograr su protección, a no ser que utilice el mecanismo para evitar un perjuicio irremediable[5].

El Consejo de Estado se ha manifestado en el sentido de indicar que *"su procedencia se encuentra supeditada a la carencia de medios de defensa judicial ordinarios o, en su defecto, a la falta de idoneidad de aquellos para evitar la consumación de un perjuicio irremediable; caso en el que se habilita su ejercicio como mecanismo transitorio, lo cual limita sus efectos futuros a la activación, por parte del peticionario, de los instrumentos jurídicos pertinentes"*[6]

Ahora bien, no puede perderse de vista que la acción de tutela por su naturaleza residual y subsidiaria[7] no está diseñada para reemplazar las acciones o vías judiciales ordinarias a las cuales la persona puede acudir para hacer valer sus derechos. Por ello, como mecanismo de protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales debe ser entendida como un instrumento integrado al ordenamiento jurídico, de manera que su efectiva aplicación sólo tiene lugar cuando dentro de los diversos medios que aquél

[5] Corte Constitucional, Sentencia T-983 de 13 de septiembre de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis.
[6] Consejo de Estado Sección Quinta, sentencia del 19 de febrero de 2015. Radicación número: 11001-03-15-000-2014-03259-00. Consejera Ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
[7] Corte Constitucional, Sentencia T-585 del 29 de julio de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

ofrece para la realización de los derechos, no exista alguno que resulte idóneo para proteger instantánea y objetivamente el que aparece vulnerado o es objeto de amenaza.

La doctrina fundada en diversos pronunciamientos de la Corte Constitucional[8], ha señalado que, *"la tutela no remplaza a otros medios de defensa judicial, no los suprime o desplaza, ni compite o alterna con ellos. Basta que exista otro medio de defensa (eficaz e idóneo) para la protección del derecho fundamental, y la tutela es improcedente. La Corte ha dicho desde un comienzo que la acción de tutela no es un mecanismo que sea factible de elegir según la discrecionalidad del interesado, para esquivar el que de modo especifico ha regulado la ley; no se da la concurrencia entre este y la acción de tutela porque siempre prevale, con la excepción dicha – la acción ordinaria*. "[9]

En ese orden se puede igualmente señalar que, la acción de tutela adquiere el carácter subsidiario, con el fin de convertirse en el último recurso orientado a reemplazar los vacíos de defensa que en determinadas circunstancias se presentan y que afectan derechos fundamentales.

Ahora bien, la naturaleza residual no va ligada a la simple existencia del mecanismo judicial ordinario como tal, sino a la eficacia e idoneidad del mismo ante la vulneración o afrenta de los derechos constitucionales de primera generación, siendo necesario entonces entrar a analizar, si el mecanismo es eficaz para restablecer el derecho y la necesidad de protegerlo de manera transitoria para evitar un perjuicio irremediable.

Para verificar la viabilidad del mecanismo de amparo, en torno a su carácter transitorio se deben tener en cuenta, tanto los requisitos constitucionales, como los trazados por la línea jurisprudencial, **(i)** que no exista mecanismo ordinario para resolver el conflicto relacionado con un derecho fundamental, **(ii)** el mecanismo existente no resulta eficaz o idóneo para la protección de tales derechos por las circunstancias específicas del caso, o **(iii)** aun existiendo acciones ordinarias, su interposición es necesaria, por la inminencia de un perjuicio irremediable.

---

[8] Ver entre otras, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencias C-543 de 1992, T-331 de 1997, T 106 de 1996 y T 119 de 1997.
[9] CORREA HENAO, Néstor Raúl. Derecho procesal de la acción de tutela. Editorial, ediciones jurídicas Ibáñez, Tercera edición 2009. Pág. 84.

En desarrollo de los anteriores presupuestos se puede mencionar:

a. **La existencia de otros mecanismos ordinarios para dirimir el conflicto:** Para la Sala, se debe partir de la idea que dado el carácter excepcional de la tutela, ésta no puede desplazar ni sustituir los mecanismos ordinarios establecidos en nuestro ordenamiento jurídico, no obstante corresponderá al Juez constitucional verificar, ante la existencia de un mecanismo ordinario de la defensa del derecho fundamental, si este resulta idóneo y eficaz para la protección del mismo, en cuyo caso, por regla general, resultaría inadmisible acudir a la acción de amparo constitucional. Es así como la sola existencia de otro mecanismo judicial no basta para tornar improcedente la acción de tutela, sino que deberá analizarse la idoneidad de la acción ordinaria para cesar la vulneración o amenaza del derecho fundamental.

Sobre la eficacia e idoneidad del medio de defensa judicial, la Corte Constitucional reiteró mediante Sentencia T-160 de 2010 con ponencia del Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA:

> *"Desde muy temprana jurisprudencia la Corte Constitucional ha intentado precisar cuáles (sic) son los requisitos que ha de reunir el otro medio de defensa judicial para que se le considere eficaz para la protección de los derechos fundamentales. Así, en la sentencia T-003 de 1992 sostuvo esta Corporación que el enunciado normativo del inciso tercero del artículo 86 constitucional debía interpretarse en el sentido que el otro medio de defensa judicial"(…) tiene que ser suficiente para que a través de él se restablezca el derecho fundamental violado o se proteja de su amenaza, es decir, tiene que existir una relación directa entre el medio de defensa judicial y la efectividad del derecho. Dicho de otra manera, el medio debe ser idóneo para lograr el cometido concreto, cierto, real, a que aspira la Constitución cuando consagra ese derecho". Por otra parte, en la sentencia T-006 de 1992, se aseveró que correspondía al juez de tutela indagar si la "acción legal alternativa, de existir, es capaz de garantizar la protección inmediata de los derechos vulnerados o amenazados".*

Bajo estos preceptos jurisprudenciales, la acción de defensa judicial ordinaria deberá ser evaluada de manera suficiente, considerando las circunstancias fácticas del caso y aquellas invocadas por el actor, para determinar si con ella se protege de manera oportuna y eficaz el derecho presuntamente vulnerado, esto es, se neutraliza el perjuicio que se cierne sobre el derecho fundamental.

b. De la concurrencia del perjuicio irremediable: Adicional a las consideraciones previas, existen circunstancias en que el Juez no necesita

entrar a valorar la idoneidad de los mecanismos de defensa judicial existentes porque la acción de tutela se interpone como instrumento para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Según los lineamientos Jurisprudencialmente se ha señalado que dicho perjuicio, como una de las circunstancias en que es procedente acudir al amparo constitucional aun existiendo acciones ordinarias, se configura cuando el peligro que recae sobre un derecho fundamental es de tal magnitud que afecta de manera grave e inminente su subsistencia, por lo cual las medidas tendientes a su protección resultan impostergables; así, la Corte Constitucional ha establecido un mínimo de supuestos que deben presentarse para considerar que determinado evento reviste carácter de perjuicio irremediable[10]:

> ***"(i) El perjuicio tiene que ser inminente****, es decir, que esté próximo a suceder, lo que significa que se requiere contar con los elementos fácticos suficientes que así lo demuestren, en razón a la causa u origen del daño, a fin de tener la certeza de su ocurrencia.*
> ***(ii) El perjuicio debe ser grave****, es decir, representado en un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona, puede ser moral o material, y que sea susceptible de determinación jurídica.*
> ***(iii) El perjuicio producido o próximo a suceder****, requiere la adopción de medidas urgentes que conlleven la superación del daño, lo que se traduce en una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio y que esa respuesta armonice con las particularidades de cada caso.*
> ***(iv) La medida de protección debe ser impostergable****, o sea, que no pueda posponerse en el tiempo, ya que tiene que ser oportuna y eficaz, a fin de evitar la consumación del daño antijurídico irreparable.[11]" (Negrillas propias).*

Como puede observarse, resulta necesario, para la valoración a que está obligado el fallador, que el carácter del perjuicio irremediable se encuentre alegado y probado siquiera de manera sumaria en el proceso, lo cual impone un mínimo despliegue probatorio por parte del accionante.

Corolario a lo expuesto, se puede mencionar entonces, que es en atención al carácter subsidiario y residual de la acción de tutela, le corresponde al juez constitucional determinar su procedencia ya sea invocado como un mecanismo principal o de modo transitorio, valorando en todo caso la eficacia del otro medio de defensa judicial y la existencia de un perjuicio irremediable, que conlleve a la afectación del mínimo vital del reclamante, tal como lo consagran las normas pertinentes y la jurisprudencia creada respecto al caso.

---

[10]Consultar, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-225 de 1993. M.P. VLADIMIRO NARANJO MESA
[11] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- T-1003 de 2003. M.P. ÁLVARO TAFUR GALVIS

II. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CONTENIDO PARTICULAR Y CONCRETO, VIABILIDAD E IDONEIDAD DEL MECANISMO CONSTITUCIONAL, PARA BUSCAR LA SUSPENSIÓN DE UN ACTO ADMINISTRATIVO

Como se expuso en líneas anteriores, la tutela está establecida como un mecanismo subsidiario y residual, es decir, solo puede ser interpuesta cuando el afectado no tenga otro mecanismo de defensa judicial mediante el cual pueda evitar la afectación de los derechos o detener la vulneración de los mismos, salvo que, teniéndolo este sea ineficaz para el amparo de los derechos y la tutela sea el mecanismo idóneo para evitar un perjuicio irremediable.

Debido a lo anterior, en reiterada jurisprudencia se ha establecido la improcedencia de la tutela contra actos administrativos de contenido particular y concreto, pues para controvertir estos actos se tiene la acción, hoy medio de control, de nulidad y restablecimiento del derecho, que se ejerce ante la jurisdicción contencioso administrativa, o los medios de control establecidos dentro del marco jurídico de cada caso en concreto.

Al respecto la H. Corte Constitucional ha manifestado:

> *"Por regla general, la acción de tutela no procede contra actos administrativos de contenido particular y concreto en la medida en que éstos pueden ser demandados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho. Además, el afectado puede solicitar su suspensión provisional. Sin embargo, de manera excepcional, cuando la acción de tutela se instaura para evitar un perjuicio irremediable y existe una presunta violación de derechos fundamentales, se torna procedente.*
> *…*
> *En abundante jurisprudencia esta Corporación ha señalado que el perjuicio irremediable es aquel que tiene las características de inminencia, urgencia y gravedad. Por lo tanto, cuando se acredite la existencia de un perjuicio que: (i) sea inminente, es decir, que produzca de manera cierta y evidente la amenaza de un derecho fundamental; (ii) imponga la adopción de medidas apremiantes para conjurarlo; (iii) amenace de manera grave un bien jurídico que sea importante en el ordenamiento jurídico; y, (iv) dada su urgencia y gravedad, imponga la impostergabilidad del amparo a fin de garantizar el restablecimiento del orden social justo en toda su integridad, la acción de tutela es procedente aunque para controvertir el acto administrativo de carácter particular, el actor tenga a su disposición otros medios de defensa judiciales ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo."*[12]

Sobre el punto expuesto, nos ilustra el tratadista y Consejero de Estado JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, determinando de manera precisa

[12] Corte Constitucional. Sala tercera de revisión. Sentencia T-067 de 2011. Referencia: expediente T-2.808.968 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

las restricciones que de manera constitucional existen para invocar la procedencia de la tutela frente a este tipo de actos administrativos así;

> *"… en la individualización de la pretensión: la tutela no procede frente a todo tipo de violaciones de los principios fundamentales es posible intentarla cuando los derechos vulnerados son de naturaleza subjetiva y personal, solo de manera excepcional procede contra violaciones colectiva de derechos como es el caso de la acción de tutela contra particulares, y en lo concerniente a la existencia de otros recursos o medios de defensa judicial refiriéndose a que si los actos que se consideran violatorios de los derechos fundamentales, pueden ser objeto de impugnación a través de otros recursos o acciones judiciales, de ser así no es posible hacer uso de este medio judicial exceptuando si se está frente a un perjuicio irremediable."*[13]

Resalta la Sala los siguientes pronunciamientos del H. Consejo de Estado:

> *"la acción de tutela es subsidiaria y residual cuando el afectado no cuenta con otros medios de defensa judicial, no cuando teniéndolos dejó de hacer uso oportuno de ellos."*[14]

> *"Si el desvinculado dispone de un medio de defensa judicial, como es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, y además el perjuicio que se le causa no es irremediable, es evidente en tal caso que no es procedente la acción de tutela a términos del inciso 3º del artículo 86 de la constitución política, pero menos aún, cuando se ha dejado vencer el término que la ley concede para utilizar el medio de defensa judicial."*[15]

En igual sentido, manifiesta la H. Corte Constitucional:

> *"Con todo, en eventos determinados es posible que, pese a la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, sea necesario conceder el amparo, debido a la presencia de un perjuicio que sólo podría ser remediado con la decisión del juez constitucional. La Corte ha establecido los requisitos para que proceda la tutela contra actos administrativos, así:*
>
> *"(1) Que se produzca de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental; (2) que de ocurrir no exista forma de reparar el daño producido al mismo; (3) que su ocurrencia sea inminente; (4) que resulte urgente la medida de protección para que el sujeto supere la condición de amenaza en la que se encuentra; y, (5) que la gravedad de los hechos, sea de tal magnitud que haga evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales".*
>
> ***En general, resulta contrario a la naturaleza de la acción de tutela, invocarla contra actos de la administración, por perjuicios derivados de la incuria propia de quien dejó vencer los términos judiciales o no ejerció las acciones ordinarias en tiempo, o las ejerció en indebida forma sin cumplimiento de los presupuestos legales.*** *Tampoco puede el juez de tutela entrar a sustituir al juez Contencioso Administrativo, arrogándose la facultad de decidir sobre la legitimidad o ilegitimidad de un acto de la administración, ni cuando existe otro medio de defensa judicial y respecto de actos administrativos de carácter general, impersonal y abstracto."* (Negrillas de la Sala)[16]

---

[13] SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de derecho administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. Tomo III, p. 678 y ss.
[14] Consejo de Estado. Sala plena de lo contencioso administrativo. Providencia del 13 de febrero de 1992. Exp. AC-03. C.P: Clara Forero de Castro. Actor. Jairo Bocanegra Aguirre.
[15] CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia del 24 de enero de 1992. C.P: JOAQUÍN BARRETO RUIZ
[16] CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-1048 de 2008.

Por lo expuesto, se puede concluir en este punto que la acción de tutela no es un medio alternativo que pueda ser empleado en reemplazo de las acciones judiciales ordinarias, pues esto conllevaría el desconocimiento de la estructura jurisdiccional del Estado. Así, esta acción tampoco resulta procedente cuando el titular del derecho amenazado o vulnerado ha contado con la posibilidad de ejercer las acciones ordinarias o especiales ante las autoridades jurisdiccionales, creadas para conocer de los litigios originados en actos de la administración, y dejó fenecer dichas posibilidades por su ejercicio inadecuado o inoportuno[17].

Por consiguiente, la tutela no puede utilizarse para desplazar al juez ordinario de la resolución de los procesos que por ley le corresponde tramitar, y que solo subsidiariamente, en casos de inminente perjuicio para los derechos fundamentales, aquella puede invocarse para pedir, en la generalidad de los casos- una protección transitoria, o una protección definitiva, en eventos excepcionales definidos por la jurisprudencia.

Sobre el caso en particular la H. Corte Constitucional en sentencia SU-1070 de 2003, con ponencia del Dr. Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, expuso:

> ***"En el proceso que se revisa no se cumplen las condiciones que debe reunir el perjuicio para que proceda la acción de tutela como mecanismo transitorio, esto es: 1ª) que se produzca de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental; 2ª) que de ocurrir, no existiría forma de reparar el daño producido; 3ª) que su ocurrencia sea inminente, esto es que amenaza o está por suceder prontamente; 4ª) que resulte urgente la medida de protección para que el sujeto supere la condición de amenaza en que se encuentra; y 5ª) que la gravedad de los hechos sea de tal magnitud que haga evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo transitorio para la protección inmediata de derechos constitucionales fundamentales. Se aprecian varias razones que así lo evidencian: 1) existe un medio ordinario de defensa judicial****. Según la información suministrada por los accionantes, los actos administrativos que se cuestionan ante el juez constitucional ya fueron demandados ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y en esa jurisdicción las empresas accionantes podrán obtener la reparación integral del daño antijurídico que eventualmente se les haya producido. 2.* ***El ordenamiento jurídico admite que los accionantes puedan invocar ante el juez administrativo la suspensión provisional de los actos administrativos, que constituye un figura jurídica excepcional y eficaz para la protección inmediata de sus derechos.*** *3. En el presente caso se está ante actuaciones administrativas ya surtidas.* ***Los actos administrativos que se impugnan ante el juez constitucional están en firme. Por ello, podría tratarse de un evento de vulneración del derecho al debido proceso administrativo, pero no de una situación en que se halle amenazado el***

[17] Sobre el punto nos ilustra la doctrina: "*No se trata entonces de que la tutela proceda simplemente cuando su protección resulte más ágil o más rápida, pues en este caso la tutela dejaría de ser un mecanismo subsidiario. Se trata de que el juez verifique si someter el caso a un procedimiento alternativo puede dar lugar a la consumación del perjuicio sobre el derecho fundamental amenazado o conculcado"* BOTERO MARINO, Catalina. La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano. Bogotá Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2006, p.51 y ss.

> ***derecho, lo cual torna igualmente improcedente la acción de tutela****. **4. El problema que se debate no es naturaleza constitucional. Los que se discuten son derechos de rango legal o contractual, cuya solución no compete al juez de tutela sino al juez ordinario****. 5. De otra parte, las firmas accionantes invocan igualmente la protección de los derechos a la igualdad y al buen nombre. No obstante, de acuerdo con la descripción de los hechos y las circunstancias en que se apoyan para respaldar su petición, se observa que el amparo de estos derechos está condicionado a la procedencia de la tutela del derecho al debido proceso administrativo. Por ende, al ser improcedente el amparo de éste, también lo es frente a aquellos".* (Negrillas de la Sala).

Sobre un tema de similar al debatido en el *sub lite* y de reciente ventilación jurídica, el H. Consejo de Estado manifestó:

> *"El Decreto 2591 de 1992, al enunciar las causales de improcedencia de la acción de tutela, en primer término señala la existencia de otros recursos o medios de defensa judiciales, y advierte que la existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante (artículo 6º, numeral 1º).*
>
> ***Atendiendo el mandato legal antes citado, se tiene que la Ley 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contempló medios de control, cuya filosofía se orientó a garantizar a la sociedad un verdadero acceso a la administración de justicia, y sobre todo, incorporó instrumentos ágiles y novedosos, tendientes a garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos.***
>
> *…*
> *En la Exposición de Motivos al proyecto del ley que se convirtió en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Proyecto de ley No. 315 de 2010 -Cámara- y 198 de 2009 -Senado-, publicado con la exposición de motivos en la Gaceta 1173 de 2009)* ***se estableció entre sus finalidades fortalecer los poderes del juez contencioso, lo que se reflejó, entre otros aspectos, en las medidas cautelares rediseñadas para una nueva justicia. En este orden se declaró categóricamente que su finalidad era garantizar la "tutela judicial efectiva" de los derechos fundamentales, razón por la que, incluso, podrían decretarse de oficio****:*
>
> ***Las medidas cautelares contempladas en el proyecto, se constituyen en el más novedoso y eficaz instrumento para lograr la tutela judicial efectiva****. Por ello, se propone en el artículo 224 que incluso puedan ser decretadas de oficio para la protección de derechos fundamentales o colectivos.*
>
> *Cabe precisar que el proyecto deja intactas las medidas cautelares concebidas por la Ley 472 de 1998, en las acciones encaminadas a la protección de derechos e intereses colectivos, que permiten al juez adoptar todas las que considere necesarias para su protección, con independencia de que sean pedidas en la demanda, u otras diferentes.*
>
> *Así mismo se mantienen intangibles aquellas concebidas para las acciones de grupo por la misma normativa.*
> *…*
> *El texto definitivo y en especial sobre requisitos para decretar las medidas cautelares y procedimiento para su adopción quedo redactado así en los artículos 231 y 233 de la Ley 1437 de 2011.*
>
> *<u>En estos términos, se concluye que: i) lo que ahora se discute a través de la acción de tutela se podrá discutir promoviendo el proceso de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho,</u> teniendo en cuenta que: <u>ii) que la suspensión provisional del nuevo código tiene la misma prontitud y eficacia protectora que la acción de tutela, por varias razones: a) porque se decide al iniciar el proceso, b) procede para evitar un "perjuicio irremediable"; y</u> iii) porque la contradicción que se exige para suspender el acto administrativo ya no tiene el rigor y la exigencia*

del pasado: que sea ostensible; de hecho se puede hacer un estudio complejo para concluirlo.
…
En el capítulo XI de medidas cautelares (artículos 229 a 241), se realizan una serie de modificaciones para mejorar la estructura propuesta en el proyecto de ley, sobre la base del fortalecimiento de los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a fin de obtener por medio de los mismos una tutela judicial efectiva. Así, en el artículo 229 se aclara que las medidas cautelares proceden en todos los procesos declarativos que se adelanten en la Jurisdicción, con lo cual queda claro que no cobijan los procesos ejecutivos, cuyo procedimiento y adopción de medidas cautelares se remite al Código de Procedimiento Civil para el proceso ejecutivo de mayor cuantía (artículo 299). Igualmente, se modifica el inciso primero de la norma para enfatizar que la tutela judicial efectiva a obtener con una medida cautelar está circunscrita al objeto del proceso y a la efectividad de la sentencia y que por naturaleza es provisional, esto es, mientras se emite la sentencia. Y, por último, se agrega un parágrafo en el que se dispone que las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos y en los procesos de tutela del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, se regirán por las normas del Capítulo XI en comento y podrán ser decretadas de oficio.

A su turno, el artículo 230, sobre el contenido y alcance de las medidas cautelares, se puntualiza en el inciso primero que éstas deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda, y se elimina la expresión 'entre otras' para dejar en claro, en aras de la seguridad jurídica y las garantías de las partes, que las allí enumeradas y tipificadas son de carácter taxativo. Además, se introducen modificaciones en el contenido de los respectivos numerales tendientes a precisar cada una de las hipótesis de las medidas que se pueden adoptar; así, por vía de ejemplo, merece destacarse que el supuesto del numeral 2, que permite decretar la medida cautelar de suspensión de un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual, se condiciona a que a esta medida sólo podrá acudir el juez o magistrado ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el juez o magistrado ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.

En el artículo 231, que corresponde a los requisitos para decretar las medidas cautelares, en el inciso primero se reforma la redacción con el objetivo de que la suspensión provisional de los actos administrativos resulte eficaz. Con esta orientación se señala que, cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, si tal violación surge del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud; igualmente, cuando además se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos, para que proceda dicha medida cautelar.
…
Huelga manifestar que casos como el presente, el juez podrá pronunciarse sobre la solicitud de la medida cautelar, inclusive sin haber admitido la demanda, supeditando la continuidad del proceso a que se demuestre el cumplimiento del requisito de procedibilidad, en los términos establecidos para el efecto, en virtud de que este mismo precepto lo autoriza cuando no sea posible agotar el trámite previsto en el artículo 233 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es decir, proferir simultáneamente el auto admisorio de la demanda junto con la medida cautelar.

La acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Expuestas las razones que evidencian la improcedencia de la acción de tutela como mecanismo inmediato y definitivo de protección de derechos

> ***fundamentales, por cuanto el actor dispone de otro medio de defensa judicial, con medidas cautelares en los términos indicados, a través de los cuales puede acceder a una tutela judicial efectiva de sus derechos****, y como quiera que en la petición subsidiaria la impetró como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, a continuación la Sala se ocupa de este aspecto.*
>
> *El artículo 86 de la Constitución Nacional prevé que esta acción solo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, al paso que, el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 por el cual se reglamenta la acción de tutela, al señalar las causales de improcedencia, reitera la existencia de otros recursos o medios de defensa y que la existencia de ellos, será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.*
> *…*
> ***para la prosperidad de la acción de tutela como mecanismo transitorio, no basta la mera presencia de un perjuicio irremediable, es indispensable además, que obre la evidencia que refleje de manera desprevenida, que ese perjuicio es injustificado y que no proviene de una acción legítima de la autoridad contra quien se interpone****, que en términos generales apunta a lo que la jurisprudencia en la materia, tanto de la Corte Constitucional como de esta Corporación, han denominado presupuestos de procedibilidad.*
>
> ***Ese actuar "injustificado y carente de legitimidad" se presenta por falta absoluta de competencia, actuación al margen del procedimiento establecido, ausencia de apoyo probatorio, decisión fundamentada en normas inexistentes o en un engaño, ausencia absoluta de fundamentos fácticos y jurídicos, desconocimiento del precedente con fuerza vinculante o evidencia de una violación directa de la Constitución****, que son los denominados requisitos de procedibilidad que ha venido trazando la jurisprudencia."*[18] (Destacado y subrayas de la Sala).

Queda claro entonces que, la jurisprudencia ha sido enfática al señalar que la acción de tutela es improcedente para controvertir actos administrativos de carácter particular, por cuanto existe en el ordenamiento jurídico el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. De igual manera, ha señalado que su procedencia excepcional es viable ante la vulneración de una garantía fundamental o la ocurrencia de un perjuicio irremediable, siempre y cuando la acción ordinaria no brinde una protección eficaz y adecuada a los derechos amenazados o vulnerados.

Puntualmente, tratándose de la acción de tutela para buscar el reintegro a un cargo, ha dicho la H. Corte Constitucional, que ***"un retiro del servicio no 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*

[18] CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Consejero Ponente: ALFONSO VARGAS RINCÓN. Sentencia del 05 de marzo 2015. Radicación número. 25000-23-42-000-2013-06871-01. Actor. GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO Demandado: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

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[19]*."*

De lo anterior se puede concluir, que la tutela como mecanismo subsidiario y residual, solo procede contra actos administrativos de contenido particular y concreto, cuando se demuestre un perjuicio irremediable, de lo contrario la acción procedente es la de nulidad y restablecimiento del derecho. Igualmente, la tutela no puede presentarse para solicitar el reintegro a cargos públicos, salvo que el retiro haya dejado a la persona en una situación de debilidad manifiesta o de indefensión, evento en el que procederá este mecanismo de protección de manera transitoria[20].

Por otro lado, según los planteamientos anteriormente descritos de la jurisprudencia en cita, es evidente que, el juez administrativo tiene la posibilidad de adoptar las cautelas necesarias para garantizar la efectividad de sus pronunciamiento de fondo, estableciéndose un catálogo que ya no solamente incluye las medidas de carácter negativo como preveía el Decreto 01 de 1984, sino que se amplía la posibilidad de que el operador judicial adopte medidas cautelares positivas, bien sean preventivas, conservativas o anticipativas, relacionadas en el texto de la Ley 1437 de 2011, dichas medidas buscan igualar los poderes del juez de lo contencioso administrativo con el juez de tutela, con el fin de que en los procesos declarativos que se tramitan ante esta jurisdicción se puedan adoptar las mismas medidas, o incluso más y distintas de aquellas que en la actualidad solamente pueden ser decretadas en sede de tutela.

III. MARCO NORMATIVO QUE REGULA EL RETIRO FORZOSO EN COLOMBIA.

Mediante la Ley 65 de 1967 se otorgaron facultades extraordinarias al Presidente de la República para distintos fines, entre ellos, *"modificar las normas que regulan la clasificación de los empleos, las condiciones que deben llenarse para poder ejercerlos, los cursos de adiestramiento y el régimen de nombramiento y ascensos dentro de las diferentes categorías,*

[19] Corte Constitucional, Sentencia SU-544 del 24 de mayo de 2001, M.P. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.
[20] Corte Constitucional. Sentencia T- 548 de 2010. M.P. Dr. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

series y clases de empleos" (literal g.).

Varias disposiciones de este decreto fueron modificadas por el Decreto 3074 del 1968, dictado por el Presidente de la República en ejercicio de las mismas facultades extraordinarias.

El artículo 25 del Decreto 2400 de 1968, tal como fue modificado por el artículo 1º del Decreto 3074 del mismo año, dispuso:

> *"Artículo 25.- La cesación definitiva de funciones se produce en los siguientes casos: a) Por declaración de insubsistencia del nombramiento; (…) d) Por retiro con derecho a jubilación; e) Por invalidez absoluta; i) Por edad; (…)".*

En armonía con lo anterior, el artículo 29 ibídem, modificado por el artículo 1º del Decreto 3074, estatuyó lo siguiente sobre la causal señalada en el literal d) del artículo 25 del Decreto 2400:

> *"Artículo 29. El empleado que reúna las condiciones para tener derecho a disfrutar de una pensión de jubilación, cesará definitivamente en sus funciones y será retirado del servicio, dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha en que reúna tales condiciones. No obstante, el Gobierno podrá establecer excepciones para el retiro, cuando las necesidades del servicio lo exijan.*
>
> *La persona retirada con derecho a pensión de jubilación no podrá ser reintegrada al servicio, salvo cuando se trate de ocupar las posiciones de Presidente de la República, Ministro del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, Superintendente, Viceministro, Secretario General de Ministerio o Departamento Administrativo, Presidente, Gerente o Director de Establecimientos Públicos o de Empresas Industriales y Comerciales del Estado, miembro de misiones diplomáticas no comprendidos en la respectiva carrera y secretarios privados de los despachos de los funcionarios de que trata este artículo. Por necesidades del servicio, el gobierno podrá ampliar estas excepciones siempre y cuando que el empleado no sobrepase la edad de sesenta y cinco (65) años".*

Estas normas fueron reglamentadas por el Decreto 1950 de 1973, cuyo artículo 105 dispuso, en relación con el retiro de los empleados oficiales:

> "Artículo 105.- El retiro del servicio implica la cesación en el ejercicio de funciones públicas y se produce: (…) 5. Por edad. 6. Por retiro con derecho a pensión de jubilación. (…)".

El artículo 122 del mismo decreto prescribió lo siguiente, sobre la causal de retiro forzoso por edad:

> "Artículo 122º**.- La edad de sesenta y cinco (65) años constituye impedimento para desempeñar cargos públicos**, salvo para los empleos señalados en el inciso segundo del artículo 29 del Decreto Nacional 2400 de 1968, adicionado por el 3074 del mismo año".

Y el artículo 124 del mismo decreto normó lo siguiente sobre el retiro con pensión de jubilación o con pensión de vejez:

"Artículo 124º.- Al empleado oficial que reúna las condiciones legales para tener derecho a una pensión de jubilación o de vejez, se le notificará por la entidad correspondiente que cesará en sus funciones y será retirado del servicio dentro de los seis (6) meses siguientes, para que gestione el reconocimiento de la correspondiente pensión.

Si el reconocimiento se efectuare dentro del término indicado, se decretará el retiro y el empleado cesará en sus funciones"

Es importante mencionar que la H. Corte Constitucional, en la sentencia C-351 de 199511, resolvió una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 31 del Decreto Ley 2400 de 1968, que fijó en 65 años la edad de retiro forzoso para los empleados de la Rama Ejecutiva. En esa oportunidad, la Corte consideró que la norma acusada estaba vigente y que se ajustaba a la Constitución, no obstante haberse expedido mucho antes de la Carta Política de 1991. De dicha providencia resulta pertinente destacar lo siguiente:

"4. Edad de retiro forzoso

Como se ha señalado anteriormente, la Carta Política establece la edad de retiro forzoso como una de las causales de retiro para los magistrados de las altas Cortes. De ello no se puede colegir que aunque para este caso concreto se haya fijado tal causal en la Constitución, ello sea excluyente para que, a través de la ley, dicha causal se extienda a otros servidores públicos, o que se establezca como regla general para todos ellos. Quedarían exceptuados aquellos de elección popular, para los cuales se establezca un período fijo, como es el caso del presidente y del vicepresidente de la República, de los miembros de cuerpos colegiados, de los gobernadores o de los alcaldes. En estos casos la razón es la de que no cabría determinar una edad de retiro forzoso para aquellos ciudadanos que por voluntad popular, expresada en las urnas, acto por excelencia a través del cual se expresa la soberanía del pueblo, sean elegidos para un período fijo, ya que mediante ese hecho el pueblo directamente está manifestando su deseo de que esa persona -el elegido- y no otra, ocupe el cargo correspondiente y lo desempeñe durante todo el período previamente señalado en la Carta Política. Para estos cargos la Constitución no prevé edad de retiro forzoso.

El artículo 31 del decreto 2400 de 1968 no ha perdido vigencia con la expedición de la Carta Política de 1991, porque, como se ha establecido, no la contradice. En efecto, la única tacha de inconstitucionalidad que podría impugnársele, en gracia de discusión, es que discrimina a los mayores de determinada edad, impidiéndoles su realización laboral. Pero el legislador como ya se expresó, es autónomo para fijar el tope de edad, porque la Constitución misma prevé estas situaciones, cuando confiere al legislador la potestad de señalar la edad, sin darle ninguna pauta específica. (…)

No existe una discriminación, pues, porque se trata de una figura constitucional, y porque, además, deben brindarse oportunidades laborales a otras personas, que tienen derecho a relevar a quienes ya han cumplido una etapa en la vida. (…) Por ello 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. (…)
(…) en cuanto a la supuesta violación del artículo 13 Superior por parte de la norma acusada, hay que anotar que el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968 no deja en estado de indefensión a los mayores de 65 años, ni los discrimina, porque los hace acreedores a la pensión por vejez, dándoles lo debido en justicia. Por otra parte, el Estado no deja de protegerlos, porque les puede brindar apoyo de

otras maneras, y sería absurdo que, en aras de proteger la vejez, consagrara el derecho de los funcionarios mayores de 65 años a permanecer en sus cargos, sin importar los criterios de eficiencia y omitiendo el derecho de renovación generacional, que, por lo demás, está también implícito en el artículo 40-7 de la Constitución". (Subrayas añadidas).

Más adelante, con la sentencia C-563 de 199712, la Corte Constitucional ratificó la constitucionalidad de las normas que fijan una determinada edad como causal de retiro forzoso de los servidores públicos, al declarar exequible un aparte del artículo 31 del Decreto Ley 2279 de 197913, que señaló en 65 años la edad de retiro forzoso para los educadores oficiales. En dicha oportunidad la Corte hizo las siguientes consideraciones adicionales

"4. A juicio de la Corte, la consagración legal de una edad de retiro forzoso del servicio público afecta el derecho al trabajo, pues el servidor público no puede seguir desempeñándose en su cargo. No obstante, si la fijación responde a criterios objetivos y razonables, debe afirmarse que, en principio, resulta proporcional a los fines constitucionales cuyo logro se persigue. En efecto, la posibilidad de retirar a un servidor público de su empleo, una vez ha alcanzado una determinada edad fijada en la ley, es un instrumento de que disponen el legislador y la administración para lograr el principio de igualdad de oportunidades en el acceso a los cargos públicos (C.P., artículos 13 y 40-7) y el derecho al trabajo de los ciudadanos que aspiran a desempeñarse como trabajadores al servicio del Estado (C.P., artículo 25). Así mismo, medidas de esta índole persiguen la efectividad del mandato estatal contenido en el artículo 54 de la Carta Política, según el cual "el Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar" que, a su turno, es concordante con las facultades genéricas de intervención del Estado en la economía con la finalidad de "dar pleno empleo a los recursos humanos" (C.P., artículo 334). En suma, es posible afirmar que la fijación de una edad de retiro forzoso como causal de desvinculación del servicio público, constituye una medida gracias a la cual el Estado redistribuye y renueva un recurso escaso, como son los empleos públicos, con la finalidad de que todos los ciudadanos tengan acceso a éste en condiciones de equidad e igualdad de oportunidades".

Y en la misma sentencia se explicó lo siguiente sobre la validez constitucional de la excepción que para ciertos cargos públicos hacía el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968, por remisión al artículo 29, inciso segundo del mismo decreto:

"8. Con el objeto de establecer el alcance y finalidad de excepción consagrada en el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968, - según la cual el Presidente de la República; ministro del despacho; jefe de departamento administrativo; superintendente; viceministro; secretario general de ministerio o departamento administrativo; presidente, gerente o director de establecimiento público o de empresa industrial y comercial del Estado; miembro de misión diplomática no comprendido en la respectiva carrera; y, secretario privado del despacho de los funcionarios antes enumerados, puede continuar en su cargo luego de alcanzar la edad de retiro forzoso -, se hace necesario determinar cuál es la racionalidad que sustenta el elenco de empleos públicos antes mencionados. Sobre este particular, en la sentencia que declaró la exequibilidad del inciso 2° del artículo 29 del Decreto 2400 de 1968, la Corte expresó:
"Resulta entonces claro para la Corte que las excepciones previstas en la norma sub-examine [artículo 29 del Decreto 2400 de 1968], se refieren a los cargos mencionados, a los cuales se accede en virtud de elección popular - en el caso del

Presidente de la República - o en ejercicio de la facultad de libre nombramiento y remoción en los demás eventos, y dada la naturaleza e importancia de los mismos, requieren ser desempeñados por personas cuya experiencia, conocimientos y trayectoria garanticen la eficiencia de la función pública. (…)
En suma, los empleos a que hace referencia el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968 - todos los cuales corresponden a las más altas dignidades de la rama ejecutiva del poder público - son cargos de elección popular o de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República o de alguno de los altos funcionarios allí señalados (…)"

Seguidamente, el artículo 125 de la Constitución señala que el retiro de los cargos públicos de carrera se hará i) por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, ii) por violación del régimen disciplinario y iii) por las demás causales previstas en la Constitución o la ley. Veamos:

«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.

Parágrafo. Adicionado por el Acto Legislativo 1 de 2003. Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido.»

Finalmente, la Ley 909 de 2004, extendió esta causal, de manera general, a todos los empleados públicos de carrera o de libre nombramiento y remoción, de las entidades, órganos y organismos mencionados en su artículo 3º. En efecto, el artículo 41 de la citada ley dispone, en lo pertinente:

"Artículo 41. Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:
g) Por edad de retiro forzoso; (…)".

Por su parte, el artículo 55 ibídem preceptúa que *"las normas de administración de personal contempladas en la presente ley y en los Decretos 2400 y 3074 de 1968 y demás normas que los modifiquen, reglamenten, sustituyan o adicionen, se aplicarán a los empleados que presten sus*

servicios en las entidades a que se refiere el artículo 3o. de la presente ley". Este último artículo establece el campo de aplicación de la Ley 909, en los siguientes términos:

> "Artículo 3o. Campo de aplicación de la presente ley.
> 1. Las disposiciones contenidas en la presente ley serán aplicables en su integridad a los siguientes servidores públicos:
>
> a) A quienes desempeñan empleos pertenecientes a la carrera administrativa en las entidades de la Rama Ejecutiva del nivel Nacional y de sus entes descentralizados- Al personal administrativo del Ministerio de Relaciones Exteriores, salvo cuando en el servicio exterior los empleos correspondientes sean ocupados por personas que no tengan la nacionalidad colombiana.
> - Al personal administrativo de las instituciones de educación superior que no estén organizadas como entes universitarios autónomos.
> - Al personal administrativo de las instituciones de educación formal de los niveles preescolar, básica y media.
> - (Inciso 5º derogado por el artículo 14 de la Ley 1033 de 2006)
> - (Inciso 6º derogado por el artículo 14 de la Ley 1033 de 2006)
> - A los comisarios de Familia, de conformidad con lo establecido en el parágrafo del artículo 30 de la Ley 575 de 2000;
> b) A quienes prestan sus servicios en empleos de carrera en las siguientes entidades:
> - En las corporaciones autónomas regionales.
> - En las personerías.
> - En la Comisión Nacional del Servicio Civil.
> - En la Comisión Nacional de Televisión.
> - En la Auditoría General de la República.
> - En la Contaduría General de la Nación;
> c) A los empleados públicos de carrera de las entidades del nivel territorial: departamentos, Distrito Capital, distritos y municipios y sus entes descentralizados;
> d) La presente ley será igualmente aplicable a los empleados de las Asambleas Departamentales, de los Concejos Distritales y Municipales y de las Juntas Administradoras Locales. Se exceptúan de esta aplicación quienes ejerzan empleos en las unidades de apoyo normativo que requieran los Diputados y Concejales.
> 2. Las disposiciones contenidas en esta ley se aplicarán, igualmente, con carácter supletorio, en caso de presentarse vacíos en la normatividad que los rige, a los servidores públicos de las carreras especiales tales como:
> - Rama Judicial del Poder Público.
> - Procuraduría General de la Nación y Defensoría del Pueblo.
> - Contraloría General de la República y Contralorías Territoriales
> - Fiscalía General de la Nación.
> - Entes Universitarios autónomos.
> - Personal regido por la carrera diplomática y consular.
> - El que regula el personal docente.
> - El que regula el personal de carrera del Congreso de la República
> Parágrafo 2o. Mientras se expida las normas de carrera para el personal de las Contralorías Territoriales y para los empleados de carrera del Congreso de la República les serán aplicables las disposiciones contenidas en la presente ley".

Por consiguiente, la Ley 909 de 2004 extendió la causal de retiro forzoso por edad, contenida en el Decreto 2400 de 1968, a una gama inmensa de servidores públicos de todas las ramas del poder público, de organismos de

control y de órganos autónomos, tal como lo ha manifestado la Sala en varias ocasiones.

En relación con el uso de esta causal de retiro, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han manifestado en numerosas ocasiones que el retiro de un servidor público por el cumplimiento de la edad máxima señalada por la ley, no puede hacerse de manera automática, generalizada ni indiscriminada, sino que debe efectuarse de manera razonable, teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada servidor, especialmente aquellas relacionadas con su situación económica, familiar, pensional, de salud etc., de tal manera que con el retiro no se vulneren sus derechos fundamentales, tales como el derecho al "mínimo vital", el derecho a la salud o el derecho a la seguridad social.

En la reciente sentencia T- 376 de 2016, la Corte Constitucional resumió su línea jurisprudencial sobre esta problemática, en los siguientes términos:

> *"47. La Sentencia T-294 de 2013, sistematizó las reglas de decisión sobre la materia. Por su pertinencia, se transcriben ampliamente:*
>
> *"(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"28.*
> *48. En síntesis, si bien esta Corporación ha declarado la constitucionalidad de distintas disposiciones que han fijado la edad de retiro forzoso en sesenta y cinco (65) años, la aplicación de esta causal debe ser razonable, no puede ser aplicada de forma automática y siempre debe consultar la situación particular del servidor público con el fin de evitar una afectación al mínimo vital. La manera de solucionar el caso dependerá de: (i) la certeza sobre la prestación pensional a la que tiene*

derecho el actor, (ii) el cumplimiento de todas las cotizaciones exigidas o en defecto de lo anterior, (iii) el tiempo de cotizaciones que le restan"

Por último encontramos, la Ley 1821 de 2016, que en su artículo 1º, prescribe lo siguiente:

"Artículo 1°. La edad máxima para el retiro del cargo de las personas que desempeñen funciones públicas será de setenta (70) años. Una vez cumplidos, se causará el retiro inmediato del cargo que desempeñen sin que puedan ser reintegradas bajo ninguna circunstancia.

Lo aquí dispuesto no se aplicará a los funcionarios de elección popular ni a los mencionados en el artículo 1° del Decreto-ley 3074 de 1968".

Se deduce de lo anterior que la Corte Constitucional no ha modificado el supuesto de hecho que configura esta causal de retiro forzoso, de acuerdo con las normas que la regulaban antes de la Ley 1821 de 2016, consistente únicamente en el hecho de cumplir el respectivo servidor público o el particular la edad de 65 años, pero ha advertido en múltiples ocasiones que dicha forma de retiro no puede utilizarse de manera automática o indiscriminada, sino teniendo en cuenta las circunstancias particulares de la persona que se ve afectada con la misma, para no vulnerar sus derechos fundamentales. En esa medida, ha ordenado en varios casos que el retiro efectivo de la persona que deba cesar en sus funciones se difiera durante algún tiempo, con el fin de permitirle la obtención de la pensión de jubilación o de vejez, la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o, en algunos casos, la conclusión de un tratamiento médico, entre otras circunstancias.

Igualmente, es importante mencionar, que el anterior recuento normativo y jurisprudencial fue analizado por el H. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Consejero Ponente. DR. ÁLVARO NAMÉN VARGAS, concepto del 8 de febrero de 2017, quien concluye:

"la causal de retiro forzoso se concreta exclusivamente con la llegada del servidor público o del particular que ejerza funciones públicas a la edad señalada por la ley, independientemente de que el retiro efectivo pueda cumplirse dentro de cierto plazo (por ejemplo, 6 meses para algunos servidores públicos, o 1 mes para los notarios), o de que, en algunas circunstancias especiales y excepcionales, a las cuales se refiere la jurisprudencia constitucional, deba diferirse durante cierto tiempo (que no puede exceder en ningún caso de 3 años, según la misma jurisprudencia).

> ***En efecto, la llegada de una persona a dicha edad constituye un "hecho jurídico", en el sentido técnico de la palabra, del cual se derivan unas consecuencias o efectos jurídicos, consistentes en: (i) el deber del servidor público o del particular que ejerza funciones públicas, de retirarse de su cargo y cesar en el ejercicio de sus funciones, y (ii) el deber de la entidad, el órgano o el organismo público nominador (y de los funcionarios respectivos) de retirar a la persona afectada, si ella no lo hace voluntariamente*** *" (Destacado de la Sala).*

En reciente pronunciamiento el máximo órgano de cierre, expuso[21]:

> *"(…) De lo hasta aquí expuesto concluye entonces la Sala, que i)* ***la edad de retiro forzoso es una limitante tanto para el ejercicio de un empleo público como para el ejercicio de una función pública,*** *ii) la edad de retiro forzoso puede ser establecida por el Constituyente o por el Legislador tanto para los servidores públicos como para los particulares que a través de la descentralización por colaboración ejercen funciones públicas"*

Así las cosas, reitera la Sala las consecuencias jurídicas de la llegada a la edad de retiro forzoso, (i) el deber del servidor público o del particular que ejerza funciones públicas, de retirarse de su cargo y cesar en el ejercicio de sus funciones, y (ii) el deber de la entidad, el órgano o el organismo público nominador (y de los funcionarios respectivos) de retirar a la persona afectada, si ella no lo hace voluntariamente.

IV. EL CASO CONCRETO.

Recapitulando, en el sub examine la parte actora persigue que por vía de acción de tutela se ordene el reintegro de manera inmediata al cargo que venía desempeñando o a uno igual o similar, hasta tanto sea notificado de su reconocimiento pensional y su respectiva inclusión en nómina por parte de la entidad encargada de pagarle su pensión y a su vez, que se deje sin efectos la Resolución No. 0062 de 2017, por medio de la cual se le retira del servicio por cumplir la edad de retiro forzoso.

[21] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.SECCIÓN SEGUNDA.SUBSECCIÓN B. Consejera Ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. Sentencia del 9 de febrero de 2017.

Para sustentar las súplicas del mecanismo de amparo, se aportaron al plenario las siguientes documentales[22]:

- Copia de registro civil del señor Oscar Agustín Vitola Gómez
- Copia de la cédula de ciudadanía.
- Copia de peticiones de fechas de enero 18 y febrero de 22 de 2017.
- Copia de la solicitud de pensión radicada el 21 de noviembre de 2013.
- Copia de una respuesta de COLFONDOS de fecha de 26 de agosto de 2016.
- Copia del acta de notificación de la Resolución No. 0062 de 2017.
- Copia de la Resolución No.0062 de 2017.

ANALISIS DE LA SALA.

Revisada la recolección probatoria y las premisas sentadas en acápites precedentes, la decisión de primera instancia, que declaró la improcedencia de la acción de tutela, será confirmada, por las siguientes razones:

Lo primero que advierte esta Magistratura, es que tal y como se evidenció del marco normativo y jurisprudencial que regula el tema de la edad de retiro forzoso, el actor debió ser desvinculado del cargo al cumplimiento de la edad de 65 años, pues de acuerdo a lo anteriormente expuesto, aquella persona que ha cumplido 65 años de edad, no puede continuar al servicio de una entidad pública ni vincularse a ella porque se da una causal de retiro de carácter obligatorio y porque está impedido para continuar como servidor público excepto los cargos permitidos por la Ley, es decir, los establecidos en el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968y artículo 10del Decreto 583 de 1995.

Igualmente, pese a que el actor en la actualidad cuenta con 71 años de edad, no se demuestra en el expediente la afectación al mínimo vital o la causación de un perjuicio irremediable, pues si bien es cierto y el demandante inició el trámite para el reconocimiento pensional en el año 2013, también lo es, que a la fecha no ha culminado la actuación administrativa correspondiente, pues han pasado más de tres años y no ha completado la documentación respectiva, tal como lo señala COLFONDOS en el oficio fechado 07 de febrero

[22] Folio 9 a 18 C.Ppal.

de 2017 (folio 14), luego entonces, le corresponde concluir el trámite respectivo con el Fondo encargado de su pensión.

Ahora bien, en lo relacionado con la supuesta vulneración al mínimo vital, es importante aclarar que, el concepto del mínimo vital de subsistencia[23], debe ser evaluado desde el punto de vista de la satisfacción de las necesidades mínimas del individuo, siendo necesario realizar un análisis de las circunstancias de cada caso concreto, haciendo una valoración encaminada más hacia lo cualitativo que lo cuantitativo, verificándose que quien alega su vulneración tenga las posibilidades de disfrutar de la satisfacción de necesidades como la alimentación, vestuario, salud, educación, vivienda y recreación como mecanismos para hacer realidad su derecho a la dignidad humana, el cual debe en todo caso, ser probado de manera al menos sumaria, lo cual en el presente asunto no acaeció.

En este punto, es conveniente señalar que el artículo 46 de la Constitución Política establece que *"el Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad";* siendo la familia el núcleo fundamental de la sociedad, quienes la conforman tienen el deber prioritario de procurar la salvaguarda de este grupo de personas.

En palabras de la H. Corte Constitucional, *"el principio de solidaridad reviste una especial relevancia en lo que se refiere a la cooperación de todos los asociados para la creación de condiciones que favorezcan el mantenimiento de una vida digna por parte de los mismos[24]"*

En razón de lo anterior se puede establecer que, bajo el principio de solidaridad, la familia es la primeramente llamada a proteger a las personas de la tercera edad. En ese sentido, la familia, igualmente está en la obligación de procurar que tenga una vida en condiciones dignas y, en consecuencia, apoyarla económica y moralmente, incluso para que pueda asesorar en cumplimiento del trámite administrativo para obtener su derecho a la pensión.

Ahora, uno de los puntos del recurrente se basa precisamente en la edad con la cual cuenta el actor actualmente, se reitera, 71 años, si bien el actor alega dicha circunstancia, lo cierto es que esta por sí sola, no lo convierte en un

---

[23] *T-581 A/11*
[24] Sentencia T-434 del 30 de mayo de 2002, MP. Rodrigo Escobar Gil.

sujeto de especial protección, por lo que no es posible superar el requisito de subsidiariedad.

En este punto, resulta necesario precisar la distinción entre las figuras de "adulto mayor" y "tercera edad" realizada por la Corte Constitucional en la sentencia T-138 de 2010, la cual se trae a colación como criterio auxiliar de interpretación:

> *"(…) [No] es posible utilizar la definición contenida en la Ley 1251 de 2008, "Por la cual se dictan normas tendientes a procurar la protección, promoción y defensa de los derechos de los adultos mayores". Esta ley, a diferencia de la Ley 1276 de 2009 que se acaba de analizar, no equipara expresamente los conceptos de "adulto mayor" y "persona de la tercera edad". Y, de otra parte, su definición del concepto de adulto mayor ("Adulto mayor. Es aquella persona que cuenta con sesenta (60) años de edad o más"), de adoptarse para efectos de procedibilidad de la tutela en materia de reconocimiento y pago de pensiones, trastocaría, al menos en el caso de los hombres, la excepción en regla, por las razones que se acaban de explicar. Finalmente, esta definición legal está contenida en una ley cuyo propósito esencial es regular el funcionamiento de las instituciones que atienden a los adultos mayores, y extender su alcance a un asunto procesal como el que aquí se examina desbordaría su propósito.*
>
> *(…)*
>
> *El criterio para considerar a alguien de "la tercera edad", es que tenga una edad superior a la expectativa de vida oficialmente reconocida en Colombia. Este criterio reconoce, por un lado, que la edad legalmente definida para efectos de pensión suele tener un rezago considerable frente a las realidades demográficas. Y por otro lado, introduce un parámetro de distinción objetivo y técnicamente definido, que le permite al juez constitucional, dentro del universo de quienes han llegado a la edad para hacerse acreedores a una pensión de vejez –regla general-, determinar a aquel subgrupo que amerita una especial protección constitucional y por lo tanto, quienes hacen parte de él podrían eventualmente, si concurren los demás requisitos de procedibilidad jurisprudencialmente establecidos, reclamar su pensión de vejez por la vía excepcional de la tutela. Se trata, en consecuencia de un criterio objetivo y que, a diferencia de los otros criterios posibles, permite una distinción que atiende el carácter excepcional de la tutela."*

En ese orden, es evidente que el actor no pertenece al grupo poblacional de la tercera edad, en el cual se encuentran las personas que superan la esperanza de vida establecida por el DANE en 73,1 años para el período 2015-2020[25] , y por ello no puede ser considerado como un sujeto de especial protección constitucional[26].

En lo relacionado con el acto administrativo contentivo de la Resolución No. 0062 del 8 de febrero de 2017, si bien es cierto y se enunció por parte de la administración que contra este procedían los recursos de Ley, lo cierto es, que conforme las disposiciones del artículo 67 de la Ley 1437 de 2011, al

[25] https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/poblacion/proyepobla06_20/8Tablasvida1985_2020.pdf
[26] Ver consejo de estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN QUINTA. Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO. Radicación número: 41001-23-33-000-2017-00236-01(AC). Sentencia del 3 de agosto de 2017.

actor debió indicársele expresamente cuales eran los recursos que legalmente procedían, los plazos y las autoridades ante quienes debía interponerlos, lo cual no acaeció, razón por lo cual no estaba obligado a interponer recurso alguno[27], no obstante, esto no es óbice para que pretenda obtener la suspensión de los efectos de dicho acto por la vía de tutela, pues para esto están consagrados los mecanismos ordinarios pertinentes.

Por consiguiente, tal y como lo indica la jurisprudencia constitucional respecto a la procedencia de la acción de tutela para dirimir esta clase de asuntos, la tutela no es el mecanismo adecuado para solicitar la revocatoria o suspensión de un acto administrativo, pues, el acto administrativo controvertido por el actor, goza del principio de legalidad, el cual puede ser atacado por la vía contencioso administrativa.

En consecuencia, la existencia de otra vía judicial ante la cual el actor puede controvertir la actuación de la entidad demandada, desplazan la acción de tutela como mecanismo judicial no idóneo.

Así las cosas, en virtud de la expedición de la Ley 1437 de 2011 *"Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo"*, el accionante tiene la posibilidad de solicitar, bien sea, antes de ser notificado el auto admisorio de la demanda o en cualquier etapa del proceso declarativo de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, medio de control idóneo, y a su vez las medidas cautelares previstas en este precepto legal, por consiguiente sin lugar a dudas, los propósitos planteados por el demandante en el escrito de demanda es la vía del medio de control mencionado (artículo 138 Ley 1437 de 2011) y en caso de que lo considere pertinente, haga uso de los medios cautelares (artículo 229 *ibídem*).

Reitera la Sala, que no se encuentra acreditada la existencia de un perjuicio irremediable para el actor, puesto que no existe prueba, siquiera sumaria, de afectaciones o vulneraciones al señor Vitola Gómez, ya sea en su mínimo vital y de su familia u otro derecho fundamental. Debe resaltarse además que el simple hecho de anunciar la afectación de un derecho fundamental, no es suficiente para erigir de ello un perjuicio irremediable, tal como lo sostiene el actor. En consecuencia, al no haberse acreditado un perjuicio irremediable, la tutela no es procedente como mecanismo transitorio.

---

[27] Amen que por tratarse de acto administrativo expedido por el directo de la entidad, solo habría lugar en sede administrativa al recurso de reposición, el cual no es obligatorio

Por otro lado, es importante mencionar que en casos como los de reintegro a un determinado cargo, no sólo se encuentran en juego los derechos fundamentales del demandante, sino de terceras personas, pues se parte del supuesto que el empleo ha sido provisto a otro persona para llenar su vacante, luego entonces, el juez está en la obligación de armonizar los intereses en juego así, en el evento de encontrarse amenazados derechos de terceros, debe observarse, de los casos en los cuales el juez se enfrente al ejercicio de los derechos fundamentales por parte de la persona contra quien se dirige la tutela, sino de aquellos casos en los cuales la decisión violatoria o amenazante ha generado derechos en cabeza de terceros. En tales casos, la armonización, que implica se tomen en serio los derechos del demandante y los de los terceros afectados, constituye una garantía mínima de que el Estado cumpla con su deber genérico (art. 2 C.P.) de garantizar la eficacia y brindar la debida protección a los derechos de todos los ciudadanos.[28]

Así las cosas, no acreditándose la inminencia de un perjuicio irremediable, ni la ineficacia e imposibilidad de acudir a otro medio de defensa judicial, máxime cuando desde el año 2013[29] el actor inició trámites pensionales cuyos documentos pedidos y por los cuales se afirma está paralizado el mismo, no son del resorte de la entidad accionada, dependiente entonces de la actuación misma del tutelante, razones por las cuales, la Sala confirmará la sentencia impugnada.

3. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFÍRMESE la sentencia impugnada, esto es, la proferida el 22 de agosto de 2017 por el JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO SUCRE., por las razones expuestas en esta

[28] Ver Sentencia SU-544 del 24 de mayo de 2001, MP. Eduardo Montealegre Lynett.
[29] Precisa la Sala, que el actor llegó a la edad de retiro forzoso hace más de 6 años (año 2010, 65 años), y la entidad le informó con 5 meses de antelación el retiro del servicio. Además es pertinente aclarar, que cuando entró en vigencia la Ley 1821 de 2016 esto es, el 30 de diciembre de 2016, la cual extendió la edad de retiro forzoso hasta los 70 años, ya el actor contaba con 71 años de edad (fecha de nacimiento 18 de noviembre de 1945, folio 10), luego entonces dicho régimen no le es aplicable.

Sentencia.

SEGUNDO: ENVÍESE el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

TERCERO: De manera oficiosa, por conducto de la Secretaria de este Tribunal, **ENVÍESE** copia de la presente decisión al Juzgado de origen.

CUARTO: En firme este fallo, **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI. .

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión extraordinaria de la fecha, según consta en el acta No. 170

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA