



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL
SALA DE DECISIÓN DE TUTELAS No. 3**

**PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR
MAGISTRADA PONENTE**

**STP10665-2015
Radicación No.: 80.839
Acta No. 270**

Bogotá, D.C., cuatro (4) de agosto de dos mil quince (2015).

VISTOS

Se pronuncia la Sala sobre las impugnaciones propuestas contra el fallo proferido el 18 de junio de 2015, por la **SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN**, mediante el cual concedió el amparo constitucional invocado, en la demanda de tutela formulada por **JUAN GUILLERMO ARBELÁEZ ARBELÁEZ** contra la **SALA PLENA DEL CONSEJO DE ESTADO** y la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES**



PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - en adelante UGPP.

Al trámite fueron vinculados los cinco primeros integrantes del registro de elegibles vigente que concursaron para el cargo de Magistrado de Tribunal Administrativo.

ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Fueron sintetizados por el Tribunal Superior de Medellín, de la forma en que a continuación se indica:

Expresa el accionante Juan Guillermo Arbeláez Arbeláez que actualmente ejerce el cargo de Magistrado del Tribunal Administrativo de Antioquia y, que por haber cumplido los requisitos para obtener la pensión de vejez, solicitó el reconocimiento de la misma ante Colpensiones desde el mes de julio de 2013; entidad que respondió mediante resolución GNR274936 del primero de agosto de 2014 absteniéndose de resolver de fondo la petición por considerar que era competencia de la Unidad Pensional y Parafiscal – UGPP –.

Indica que en razón de lo anterior, Colpensiones trasladó el expediente a la UGPP, última que resolvió mediante acto administrativo del 09 de abril de 2015 en el cual negó la pensión aduciendo inconsistencias en las cotizaciones efectuadas a Cajanal, decisión frente a la cual interpuso los recursos de



reposición y en subsidio apelación, los cuales no han sido decididos pese haber transcurrido más de 15 días hábiles.

Considera que la motivación que tuvo la UGPP para negar la pensión de vejez carece de fundamentos probatorios, como quiera que cumple a cabalidad los requisitos exigidos por la ley para obtener el reconocimiento pensional sin que exista inconsistencia alguna en las cotizaciones efectuadas a lo largo de su vida laboral.

Aduce que con relación a la Sala Plena del Consejo de Estado ve amenazados sus derechos fundamentales, como quiera que el 6 de octubre de 2014, antes de cumplir la edad de retiro forzoso, le solicitó a esa Corporación prórroga por seis meses para no ser separado del cargo, ello de conformidad a lo establecido en los Decretos 546 de 1971 y 1660 de 1978, mientras se le definía la pensión de vejez. Tal petición fue despachada favorablemente ampliándole el término hasta el 28 de junio de 2015; no obstante, el 5 de mayo de la anualidad que avanza, en vista de que no había obtenido una decisión de fondo por parte de la UGPP y que atañe al reconocimiento pensional, solicitó ante la misma Sala Plena del Consejo de Estado una nueva ampliación por 6 meses más, entidad última que contestó negativamente, pero, teniendo en cuenta su situación particular, inquirió a la UGPP y Colpensiones para que procedieran a resolver de manera prioritaria la solicitud pensional del funcionario público.

Señala que la última decisión del Consejo de Estado, de no acceder a la prórroga peticionada, le generará un grave perjuicio, ya que a la fecha no tiene resuelta su situación pensional y su salario constituye su mínimo vital y el de su núcleo familiar al ser el único



ingreso que percibe, con el cual cubre los gastos de estudio de sus dos hijos, salud, préstamos de Davivienda, tarjetas de crédito y demás.

Por lo anteriormente expuesto, solicita la protección constitucional de sus derechos fundamentales, en consecuencia se ordene a la Unidad Gestional (sic) y Parafiscal – UGPP – resuelva los recursos de reposición y apelación presentados en contra del acto administrativo del 09 de abril de 2015 y reconocerle la pensión de vejez a que tiene derecho y, a la Sala Plena del Consejo de Estado, la inaplicación del artículo 138 del Decreto 1660 de 1978 que ordena la desvinculación del cargo por haber llegado a la edad de retiro forzoso y como resultado de ello se abstenga de declarar la vacancia y designarle reemplazo, hasta tanto la UGPP le conceda la pensión de vejez y lo incluya en nómina.

EL FALLO IMPUGNADO

Frente a la principal pretensión del actor, encaminada a que se ordene en sede de tutela el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, advirtió el a quo que el mecanismo de amparo es de carácter residual, «*en tanto se trata de un beneficio prestacional económico para el cual existen otros medios de defensa judicial*», los que el demandante aún tiene a su disposición, pues la UGPP aún no ha resuelto los recursos que propuso contra la resolución mediante la cual le fue negada la pensión.



Señaló, no obstante lo anterior, que si bien el de reposición ya fue resuelto, no sucedió así con el de apelación, estando el término para resolverlo ampliamente superado. Por tal razón, por ese aspecto concedió el amparo invocado.

En torno a la censura dirigida a controvertir la actuación desplegada por la Sala Plena del Consejo de Estado relacionada con su desvinculación, advirtió, luego de traer a colación jurisprudencia de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado y de esta Corporación¹, que era necesario proteger los derechos fundamentales del demandante, al ser el salario que devenga su única fuente de ingresos.

Por tal razón y tras estimar que no hay en la actualidad un acto administrativo en firme, susceptible de ser demandado, por lo cual no tenía el actor un mecanismo de defensa más efectivo que la tutela para proteger sus derechos, determinó conceder el amparo invocado en ese aspecto.

Finalmente, refirió que lo analizado en el fallo de tutela no afectaba los derechos de quienes integraban la lista de elegibles para el cargo de Magistrado de Tribunal

¹ Citó para el efecto la decisión CSJ STP, 20 de marzo de 2013, Rad. 65.816, proferida por la Sala de Tutelas No. 2 de la Sala de Casación Penal.



Administrativo, *«en tanto estos solo cuentan con una mera expectativa de acceder a un cargo de Magistrado de Tribunal Administrativo y no un derecho adquirido, la cual sólo se efectivizaría cuando la vacante para la que se encuentran inscritos se proporcione y a la fecha ello no ha ocurrido...»*

En consecuencia de lo expuesto, amparó las garantías del actor y resolvió

PRIMERO: CONCEDER la protección de los derechos fundamentales al debido proceso, petición, mínimo vital, salud y vida digna a Juan Guillermo Arbeláez Arbeláez, por lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: ORDENAR a la UNIDAD GESTIONAL (sic) Y PARAFISCAL – UGPP – que en el término improrrogable de los 10 días siguientes a la notificación de la presente decisión, resuelva el recurso de apelación presentado por el señor Arbeláez Arbeláez en contra de la Resolución RDP 013641 del 9 de abril de 2015.

TERCERO: ORDENAR a la SALA PLENA DEL CONSEJO DE ESTADO, presidida por el doctor Luis Rafael Vergara Quintero, o quien haga sus veces, prorrogar la declaratoria de vacancia del cargo que actualmente ocupa el doctor Juan Guillermo Arbeláez Arbeláez hasta tanto la UGPP resuelva el recurso de apelación relativo al reconocimiento pensional y la inclusión en nómina, en caso de que le sea otorgada la referida prestación social, o de lo contrario, cuando dicho acto administrativo quede en firme.



LA IMPUGNACIÓN

Inconformes con esa determinación, el accionante, el H. Presidente del Consejo de Estado y los señores Luis Gilberto Ortega Ortégón y Moisés Rodrigo Mazabel Pinzón², la recurrieron. Los argumentos de sus disensos se sintetizan así:

1. El formulado por el accionante, JUAN GUILLERMO ARBELÁEZ ARBELÁEZ.

Critica el fallo de primer nivel, como quiera que no le fue reconocida la pensión de invalidez en sede de tutela, aun cuando aportó al trámite los documentos que acreditan el cumplimiento de los requisitos para acceder a tal prerrogativa.

Refiere que sí es el funcionario de amparo el competente para reconocerla, como quiera que demostró la ocurrencia de un perjuicio irremediable, por razón de que el salario es su único medio de subsistencia y el de su núcleo familiar.

² Integrantes del registro de elegibles para el cargo de Tribunal Administrativo.



Además, al ser persona de la tercera edad es sujeto de especial protección constitucional y lleva trabajando más de 40 años al servicio del sector público, lo que evidencia que ya cumplió las condiciones para acceder a la pensión.

En su criterio, es infundada la negativa de la UGPP para acceder a la pensión de vejez, pues todo se debe es a una irregularidad de índole administrativa por la existencia de aportes a Cajanal en fecha posterior a su liquidación, pero tal carga no se le puede atribuir a él sino a los empleadores que cometieron la irregularidad.

Tampoco existe otro mecanismo idóneo de defensa para la protección de sus derechos, pues no le ha sido notificada la resolución del recurso de reposición, ni es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho la vía para resolver sus pretensiones, pues hasta tanto adquiera firmeza el acto administrativo, no tendrá medio alguno de subsistencia, siendo entonces la tutela, el único camino para proteger sus derechos.

Pide en consecuencia, *«que se ordene de manera directa el reconocimiento, pago e inclusión en nómina de mi pensión de vejez»*.



Critica además, que se haya condicionado su permanencia en el cargo al agotamiento de la vía gubernativa frente a la resolución que le negó la pensión, pues de resultar desfavorable, quedará desamparado, sin empleo y sin pensión, por lo que pide la modificación de la orden dada, en el sentido de que *«sólo se ordene la vacancia de mi cargo, hasta tanto se me haya reconocido mi pensión y se me incluya en nómina, por cualquier medio bien sea judicial o administrativo»*.

De forma posterior, remitió a esta Corporación un memorial mediante el cual informó que envió un certificado expedido por el área de nómina de la Rama Judicial a la UGPP, donde se corrige la irregularidad presentada con su cotización a pensión, *«con el propósito de que sea tenido en cuenta a la hora de resolverse mi recurso de apelación»*. Y agrega, frente a la manifestación hecha por uno de los vinculados al trámite, que no quiere perpetuarse en el cargo, sino, por el contrario, *«no quedar desprovisto de mi medio de subsistencia mientras se define mi situación pensional»*.

2. La propuesta por el H. Presidente del Consejo de Estado

Pide la revocatoria del fallo impugnado por dos aspectos:



El primero, encaminado a señalar que el Tribunal Superior de Medellín carecía de competencia para asumir el conocimiento del asunto en primera instancia, pues de conformidad con lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1382 de 2000, las acciones de tutela interpuestas contra el Consejo de Estado, deben ser conocidas por esa Corporación, *«sin que dicha normatividad realice distinción alguna en tratándose de decisiones de carácter judicial o administrativo»*.

Como segundo aspecto, refiere no haber conculcado las garantías del actor, pues siempre ha dispensado el mismo trato frente a asuntos como el planteado por el demandante y además, no puede atribuirse la negligencia de la UGPP en definir su situación pensional, a esa Corporación.

Solicita que se considere para resolver, una decisión proferida por esta Corporación *«cuyos presupuestos son similares a los ahora ventilados»*.

3. La formulada por Luis Gilberto Ortegón Ortegón.



Señala tener interés directo en los resultados del asunto como integrante del registro de elegibles para el cargo de Magistrado de tribunal administrativo.

Empero, advierte que no fue vinculado al contradictorio, aun cuando está en el sexto lugar del registro de elegibles, lo que implica que tiene opción *«para aplicar al cargo que corresponde a la vacante del Doctor ARBELAEZ»*. Con ese proceder, el a quo vulneró la garantía fundamental del debido proceso que le asiste, por no haberle permitido participar en el trámite de la tutela.

Además, depreca también la nulidad de lo actuado, tras señalar, bajo los mismos argumentos en que lo hizo el H. Consejo de Estado, que el Tribunal Superior de Medellín no era competente para conocer la tutela, de conformidad con lo establecido en el numeral 2° del artículo 1° del Decreto 1382 de 2000, razón por la cual pide que se envíe el asunto a esa Corporación, para que conozca del amparo en primera instancia.

4. La impugnación propuesta por Moisés Rodrigo Mazabel Pinzón.



El vinculado, también integrante del registro de elegibles para el cargo de Magistrado de tribunal administrativo, pide la revocatoria del fallo emitido por el Tribunal Superior de Medellín, que en un errado criterio desconoce que los integrantes de la lista de elegibles «*tenemos DERECHOS y no meras expectativas*», olvidando con tales afirmaciones lo dispuesto en la decisión CC SU-544/01, en virtud de la cual tenía el deber de llevar a cabo un juicio de ponderación entre los derechos del accionante y los que están en cabeza de terceros.

Trae a colación una línea jurisprudencial de la Corte Constitucional en ese sentido, para referir luego que el a quo sustentó su decisión en antecedentes que no trataban una similar situación fáctica a la ahora propuesta.

Refiere que la tutela es improcedente, al no cumplir las condiciones generales de procedencia para su admisión, particularmente las de inmediatez y subsidiariedad, pues tiene el actor un mecanismo de defensa en trámite y además, fue por su incuria que pasaron 8 meses desde que se le notificó la prórroga para permanecer en el cargo, sin que llevara a cabo actividad alguna para obtener la pensión.

Tampoco estima que se configure en el caso un perjuicio irremediable, dado el salario y prestaciones sociales que



devenaba el accionante en su condición de Magistrado, *«lo que sumados a las cesantías y bienes adquiridos le permiten andar con holgura en comparación con el mayor porcentaje de los pensionados del país».*

Indica que la competente para conocer el asunto, en caso de no prosperar el reclamo por la vía gubernativa, es la jurisdicción administrativa, pues de no ser así, *«toda la jurisdicción contencioso administrativa debería desaparecer del ordenamiento»*, amén que ya tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado, en pacífica jurisprudencia señalaron que esa vía sí es idónea frente a las acciones u omisiones de las autoridades públicas, en razón de que en la actualidad, *«las medidas cautelares del CPACA elevaron la eficacia en la protección de derechos fundamentales».*

Además, en su criterio es *«irrazonable»* que se prolongue su permanencia en el cargo más allá de los 6 meses que ya le fueron concedidos, como así lo estipulan las normas aplicables al caso y lo ha expuesto pacífica jurisprudencia constitucional.

Por tales razones, pide la revocatoria del fallo impugnado.



En escrito allegado posteriormente a esta Corporación, deprecó que se nulitara el trámite bajo idénticos argumentos a los propuestos por el Consejo de Estado y además, en caso de ser desfavorable, que se practiquen en esta sede varias pruebas con las que podría descartarse la afectación del mínimo vital del actor.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

De conformidad con lo establecido en el artículo 2° del Decreto 1382 de 2000, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para resolver la impugnación interpuesta contra el fallo proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín.

Como son varias las censuras propuestas en los escritos de impugnación y la mayoría guardan unidad de materia, como metodología la Sala las condensará en tres grandes grupos a saber: *i)* las solicitudes de nulidad por falta de competencia; *ii)* la nulidad por indebida integración del contradictorio; y, en caso de no prosperar las anteriores, *iii)* el análisis de fondo del caso concreto.

1. Nulidad del trámite por falta de competencia del Tribunal a quo.



Señalan el H. Presidente del Consejo de Estado y los dos integrantes del registro de elegibles ahora recurrentes, que debe aplicarse al caso lo dispuesto en el inciso 2° del numeral 2° del artículo 1° del Decreto 1382 de 2000, que a la letra enseña:

Lo accionado contra la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado o el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, será repartido a la misma corporación y se resolverá por la Sala de Decisión, Sección o Subsección que corresponda de conformidad con el reglamento al que se refiere el artículo 4o. del presente decreto.

Ahora bien, en relación con la competencia para conocer de asuntos como el presente, dijo en pretérita oportunidad la Sala de Casación Penal de esta Corporación que:

...la superioridad funcional como regla de reparto de las acciones de tutela promovidas contra Funcionarios o Corporaciones Judiciales solo es aplicable en tanto se trate de actuaciones de naturaleza jurisdiccional y se explica tal hermenéutica en que uno de los motivos de la expedición de esa norma fue la racionalización del conocimiento de ese amparo constitucional, pues, aunque en principio no procede contra actuaciones judiciales, resulta más razonable que sean los

superiores funcionales, de quienes se indican vulneradores o amenazadores de un derecho fundamental en un proceso judicial, los que conozcan de esas tutelas, por confluir en ellos la condición de Jueces constitucionales y de conocedores del caso específico según sea su especialidad³. (Negrillas fuera del texto original).

Además, la Corte Constitucional, al dirimir un conflicto de competencias suscitado entre un Juzgado Civil del Circuito de Bogotá y el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca en una acción de tutela invocada contra el Tribunal Superior de Bogotá, asignó el conocimiento de la solicitud de amparo al Juzgado al precisar que:

*Esta Corporación ha expresado en varias oportunidades que las reglas de reparto de las acciones de tutela contempladas en el numeral 2° del artículo 1° del Decreto 1382 del 2000, se refieren exclusivamente al caso de que las autoridades allí enunciadas cumplan **funciones jurisdiccionales** pero que para el caso de **actuaciones administrativas** debe darse aplicación al numeral 1° del artículo 1° del Decreto 1382 de 2000.*

*Aunque el artículo 1 del Decreto 1382 de 2000 no hace una distinción expresa sobre la naturaleza de las decisiones emitidas por las autoridades contra las cuales se interponen las acciones de tutela, para la Corte es claro que **“lo reglado en este numeral 1°. se refieren exclusivamente a las actuaciones***

³ CSJ STP, 23 de octubre de 2002, Rad. 12.321, reiterado en CSJ STP, 19 de enero de 2012, Rad. 58.057

administrativas en tanto que en el numeral 2°. se establece lo relativo a errores de tipo jurisdiccional, esto es, cuando los jueces (plurales o unipersonales) y fiscales delegados incurrir en éstos, concibiéndose para estos casos quiénes conocen de las acciones de tutela presentadas contra ellos y por razón de sus actos judiciales”⁴.

Entonces, al tratarse el asunto de una censura encaminada a criticar actuaciones de índole **administrativa** adelantadas por el H. Consejo de Estado, que para tal efecto se asimila a una autoridad pública del orden nacional, debe aplicarse la regla de competencia contenida en el numeral 1° del artículo 1° del Decreto en comento y así, es claro que son los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, los competentes para conocer en primera instancia del asunto. (En ese sentido, pueden consultarse CSJ ATP1182 – 2015; CSJ ATP1100 – 2015; CSJ ATC7888 – 2014 y CSJ STP, 19 de enero de 2012, Rad. 58.057; entre otras).

Por las razones anteriores, se negará la nulidad del trámite por falta de competencia alegada por los impugnantes.

2. Nulidad por indebida integración del contradictorio.

⁴ CC A-192/06.



Informó Luis Gilberto Ortegón Ortegón, integrante del registro de elegibles para el cargo de Magistrado de Tribunal Administrativo, que no fue vinculado al presente proceso de tutela, razón por la cual y para garantizar sus derechos como tercero con interés, debe nulitarse lo actuado para llamarlo en debida forma.

Sobre el punto, advierte la Sala, que el Tribunal Superior de Medellín dispuso vincular al contradictorio a los cinco primeros integrantes del registro de elegibles, por solicitud que para tal efecto formuló Moisés Rodrigo Mazabel Pinzón y *«por criterios de razonabilidad»*⁵.

Ahora bien, no desconoce la Sala que Ortegón Ortegón es integrante del referido registro de elegibles, en el que ocupa la sexta posición. Empero, si el a quo, bajo tales *«criterios de razonabilidad»* estimó innecesario vincularlo a él y a los restantes integrantes del registro, para la Sala resulta válido tal criterio, amén que no existe en la actualidad una lista de elegibles para suplir el cargo de ARBELÁEZ ARBELÁEZ cuyos integrantes sí pudieren verse afectados al continuar el demandante en el cargo y además, nulitar la actuación, en un asunto en el que lo pretendido es resolver

⁵ Folio 139 del cuaderno del Tribunal.



la procedencia por vía de tutela de una prestación pensional, podría afectar los derechos fundamentales del accionante, quien aguarda una oportuna respuesta de la administración de justicia sobre su reclamo.

Bajo tales criterios de razonabilidad, resulta además admisible que el a quo haya integrado al contradictorio a los 5 primeros integrantes del registro de elegibles, quienes dado el caso, serían los primeros llamados a conformar la lista de nombramiento para el reemplazo del ahora accionante y además, en casos como el presente, bien refirió la Corte Constitucional que una nulidad en ese sentido es saneable, *«cuando lo que se discute es la protección de derechos fundamentales de personas merecedoras de protección constitucional preferente»* (CC T-742/97).

Por tales razones, se negará la nulidad invocada y procederá entonces la Sala al estudio de fondo del asunto.

3. Sobre el debido proceso administrativo.

El canon 29 de la Constitución, establece el debido proceso como una garantía fundamental de quienes



intervienen en actuaciones tanto judiciales como administrativas, además ordena su observancia a la Administración, siempre respetando las formas previamente definidas por el ordenamiento jurídico y los principios de contradicción e imparcialidad, con la garantía de que las decisiones se emitan con acatamiento de las etapas y los procedimientos señalados en las disposiciones pertinentes para que sus actos no resulten en contravía de éstas, ni del ordenamiento superior (en ese sentido, puede consultarse la sentencia CSJ STP, 08 Ago. 2012, Rad. 61485, entre otras).

Además, en decisión T-571 de 2005, dijo la Corte Constitucional que:

El derecho al debido proceso administrativo garantiza a las personas la posibilidad de acceder a un proceso justo y adecuado, en el cual tengan derecho a conocer las actuaciones de la administración, a pedir y a controvertir las pruebas, a ejercer con plenitud su derecho de defensa, a impugnar los actos administrativos y en fin a gozar de todas las garantías establecidas en su beneficio.

A pesar de lo anterior, puede darse el caso de que la administración al adelantar una actuación o al expedir un acto propio de esta naturaleza, desconozca alguno de los procedimientos establecidos y con ello vulnere el debido proceso. Para esta clase de situaciones, el ordenamiento



jurídico ha previsto medios ordinarios de defensa para atacar esas decisiones y restablecer los derechos que hayan sido afectados, de lo cual se deriva la subsidiariedad de la acción de amparo en cuanto a las actuaciones de la administración se refiere.

Así, cuando el demandante en tutela cuenta con medios ordinarios de defensa o no acredita la ocurrencia de un perjuicio irremediable, debe declararse improcedente el amparo constitucional, atendiendo al carácter residual de la acción de tutela.

4. Análisis del caso concreto.

Como metodología, se referirá la Sala en primer término a la procedencia o no de la tutela para el reconocimiento de prestaciones sociales; luego analizará lo relativo a la continuidad del accionante en el cargo, aun cuando ya cumplió 65 años de edad y se le concedió la prórroga de que trata el artículo 130 del Decreto 1660 de 1978; y finalmente, evaluará la potencial afectación de los derechos de los terceros con interés vinculados al trámite, bajo las consideraciones expuestas en los escritos impugnatorios por ellos elevados.



4.1. Ha sido pacífica y profusa la jurisprudencia tanto de esta Sala, como de la Corte Constitucional, al sostener la improcedencia de la tutela cuando se cuenta con otros mecanismos de defensa, salvo que se utilice como medio transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La tutela no es una tercera instancia, tampoco mediante ella puede suplantarse al juez natural al interior del proceso para revivir etapas ya fenecidas o exponer en esta excepcionalísima y subsidiaria sede, cuestiones que actualmente son objeto de debate en los cauces ordinarios.

En este caso, es evidente la ausencia de ese requisito de procedibilidad de la acción de tutela, como se pasa a explicar.

4.1.1. Mediante resolución RDP 013641 del 9 de abril de 2015, la UGPP negó la pensión de vejez solicitada por JUAN GUILLERMO ARBELÁEZ ARBELÁEZ.

Contra ese acto, formuló los recursos de reposición y subsidiariamente de apelación.

Mediante proveído RDP 021457, esa entidad desató el mecanismo horizontal, confirmando íntegramente la resolución inicial, y que, según lo informado en este trámite



por la UGPP, se encuentra en proceso de notificación al ahora accionante.

Advirtió además el demandante, en escrito adicional al impugnatorio que, en efecto, conoció la resolución que desató el recurso de reposición, donde se expuso *«una supuesta inconsistencia en el certificado de tiempo de servicios aportado por la Rama Judicial»;* también refirió que obtuvo un certificado de cotizaciones corregido por su empleador y *«el 26 de junio de 2015 procedí a remitir a la UGPP el nuevo certificado expedido por la Rama Judicial...con el propósito de que sea tenido en cuenta a la hora de resolverse mi recurso de apelación».*

Entonces, desconoce el actor el carácter subsidiario de la acción constitucional, que debe ceder ante el mecanismo ordinario que habilitó el actor, que es el recurso de apelación pendiente de ser resuelto ante la UGPP y en el cual ya aportó los elementos de convicción requeridos para subsanar la presunta irregularidad en virtud de la cual le fue negada la pensión.

Sobre el punto, expuso la Corte Constitucional en providencia CC T-628/13 que:



La procedencia de la acción de tutela para obtener prestaciones sociales no puede desconocer el ordenamiento jurídico que prevé procedimientos adecuados para el reconocimiento de los derechos en cumplimiento del debido proceso. De esta forma, por regla general las acreencias laborales incluidas en aquellas los retroactivos pensionales a que el trabajador tenga derecho, escapan a la procedencia del amparo en cuanto no exista afectación del mínimo vital y además se hayan agotado los procedimientos ordinarios previstos por el ordenamiento jurídico con el fin de acreditar el derecho objeto de controversia

Y además:

El juez constitucional no puede ser laxo al reconocer la presunta vulneración de derechos fundamentales porque tal comportamiento desconoce la condición subsidiaria de la acción de tutela y su procedencia excepcional para proteger derechos como los discutidos en este asunto.

Cuando se alega la afectación al mínimo vital, o la condición de sujetos susceptibles de protección constitucional debe el juez constitucional acudir a la hermenéutica constitucional que indicará si el derecho alegado es susceptible de protección y, adicionalmente, asumir una actividad inquisitiva con el fin de lograr la prueba de lo alegado por los accionantes, para no transformar la acción de tutela en un proceso ordinario con el fin de resolver situaciones propias de otros procedimientos previstos en la Ley.



Ahora bien, sobre la afectación del mínimo vital alegada por el actor, aspecto que podría habilitar la procedencia del amparo invocado, la Corte Constitucional hizo la siguiente aclaración en providencia CC T-660/11:

La Sala reitera en esa medida su jurisprudencia claramente aplicable a este caso, en virtud de la cual, ciertas circunstancias deben confluir en un caso concreto para apreciar la vulneración al mínimo vital de un trabajador o pensionado (i) que el salario o mesada sea su ingreso exclusivo o existiendo ingresos adicionales sean insuficientes para la cobertura de sus necesidades (sic) 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.

4.1.2. Para el caso, ha sido insistente el actor al referir que su único ingreso es el salario que devenga como Magistrado del Tribunal Administrativo de Antioquia, no obstante, nada dice sobre el auxilio de cesantías al que tiene derecho y puede acudir, hasta tanto se defina su situación pensional.

Además, aun cuando señala hacerse cargo de los estudios superiores de sus hijos, al verificar su declaración de renta del último año gravable, no se observa que haya



consignado en ella alguna deducción por «*dependientes económicos*»⁶.

Las anteriores verificaciones impiden que se acepte, sin mayor consideración, la presunción de que JUAN GUILLERMO ARBELÁEZ ARBELÁEZ se encuentra ante la vulneración inminente de su derecho fundamental al mínimo vital e imposibilitan que el juez de tutela intervenga en el asunto, dado el carácter subsidiario de la acción constitucional, que no puede ceder al no ser evidente la referida afectación de su mínimo vital.

Adicionalmente, es preciso recordar que la Corte Constitucional ha reconocido que, entre otros, los adultos mayores son sujetos de especial protección constitucional. Sin embargo, el tratamiento diferenciado y prioritario enunciado en la línea jurisprudencial que decantó ese reconocimiento, requiere que el juez de tutela haga un análisis serio de la dimensión objetiva⁷ que involucra el principio de igualdad y la vulnerabilidad real en que se encuentra el sujeto involucrado.

En ese sentido, dijo esta Sala de tutelas en decisión CSJ STP17496 – 2014 que «*la edad de 65 años, sin atención a*

⁶ Folio 78 del cuaderno del Tribunal.

⁷ Cfr. Sentencia T-199 de 2013



otras consideraciones, no es causa suficiente para suponer que en todos los casos, el accionante requiera de protección reforzada del Estado»

En tales condiciones, a través de la vía tutelar no es posible que se reconozca la prestación pensional reclamada por el accionante, contrario a lo por él expuesto en la alzada, pues al no existir afectación a su mínimo vital, ni ser solo su edad una causa para considerarlo sujeto de especial protección constitucional, debe respetar el cauce idóneo para el reconocimiento del derecho, el que por demás, se encuentra en trámite.

No obstante lo anterior y en orden a que no quede en total orfandad jurídica frente a sus reclamos, confirmará la Sala el numeral segundo del fallo impugnado, en el entendido que resulta razonable exigir a la UGPP, prontitud en la resolución del recurso de apelación a su cargo.

4.2. Mediante comunicación del 6 de octubre de 2014, la entonces Presidenta del H. Consejo de Estado le informó a JUAN GUILLERMO ARBELÁEZ ARBELÁEZ, que la Sala Plena de esa Corporación le había concedido 6 meses de permanencia en el cargo posteriores al cumplimiento de los 65 años de edad, con el fin de tramitar su pensión de



jubilación. Le advirtió además que *«una vez cumplido dicho término, deberá retirarse definitivamente del servicio»*⁸.

Dicho lapso fenecía el 28 de junio del presente año, pero ARBELÁEZ ARBELÁEZ solicitó, dada la actual problemática que padece en torno al reconocimiento de la prestación, la prórroga de dicho plazo, la que fue negada por el Presidente del Alto Tribunal, *«...con fundamento en antecedentes emitidos por esta Corporación sobre situaciones análogas»*⁹.

Ahora bien, el retiro forzoso por razones de edad se encuentra avalado por la Carta Política, y no puede tildarse que el mismo sea improcedente e ilegal, pues la Corte Constitucional en sentencias CC C-563/97 y CC C-351/95, al decidir sobre la exequibilidad de la norma que lo consagra expuso:

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

⁸ Folio 67 del cuaderno de la Corte.

⁹ Folio 70 ibidem.

*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.***

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

Dijo además el alto Tribunal, que no es irregular la desvinculación del servidor público que cumple 65 años de

edad, sin esperar a su inclusión en nómina de pensionados. Particularmente en decisión CC T-628/06 señaló:

*Cabe reiterar igualmente que, **si bien es cierto que el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968 prevé que quien cesa en el desempeño de sus funciones por razón de la edad, se hará acreedor a una pensión de vejez, es igualmente cierto que de la misma no se desprende que necesariamente el cese de funciones que ella ordena esté condicionado al reconocimiento de la pensión a que en ella se alude.** Cabe recordar que ello será así según el mismo artículo “de acuerdo a lo que sobre el particular establezca el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos”, es decir que ello dependerá del cumplimiento de los requisitos que para el efecto haya establecido la ley **sin que pueda entenderse limitada la orden de retiro forzoso por la circunstancia de que los requisitos para pensionarse no se encuentren reunidos.** (Énfasis agregado).*

Y expuso esta Sala de tutelas, en decisión CSJ STP, 2 de julio de 2008, Rad. 36.406 sobre similar asunto, lo siguiente:

*2.2.6. Finalmente, teniendo en cuenta: 1. Que el legislador sólo remitió a los Decretos 1660 de 1978 y 52 de 1987 en lo pertinente, es decir, en lo relacionado con la edad de retiro forzoso y no otras materias y 2. Que de acuerdo a lo expuesto, la edad de retiro forzoso -65 años- es aplicable a todos los funcionarios y empleados de la Rama Judicial; debe reiterarse que **el retiro del servicio***

por efecto de la edad en el caso sub examine es legal y constitucional y por lo mismo, no es violatoria del derecho a la igualdad.

Derecho fundamental que, en síntesis, no resulta conculcado con el retiro del servicio público por efecto de la edad y por tanto no se puede amparar cuando la situación del actor tiene como parámetro de referencia otras situaciones que resultan inconstitucionales e ilegales, por ende no habilitan ni legitiman al accionante a reclamar un tratamiento que resulta igualmente contrario a la Constitución, porque también se encontraría afectado el derecho de toda persona a que sean cumplidas las Leyes y la Constitución, y en particular a que se realicen los relevos generacionales de los servidores públicos y a que el resto de los ciudadanos tengan la oportunidad de acceder a los mismos una vez cumplida cualquiera de las causales previstas para reemplazar a su titular. En el mismo sentido, la Sala en sentencia de tutela del 1º de abril de 2008 –radicado No. 36073- dijo lo siguiente:

“...no es posible comparar situaciones bajo el amparo del principio de igualdad, cuando la que se pone de punto de referencia parte de la ilegalidad”

Igualmente, no resulta legal, ni constitucional ni legítimo, que frente a todos los demás servidores públicos a los cuales se les aplica la edad de retiro forzoso, se siga propiciando un privilegio injustificado en cabeza de algunos funcionarios. Situación que va en contravía de la ontología propia del derecho a la igualdad. (Resaltado fuera de texto).



Tales consideraciones, que la Sala comparte a cabalidad, aplican al caso concreto. Por ende y como quiera que ya JUAN GUILLERMO ARBELÁEZ ARBELÁEZ cumplió 65 años de edad y le fue concedida la prórroga para permanecer en el cargo por 6 meses más con el fin de que tramitara su pensión, como así lo dispone el artículo 130 del Decreto 1660 de 1978, pero dicho plazo ya feneció deberá retirarse definitivamente del servicio, como así lo había dispuesto su nominador, es decir, el Consejo de Estado.

En esas condiciones, revocará la Sala el numeral tercero del fallo impugnado, que ordenó a la Sala Plena del H. Consejo de Estado, prorrogar la declaratoria de vacancia en el cargo que actualmente ocupa el accionante y de contera, negar las pretensiones de la demanda de tutela por ese aspecto.

4.3. Es cierto, y así lo ha reconocido pacíficamente la Corte Constitucional, que la administración tiene el deber de reconocer el **derecho** que tiene quien ocupó el primer lugar en una lista de elegibles, para ser nombrado en el cargo para el cual concursó. (Cfr. CC T-569/11; CC T-1701/00 y CC T-962/04, entre otras).



Dicha garantía no es una mera expectativa, contrario a lo afirmado por el Tribunal a quo, pero tampoco resulta vulnerado, en el caso concreto, el derecho que tienen los integrantes del registro de elegibles para acceder al cargo de Magistrado de tribunal administrativo, pues a la fecha no ha sido conformada la lista de integrantes para reemplazar al Magistrado ARBELÁEZ ARBELÁEZ y además, en razón de las órdenes impartidas en esta sede, se posibilita el relevo generacional derivado del concurso de méritos en el que participaron, descartándose entonces, alguna afectación de los derechos que como integrantes del registro de elegibles les asiste.

4.4. Como quiera que no advirtió la Sala una potencial afectación de los derechos al mínimo vital, salud y vida digna del accionante, se modificará el numeral primero del fallo impugnado, para amparar, exclusivamente, las garantías fundamentales de petición y debido proceso del actor.

En mérito de lo expuesto, **LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL - SALA DE DECISIÓN DE ACCIONES DE TUTELA NO. 3**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,



RESUELVE

MODIFICAR el numeral primero del fallo impugnado, para amparar, exclusivamente, las garantías fundamentales de petición y debido proceso del actor.

REVOCAR el numeral tercero del fallo impugnado, que ordenó al H. Consejo de Estado prorrogar la declaratoria de vacancia en el cargo que actualmente ocupa el accionante, y de contera, **NEGAR** las pretensiones de la demanda por ese aspecto, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

CONFIRMAR en todo lo demás, el fallo impugnado.

ENVIAR copia de esta providencia a todos los intervinientes en el proceso constitucional.

NOTIFICAR esta providencia de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, una vez en firme.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE



JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria

