

Cartagena de Indias D. T. y C., diecinueve (19) de julio de dos mil veintitrés (2023).

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES.

Acción	TUTELA
Radicado	13001-33-33-010-2023-00249-01
Accionante	FRANKLIN DE JESÚS QUINTANA ESPINOSA
Accionados	NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
Tema	<i>Revoca pero niega el amparo – La tutela es procedente contra actos administrativos que dispongan el retiro forzoso por edad ante la posible afectación del mínimo vital – El actor no demostró estar incurso en las situaciones que dan lugar al amparo de su derecho, pues la falta de reconocimiento pensional e inclusión en nómina se deben a su actuar negligente al no haber iniciado los trámites de traslado de régimen pensional con antelación.</i>
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO.

La Sala Fija de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar decide la impugnación presentada por el accionante, Franklin Quintana Espinosa¹, contra la sentencia del trece (13) de junio de dos mil veintitrés (2023)², proferida por el Juzgado Décimo Administrativo de Cartagena, mediante la cual se declaró la improcedencia de la presente acción de tutela.

III.- ANTECEDENTES.

3.1. Pretensiones³.

En ejercicio de la acción de tutela la accionante, elevó las siguientes pretensiones:

1. Dejar sin efecto las Resoluciones No. 20185 del 2 de febrero de 2023 y No. 0724 del 11 de mayo de 2023.
2. Anular el retiro forzoso contra el señor Franklin de Jesús Quintana Espinosa y aplicar el reintegro automático, hasta que se definida cuál es la entidad obligada a incluirlo en la nómina pensional y ello se efectúe.
3. Ordenar a la directora de la Fiscalía Seccional de Bolívar que acepte el reintegro y la inclusión a la nómina del señor Franklin de Jesús Quintana Espinosa.
4. Ordenar que paguen todo lo que dejó de percibir por el retiro forzoso y se garanticen sus derechos fundamentales.

¹ Doc. 11, Exp. Digital.

² Doc. 09, Exp. Digital.

³ Doc. 01, Fol. 4 Exp. Digital.



13001-33-33-010-2023-00249-01

5. Abstenerse de seguir vulnerando los derechos fundamentales de Franklin de Jesús Quintana Espinosa, hasta tanto la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cartagena decida qué entidad lo pensionará y quede incluido en la nómina de pensiones, para luego aplicar el retiro forzoso, como lo prevé la Corte Constitucional.

3.2 Hechos⁴.

La parte actora relató que, por medio de apoderado judicial, a principios del año 2022 presentó demanda de nulidad e ineficacia del traslado de prima media, actualmente Colpensiones, al régimen de ahorro individual RAIS, AFP Privado, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Sexto Laboral, quien fijó fecha para celebración de audiencia el 1 de junio de 2023.

El accionante, sostuvo que, es un adulto mayor de 70 años, ingresó a trabajar en la Fiscalía Seccional Bolívar el 18 de abril de 1995 y el 3 de febrero de 2023 la jefa de talentos humanos le notificó mediante la Resolución 20185 del 2 de febrero de 2023 que la Fiscalía aplicaría el retiro forzoso por haber cumplido los 70 años. Dicha situación, se le había comentado previamente, ante lo cual el actor manifestó no poseer otra fuente de ingreso, además, el cambio de fondo le generaba incertidumbre frente a su situación pensional.

Seguidamente, el 6 de febrero de 2023 presentó recurso de reposición y en subsidio apelación ante la oficina de talentos humanos, lo recibió la señora Nubis Margarita Cabarcas, bajo el radicado N. 20235210009362, pero horas más tarde se comunicó con él y le comentó que contra dicha resolución no procedía recurso de apelación, por lo tanto, le indicó que radicará otro escrito y que anularía el presentado. Por tal razón, el 7 de febrero de 2023 el accionante interpuso solo el recurso de reposición, con radicado N. 20235210009872.

Luego, estuvo de vacaciones del 24 de abril de 2023 al 18 de mayo de 2023, el mismo día de su regreso se le notificó la Resolución N0. 20724 del 11 de mayo de 2023, por la cual se resolvió desfavorablemente el recurso de reposición anteriormente presentado, por lo tanto, se le pidió entregar sus pertenencias laborales.

El demandante aduce que, los argumentos de la resolución del recurso fueron muy endeble, además no tuvieron en cuenta que es un sujeto especial de protección, adulto mayor, por lo que requiere un trato diferencial, así mismo le vulneran sus derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social integral, vida digna e igualdad, razón por la cual no debe operar de manera automática el retiro forzoso, por el contrario, se debe estudiar cada caso particular, según la sentencia T-413 de 2019.

⁴ Doc. 01, Fols. 1-3, Exp. Digital.

3.3 CONTESTACIÓN.

3.3.1 Fiscalía General de la Nación – Subdirectora de talento humano⁵.

La parte accionada aduce que la acción de tutela es improcedente, ante la existencia de otro mecanismo judicial distinto de la tutela, este es, el respectivo medio de control como acción ordinaria, toda vez que, al solicitar la suspensión de los efectos de las resoluciones en cuestión, se está sustituyendo al juez contencioso administrativo por el juez constitucional y al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, que no le son propios al presente juez.

En cuanto al retiro del servicio por haber llegado a la edad de retiro forzoso, la Fiscalía General de la Nación manifiesta estar actuando conforme a la constitución, los arts. 54 y 334 de la C.P. y la ley, art. 105 del Decreto Ley 020 de 2014 y art. 1 Decreto 321 de 2017, sin privilegiar el interés particular.

Además, no se puede atribuir a sí misma la carga de esperar un fallo de proceso ordinario, cabe resaltar que el retiro forzoso es para sustentar el acceso igualitario a los cargos de la administración y el derecho al trabajo de los ciudadanos que buscan desempeñarse en el sector público.

Agregó que, la aplicación del retiro no se dio de manera intransigente, debido a que se verificó que el actor cumpliera con los requisitos para ser acreedor de la pensión, sin embargo, fue negligencia del mismo esperar hasta el 2022 para realizar dicho cambio de fondo, teniendo la oportunidad de hacerlo con mayor tiempo.

En esa misma línea, aduce que el correo por el cual se le comunicó que estaba próximo a cumplir 70 años y ser sujeto del retiro forzoso, no fue una amenaza, solo parte del trámite y aún se ofreció ayuda para agilizar la situación pensional.

En cuanto a la manifestación, sobre la improcedencia del recurso de apelación, la Constitución Política en los arts. 209 a 211 determina las condiciones generales de la delegación por parte de las autoridades administrativas, en este caso el delegatario reemplaza para todos los efectos al delegante, el Fiscal General de la Nación, y según el art. 74 de la ley 1437 de 2011 no habrá apelación de las decisiones de los órganos constitucionales autónomos.

Adicionalmente, el accionado solicita que no se desvincule de la presente acción al AFP Protección S.A., quien tiene que dar cumplimiento a pensionarlo, también alega que vinculado a la Fiscalía General de la Nación no podrá ser incluido en nómina de pensionados, pues es un requisito su desvinculación porque no puede recibir 2 emolumentos del Estado.

⁵ Doc. 05, Exp. Digital.

Respecto a la protección al mínimo vital, está garantizado por el fondo de pensiones Protección S.A. ya que el actor cumple con los requisitos previstos para obtener su pensión de vejez, dicha entidad debe incluirlo en la nómina de pensionados una vez acredite su retiro de la Fiscalía General de la Nación.

De igual forma, aclaró que el accionante al momento de cumplir los 70 años de edad, tenía un total de 28 años de servicios.

Por todo lo anterior, el accionado solicita se declare improcedente la tutela al no estar vulnerando los derechos fundamentales del tutelante.

3.3.2 Dirección de asuntos jurídicos de la Fiscalía General de la Nación – Coordinadora de la unidad de conceptos y asuntos constitucionales⁶.

Como consideración previa, el accionado señaló que en el auto admisorio se dispuso notificar al Fiscal General de la Nación, solicitando un informe de los hechos y defensa de la entidad, sin embargo, según el núm. 3 del art. 1 del Decreto 333 del 2021 establece que las tutelas dirigidas al Fiscal General de la Nación son competencia de los Tribunales superiores del Distrito Judicial o los Tribunales Administrativos, por lo cual se solicita remitir el asunto a la autoridad competente.

Aduce que, la tutela es improcedente por cuanto existe otro medio de defensa judicial idóneo, y no se ha demostrado un perjuicio irremediable, por lo tanto tampoco procede como mecanismo transitorio y existe incumplimiento del presupuesto de legitimación en la causa por pasiva respecto del Fiscal General de la Nación.

Así mismo, manifiesta que el accionante no ha demostrado una afectación al mínimo vital, pues a partir de su retiro, el accionante cuenta con cobertura de la EPS por 3 meses y a través de la caja de compensación familiar a la cual está adscrito contará con cobertura de salud por 6 meses adicionales, tiempos que superan el plazo necesario para su reconocimiento pensional e inclusión en la nómina de pensionados.

En esa misma línea, no se puede concluir que la desvinculación genere una crisis económica en la vida del accionante, pues cuenta con unos ingresos anuales suficientes, bienes, cesantías y dado a su retiro, la liquidación de las acreencias laborales a su favor, que permitirán garantizar plenamente su mínimo vital.

Además, el accionado explica que el Fiscal General de la Nación no es el funcionario competente para atender los requerimientos efectuados en

⁶ Doc. 06, Exp. Digital.



13001-33-33-010-2023-00249-01

relación con la acción de tutela bajo análisis. Lo anterior se explica en la medida que la Fiscalía es una unidad institucional dirigida por el Fiscal General de la Nación y se encuentra compuesta por distintos despachos y dependencias que tienen y cumplen funciones específicas conforme a lo dispuesto en el Decreto Ley 016 de 2014.

Conforme a lo anterior, el Fiscal General de la Nación tiene la posibilidad de delegar sus funciones a diferentes dependencias, lo cual hace que el mismo no tenga que responder toda solicitud o acción constitucional dirigida a su despacho cuando lo solicitado es competencia de una dependencia específica, en este caso los asuntos relacionados con la desvinculación de los servidores por retiro forzosos son competencia de la Subdirección de Talento Humano de acuerdo al art. 38 Decreto Ley 016 de 2014.

Por otro lado, el Fiscal General de la Nación no fue el servidor público que expidió el acto administrativo objeto de reparo en esta tutela, sino la Subdirección de Talento Humano, por eso no existe legitimación en la causa por pasiva del referido Fiscal para actuar en la presente acción.

Por último, el accionante no tiene la condición de pre pensionado, ya que cumple con las semanas mínimas cotizadas y el requisito de la edad, y por tal razón, no se encuentra bajo los supuestos de estabilidad laboral reforzada.

3.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁷.

El Juzgado Décimo Administrativo de Cartagena, en sentencia del 13 de junio de 2023 resolvió declarar improcedente la acción de tutela sometida a su conocimiento por no superarse el requisito de subsidiariedad, teniendo en cuenta que es necesario que el actor agote todos los medios de defensa judicial consagrados en el ordenamiento para la protección de sus derechos, así mismo, por regla general la tutela no procede contra actos administrativos particulares, por cuanto, para controvertirlos están los recursos y el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Tampoco se evidencia que el medio de defensa judicial existente no resulte idóneo o eficaz para salvaguardar sus derechos, pues dentro de estos puede solicitar las medidas cautelares pertinentes y los jueces ordinarios, por su parte, tienen el apremio legal de garantizar igualmente los derechos fundamentales de los actores.

Seguidamente, para el despacho no se encuentran probados hechos que hagan necesaria una medida urgente, a pesar de que el accionante expresa tener especial protección por su estado de debilidad manifiesta por tener 70 años de edad, lo cierto es que, esto no implica por sí mismo, la procedencia del

⁷ Doc. 09, Exp. Digital.



13001-33-33-010-2023-00249-01

amparo; pues aun cuando se trate de un adulto mayor, este no pertenece al grupo poblacional de la tercera edad, ni está sometido a condiciones extremas en razón de tal situación. Por lo tanto, el accionante no demuestra la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

De manera que, el juez manifestó que el hecho de cumplir 70 años y ser sujeto de retiro forzoso no justifica automáticamente que se pueda acceder a un juez de tutela, omitiendo los medios ordinarios que dispone el ordenamiento jurídico.

En conclusión, el Juez consideró que no se cumplen las reglas jurisprudenciales de admisión excepcional de la tutela, ni se observa ninguna circunstancia que permita establecer un grado de afectación al mínimo vital del señor Franklin de Jesús Quintana Espinosa debido a que seguirá recibiendo el servicio de salud por su EPS o caja de compensación. En cuanto a su derecho pensional, tampoco se considera que podría verse afectado con su salida, por contar con su derecho pensional consolidado, siendo que solo está esperando que se defina cuál es el fondo pensional obligado a reconocer y pagar dicha prestación económica.

3.5. IMPUGNACIÓN⁸.

El accionante por medio de apoderado, impugnó el fallo de primera instancia, bajo los siguientes argumentos:

Primero, manifestó que no se tuvieron en cuenta muchos aspectos probatorios que se encuentran en el expediente, y en caso de haber sido valorados habrían dado lugar a garantizar sus derechos fundamentales, además, con la decisión se está desconociendo el precedente de la Corte Constitucional, según el cual, el retiro forzoso implica realizar un análisis profundo de cada caso concreto porque de aplicarse de manera automática dicho retiro, tal como se hizo en este caso, puede haber derechos vulnerados como la atención a la salud, el mínimo vital y la pensión de vejez.

Seguidamente, insiste en la existencia de un perjuicio irremediable, el cual se ve materializado en la ausencia de ingresos por no recibir un sueldo, no tener definida su pensión y el quedar desprotegido sin acceso a salud, el cual solo cuenta con 3 meses restantes.

Alega que la nulidad de las resoluciones no sería permanente sino solo hasta que sea incluido en la nómina pensional y así no se vea afectado su mínimo vital ni su seguridad social, puesto que al utilizar el medio de control de nulidad y restablecimiento no tendría certeza de cuánto tardaría el proceso.

⁸ Doc. 11, Exp. Digital.



13001-33-33-010-2023-00249-01

El accionante resalta que su derecho de pensión está adquirido, más no se encuentra definido y no sabe cuánto tiempo tomará su decisión, lo cual lo deja en una situación de incertidumbre.

Por lo anterior, solicita que se revoque el fallo de primera instancia y en su lugar se conceda la tutela como mecanismo transitorio, se acceda a todas las pretensiones, esto es, dejar sin efecto dichas resoluciones, ordenar anular el retiro forzoso, aplicar el reintegro automático y su inclusión a la nómina.

3.6. ACTUACIÓN PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.

Por auto de fecha 16 de junio de 2023⁹, el Juzgado Décimo Administrativo de Cartagena, concedió la impugnación interpuesta por el accionante, contra la sentencia de primera instancia, siendo asignado el conocimiento del asunto a este Tribunal, de conformidad con el reparto efectuado el 20 de junio de 2023¹⁰, por lo que se dispuso su admisión en proveído del mismo día¹¹.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD.

Revisado el expediente se observa, que en el desarrollo de las etapas procesales no existen vicios procesales que acarreen nulidad del proceso o impidan proferir decisión, por ello, se procede a resolver la alzada.

V.- CONSIDERACIONES.

5.1. Competencia.

Este Tribunal es competente para conocer de la presente acción de tutela en **SEGUNDA INSTANCIA**, según lo establecido por artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991.

5.2. Problema jurídico.

De conformidad con lo presentado, considera la Sala que el problema jurídico a resolver en el asunto estudiado, se circunscribe a determinar si:

1. *¿Resulta procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio para dejar sin efecto las resoluciones que aplican el retiro forzoso y en su lugar reintegrar laboralmente al señor Franklin De Jesús Quintana Espinosa?*

De resolverse favorablemente el interrogante anterior, se entrará a examinar si:

⁹ Doc. 12, Exp. Digital.

¹⁰ Doc. 14, Exp. Digital.

¹¹ Doc. 15, Exp. Digital.



2. *¿La Fiscalía General de la Nación ha vulnerado los derechos fundamentales del accionante al aplicar el retiro forzoso sin atender a sus condiciones particulares?*

5.3. Tesis de la Sala.

Esta Sala Revocará el fallo de primera instancia pero negará el amparo solicitado, toda vez que, si bien la tutela resulta procedente procedente contra actos administrativos que dispongan el retiro forzoso por edad ante la posible afectación del mínimo vital de los trabajadores, el actor no demostró estar incurso en las situaciones que dan lugar al amparo de su derecho, tales como ostentar la calidad de prepensionado, o que la falta de reconocimiento pensional e inclusión en nómina correspondieran a mora de la administradora de pensiones o de su empleador, por el contrario, ello obedece a su actuar negligente al no haber iniciado los trámites de traslado de régimen pensional con antelación, sino haberlo hecho un año antes de cumplir los 70 años, edad de retiro forzoso, cuando ya contaba con 27 años de servicios prestados, y había cumplido los requisitos para el efecto.

5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

Para resolver el problema jurídico planteado abordaremos el siguiente hilo conductor: (i) Generalidades de la acción de tutela, (ii) Criterios generales de procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos de contenido particular, (iii) Criterios para valorar la posible afectación al mínimo vital, y (iv) Caso concreto.

5.4.1. Generalidades de la acción de tutela.

La Constitución Política de 1991, en su artículo 86, contempla la posibilidad de reclamar ante los jueces, mediante el ejercicio de la acción de tutela bajo las formas propias de un mecanismo preferente y sumario, la protección de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares.

Se trata entonces, de un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces, cuya justificación y propósito consiste en brindar a la persona la posibilidad de acudir sin mayores exigencias de índole formal y con la certeza de que obtendrá oportuna resolución a la protección directa e inmediata del Estado, a objeto de que en su caso, consideradas sus circunstancias específicas y a falta de otros medios, se haga justicia frente a situaciones de hecho que representen quebranto o amenaza de sus derechos fundamentales, logrando

13001-33-33-010-2023-00249-01

así que se cumpla uno de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Constitucional.

Sin embargo, no debe perderse de vista que esta acción es de carácter residual y subsidiario; es decir, que sólo procede en aquellos eventos en los que no exista un instrumento constitucional o legal diferente que le permita al actor solicitar, ante los jueces ordinarios, la protección de sus derechos, salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable, el cual debe aparecer acreditado en el proceso, o en su lugar la persona que requiere la intervención del juez constitucional se encuentre en una posición de indefensión que no le permita acudir a la vía ordinaria. Al respecto, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, que desarrolló el artículo 86 de la Constitución, prevé que la acción de tutela sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que se presente como instrumento transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable.

Por su parte, el principio de inmediatez implica que la acción de tutela debe interponerse en un término razonable y prudencial, con relación al momento en que ocurrió la amenaza o vulneración de derechos fundamentales, el cual ha sido establecido por la jurisprudencia constitucional, en seis (6) meses.

5.4.2 Criterios generales de procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos de contenido particular.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha establecido lo siguiente por medio de la Sentencia T-360 de 2017¹².

“Por regla general, este Tribunal ha sostenido que no procede la acción de tutela contra actos administrativos de contenido particular con el fin de solicitar el reintegro a un cargo público, puesto que existen medios judiciales alternativos, como el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en lo contencioso administrativo.

61. A pesar de esta regla general, la Corte ha sostenido que **excepcionalmente la acción de tutela procede contra actos administrativos cuya finalidad sea solicitar el reintegro del cargo** (i) como mecanismo directo cuando el mecanismo alternativo se torna ineficaz o idóneo para proteger los derechos del accionante, **máxime si el retiro del trabajo tiene como consecuencia directa generar una afectación al mínimo vital que exija un amparo preferente y definitivo** o (ii) como mecanismo transitorio cuando exista la amenaza de la existencia de un perjuicio irremediable que sea inminente, grave y que exija medidas urgentes e impostergables.

62. Así, por ejemplo, si el accionante cuenta con los suficientes recursos económicos para vivir sin que se afecte su mínimo vital, la acción de tutela no es procedente; contrario sensu, **si se acredita una afectación a su mínimo vital, la tutela será el mecanismo más adecuado para proteger sus derechos**. De igual manera, si el juez aprecia que la situación a la cual se ve expuesto el accionante como consecuencia

¹² https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-360-17.htm#_ftn68



13001-33-33-010-2023-00249-01

de su desvinculación del cargo es precaria y puede afectar otros derechos fundamentales, también procede la tutela."

En la referida sentencia, dicha Corporación concluyó lo siguiente:

"La Sala concluye que la acción de tutela procede excepcionalmente como mecanismo definitivo cuando el accionante formula su pretensión contra un acto administrativo de contenido particular y pretende el reintegro a cargos públicos pese a cumplir la edad de retiro forzoso, siempre que (i) al momento de su desvinculación no haya logrado el reconocimiento de una pensión que garantice su derecho al mínimo vital y (ii) no cuente con otra fuente de ingresos que le permita satisfacer sus necesidades básicas."

5.4.3 Criterios para valorar la posible afectación al mínimo vital.

En lo que respecta a este asunto, el Consejo de Estado¹³ ha sostenido que lo siguiente:

*"Para disponer el retiro del trabajador o servidor público, no es suficiente la notificación de la decisión a través de la cual se materializa el reconocimiento pensional, sino que también es necesario verificar la inclusión en la nómina pensional correspondiente, **con el fin de que el cambio de estatus no implique la privación de un ingreso mensual que garantice el mínimo vital y móvil del sujeto que sea separado del empleo.**"*

Por su parte, la Corte Constitucional¹⁴ fijó los siguientes criterios a tener en cuenta por el juez constitucional para valorar la afectación al mínimo vital:

- (i) *"Criterio económico. Consiste en evaluar (a) si el salario es el único ingreso del trabajador; (b) si éste tiene bienes o propiedades que puedan servirle para satisfacer sus necesidades básicas; (c) si su salario permite proyectar unos ahorros razonables mientras el trabajador obtiene su pensión; (d) si los ingresos actuales permiten o no sufragar los gastos del núcleo familiar y (e) si el trabajador tiene deudas contraídas tiempo atrás.*
- (ii) *Criterio laboral. Consiste en evaluar (a) cuál es el vínculo laboral que tiene el empleado con la entidad (empleado de carrera, libre nombramiento y remoción, etc.) y (b) cuál es la profesión o trabajo que desempeña el accionante, pues el juez debe considerar prima facie las probabilidades de que el trabajador vuelva a ingresar al mercado laboral.*

97. La Sala concluye que cuando se cumplen las condiciones referidas, puede ordenarse de manera excepcional, el reintegro del servidor público al cargo que desempeñaba o a uno equivalente."

Lo anterior, fue reiterado por dicha Corporación en sentencia T-413 de 2019, en donde, además, se hizo un recuento de las decisiones adoptadas en casos similares, con el objeto de amparar el derecho al mínimo vital y a la seguridad social tratándose de prepensionados, o al advertirse que la mora en el reconocimiento pensional y la inclusión en nómina para su pago era imputable

¹³ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 8 de febrero de 2018. Expediente 2012-01184.

<https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/232/11001-03-06-000-2019-00183-00.pdf>

¹⁴ <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-360-17.htm>



13001-33-33-010-2023-00249-01

a la mora del empleador o del fondo de pensiones. Así mismo, en dicha oportunidad, se concluyó que:

“(…) esta Corporación también ha establecido que dicha causal objetiva de retiro del servicio no puede ser aplicada automáticamente por las autoridades públicas, sino que su materialización debe ser razonable y ajustarse a las condiciones que suponen su exequibilidad, es decir, como ha sido expuesto en las sentencias de constitucionalidad citadas, que la persona reemplaza los ingresos provenientes del salario con la mesada pensional para financiar sus necesidades básicas. En contraste, si la causal se pone en marcha sin considerar que efectivamente así suceda, de manera que las personas enfrentan un cese intempestivo en los ingresos que venía percibiendo y sin un patrimonio que respalde su nueva situación, entonces surge una vulneración al derecho fundamental al mínimo vital.”

Por su parte, el H. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil¹⁵, al pronunciarse sobre la aplicación del retiro forzoso por edad, resolvió las siguientes preguntas en estos términos:

- *“¿Cómo efectuar el retiro de servidores públicos que no son beneficiarios de la Ley 1821 de 2016, afiliados al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en fondos privados que son renuentes de iniciar el trámite de reconocimiento de pensión?*

¿En caso de acudir a la facultad otorgada por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, es viable que el empleador solicite el reconocimiento de pensión de los servidores públicos afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS en fondos privados, que se oponen a solicitar su propia pensión, aun cumpliendo requisitos?

En el caso de los servidores que no son beneficiarios de la Ley 1821 de 2016, y en los términos y condiciones establecidos en el párrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, la Administración, previamente a disponer su retiro por la causal de arribo a la edad de retiro (65 años) y ante la renuencia a adelantar los trámites respectivos, debe solicitar y obtener el reconocimiento pensional, y la respectiva inclusión en nómina.

Lo dicho aplica a los servidores que sean renuentes a solicitar el reconocimiento pensional, se repite, en los términos y condiciones establecidos en el párrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, independientemente del régimen a que estén afiliados.”

5.5 CASO CONCRETO.

5.5.1 Análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

Teniendo en cuenta lo planteado en el proceso, corresponde a la Sala dar respuesta al primer problema jurídico del asunto, consistente en si resulta procedente la acción de tutela de manera excepcional para declarar la nulidad de las resoluciones en cuestión y ordenar el reintegro laboral, realizaremos el siguiente estudio de procedencia.

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL Consejero ponente: GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR Bogotá D.C., trece (13) de diciembre de dos mil diecinueve (2019) Radicación número: 11001-03-06-000-2019-00183-00(2434)



13001-33-33-010-2023-00249-01

(i) Legitimación en la causa por activa y por pasiva: La acción de tutela fue presentada por el señor Franklin de Jesús Quintana, servidor retirado del cargo por cumplir la edad de retiro forzoso, sin que, a su juicio, se hubiera definido su situación pensional, quien, además, presentó recurso de reposición, y funge como titular del derecho al mínimo vital, el cual es presuntamente está siendo vulnerado por la accionada.

(ii) Legitimación en la causa por pasiva: La ostenta la Subdirección de Talento Humano de la Fiscalía General de la Nación, por haber expedido las resoluciones mediante las cuales se dispuso el retiro forzoso por edad al accionante, y de acuerdo con las competencias asignadas a esta subdirección, conforme al artículo 38 Decreto Ley 016 de 2014.

(iii) Inmediatez: Dentro del asunto, se observa que el accionante fue notificado de la Resolución No. 0724 del 11 de mayo de 2023, mediante el cual se confirmó la decisión de retiro forzoso, el día 19 de mayo de la misma anualidad¹⁶ habiéndose presentado la acción de tutela el 29 de mayo de la presente anualidad a solo pocos días de habersele puesto en conocimiento la decisión definitiva; actuación que se encuentra dentro del término razonable de seis (6) meses dispuesto por la jurisprudencia constitucional¹⁷ y el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo¹⁸, por lo que resulta evidente el cumplimiento de este requisito

(iv) Subsidiariedad: La Corte Constitucional¹⁹ ha establecido por regla general que la tutela no procede contra actos administrativos particulares, dada la existencia de un mecanismo ordinario para la defensa de sus intereses, solo de manera excepcional procede como mecanismo transitorio cuando se pretenda evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable o como mecanismo directo cuando el retiro del trabajador conlleva la afectación al mínimo vital, circunstancia que torna procedente la intervención de un juez de tutela.

En este sentido, la jurisprudencia constitucional, ha establecido dos requisitos que, de cumplirse, acreditan la afectación del mínimo vital de un trabajador, estos son:

“(i) el salario o mesada sea el ingreso exclusivo del trabajador o pensionado o existiendo ingresos adicionales sean insuficientes para la cobertura de sus necesidades básicas y que (ii) la falta de pago de la prestación genere para el afectado una situación crítica tanto a nivel económico como psicológico, derivada de un hecho injustificado, inminente y grave”²⁰

¹⁶ Fol. 30 doc. 01 exp. Dig.

¹⁷ [Corte Constitucional, Sentencia T-461 de 2019 M.P. Alejandro Linares Cantillo.](#)

¹⁸ [Consejo de Estado, Sentencia de unificación del Consejo de Estado, exp. 2012-02201-01, M.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.](#)

¹⁹ <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/T-413-19.htm>

²⁰ <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-360-17.htm>

13001-33-33-010-2023-00249-01

La Corte Constitucional, en la sentencia citada anteriormente, manifiesta que, la acción de tutela es procedente cuando el salario que devengaba el servidor retirado era el único ingreso que tenía para satisfacer sus necesidades básicas, pues con la decisión de retiro, y sin haberse efectuado su ingreso en nómina de pensionados en virtud del reconocimiento previo de dicha prestación, se pone en riesgo su mínimo vital.

Bajo ese entendido, es dable concluir que, la presente acción supera el requisito de subsidiariedad, en atención a la naturaleza iusfundamental y constitucional del derecho involucrado, es decir, el mínimo vital, pues, en efecto, está demostrado dentro del asunto que el accionante fue retirado del servicio por cumplir la edad de retiro forzoso, sin que se lograra acreditar que haya sido reconocida la pensión, o incluido en nómina para su pago, o que perciba ingreso distinto al salario que venía devengando a efectos de poder garantizar su subsistencia y sus necesidades básicas, sin alterar sus condiciones de vida digna.

Ahora bien, superados los requisitos de procedencia de la tutela, la Sala debe analizar si la Fiscalía General de la Nación, en cabeza de la Subdirección de Talento Humano, incurrió en vulneración de los derechos fundamentales del actor al disponer en forma automática su retiro forzoso por cumplir 70 años, al no tener en cuenta su condición particular y la afectación a su mínimo vital, ante la incertidumbre sobre cuál es el fondo de pensiones a quien corresponde asumir el algo de dicha prestación, bajo el argumento de que se surte un proceso ordinario laboral adelantado contra distintas administradoras de pensiones, a efectos de que se ordene el traslado de sus aportes a Colpensiones.

En primer lugar, se reitera que tal como se sostuvo en el marco normativo y jurisprudencial de esta providencia, la Corte Constitucional, al resolver casos similares en los cuales se pretende la nulidad de actos administrativos por los cuales se dispuso el retiro forzoso por edad y el reintegro de los trabajadores, ha concedido el amparo, bajo las siguientes razones:

1. La pensión no ha sido reconocida por mora de la administradora o fondo de pensiones: Cuando, pese haberse cumplido los requisitos para el reconocimiento pensional y haberse realizado los trámites administrativos por parte del trabajo y el empleador para el efecto, la misma no ha sido reconocida por negligencia del fondo de pensiones al cual se encuentra afiliado el interesado; en estos casos, la alta corte ha concedido el amparo a los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social, ordenando el reintegro, hasta tanto le sea reconocida la pensión de vejez y se produzca su inclusión en nómina por parte del fondo.

13001-33-33-010-2023-00249-01

2. El derecho pensional se encuentra pendiente de definición por actuaciones negligentes del empleador. Esto, se produce cuando, pese haberse cumplido los requisitos para acceder al beneficio pensional, el empleador se ha sustraído de sus obligaciones legales realizando los aportes pensionales respectivos con destino al fondo de pensiones al cual se encuentra afiliado el trabajador; en estos casos, la Corte Constitucional, ha ordenado reintegrar a los trabajadores mientras se realizan los trámites administrativo que lleven a pagar el cálculo actuarial y actualizar la historia laboral del trabajador, y hasta cuando sea reconocida la pensión e incluida en nómina.
3. Que falte un corto período de tiempo para completar el número de semanas de cotización requeridas para acceder al derecho a la pensión de vejez. En estos casos pese haberse cumplido la edad de retiro forzoso, la Corte ha ordenado la protección a la estabilidad laboral de los trabajadores que ostentan la calidad de prepensionados ordenando su reintegro laboral, por advertir que la garantía de su derecho fundamental a la seguridad social está supeditada al cumplimiento de pocas semanas de cotización a pensión.

Una vez revisado el asunto concreto y confrontado el mismo con las condiciones específicas por las cuales procede el amparo de los derechos fundamentales tratándose de actos que ordenaron el retiro forzoso por edad, esta Sala no encuentra que el presente asunto encuadre o este inmerso en las situaciones antes reseñadas. Por el contrario, se observa que, el demandante alude la afectación a su derecho fundamental al mínimo vital con la decisión de retiro, por dejar de percibir el salario que sustenta sus necesidades básicas, ante la ausencia del reconocimiento pensional y la inclusión en nómina, dada la existencia de una controversia frente al régimen pensional que le asiste y el traslado de sus aportes a Colpensiones.

En ese orden, se tiene que, la situación que ha extendido el reconocimiento de la pensión de vejez a la que tiene derecho el actor, no se debe a la falta de cumplimiento de los requisitos legales dispuestos para ello, por el contrario, las partes han sostenido que el actor cumplió las semanas de cotización y para el año en curso, cuenta con un total de 28 años de servicios. Tampoco se debe a una mora en la administradora de pensiones ni de su empleador, ni ostenta la calidad de prepensionado; en cambio, obedece a una controversia ordinaria laboral por una solicitud de traslado de régimen de pensiones presentada por el actor, sin que dicha situación pueda o deba ser imputable en forma alguna a la Fiscalía General de la Nación, quien cumplió con sus deberes legales y realizó los aportes pensionales debidos, no siendo entonces el obligado a asumir las consecuencias ocasionadas con el tiempo que pueda tomar la resolución de dicho conflicto, pues resultaría desproporcionado exigirle que reintegre al accionante, cuando este, en forma tardía y poco

13001-33-33-010-2023-00249-01

diligente, ad-portas de pensionarse, decidió solicitar el traslado de sus aportes a pensión.

Frente a esta última afirmación, cabe resaltar que, el actor tardó en iniciar los trámites para obtener el traslado de régimen pensional pretendido, y esto ha suspendido en el tiempo el reconocimiento de su derecho y solo hasta el año 2022, estando próximo a cumplir la edad de retiro forzoso, es decir, 70 años de edad, inició las solicitudes y trámites judiciales para obtenerlo, es decir, cuando contaba con aproximadamente 27 años de servicios ante la Fiscalía General de la Nación, término que resulta para esta Sala suficiente y más que razonable, sin que haya demostrado por qué estaba impedido a iniciarlos con antelación, circunstancia que denota en su actuar una negligencia cuyos efectos no pueden ser trasladados a su empleador, máxime si se tiene en cuenta que en esta instancia, se desconoce el estado del proceso adelantado ante la jurisdicción ordinaria laboral y si existe una decisión al respecto. Además, no puede perderse de vista que la condición a la cual el accionante pretende extender el reintegro, realmente está sometida a un albur, pues no existe certeza sobre la decisión de fondo que se va a adoptar por parte del juez natural, y si se accederá o no a su pretensión de traslado de régimen pensional.

En ese orden, es dable concluir que no hay lugar a conceder el amparo como quiera que la falta del reconocimiento pensional se debe a una actitud negligente del accionante que no está inmersa dentro de las causales previstas por la Corte Constitucional.

Así las cosas, esta Sala **REVOCARÁ** el fallo de primera instancia, por ser procedente el estudio de fondo de la acción de tutela, pero **NEGARÁ** el amparo pretendido, por las consideraciones antes plasmadas.

VI.- DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley;

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia, por las razones aquí expuestas.

SEGUNDO: En su lugar, **NEGAR** el amparo solicitado, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.



13001-33-33-010-2023-00249-01

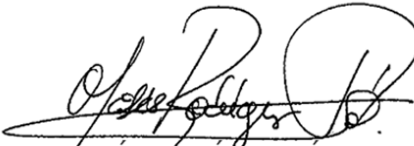
TERCERO: NOTIFÍQUESE las partes y al Juzgado de primera instancia, en la forma prevista en el artículo 30 del decreto 2591 de 1991.

CUARTO: De no ser impugnada esta decisión, **REMÍTASE** el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión (art. 32 Decreto 2591 de 1991).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No.047 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS


JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ

Salvamento de voto