



Sentencia 2018-01750 de 2019 Consejo de Estado

MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL DEL ACTO DE RETIRO DEL SERVICIO POR EDAD DE RETIRO FORZOSO - Imprudencia / PENSIÓN DE VEJEZ- Requisitos / MINÍMO VITAL-Garantía

El demandante no cumple los requisitos de orden legal previstos para suspender los efectos de los actos acusados, pues, del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud, no puede acreditarse que al demandante le falten semanas de cotización que conlleven al reintegro del señor Montoya Chavarriaga al cargo del que fue retirado por cumplir la edad de retiro forzoso para efectos de garantizar su mínimo vital, pues lo cierto es que según se observó en precedencia, al parecer, sí cumpliría con el tiempo de servicio para acceder a la pensión de vejez. De ahí, que no concurran en la solicitud del actor los requisitos previstos en el CPACA para decretar la medida cautelar de suspensión provisional, toda vez que las pruebas allegadas al expediente no permiten a la Sala concluir que exista una vulneración a las normas superiores invocadas con la expedición del actuación administrativo que adoptó la decisión de retirar al actor por haber alcanzado la edad de retiro forzoso.

FUENTE FORMAL : LEY 1437 DE 2011- ARTÍCULO 231

INGRESO, PERMANENCIA Y RETIRO EN EL EMPLEO PÚBLICO - Regulación legal / EDAD DE RETIRO FORZOSO- Aplicación / MINÍMO VITAL-Garantía

La disposición transcrita [Artículo 1, Ley 1821 de 2016] se aplica a «*las personas que desempeñen funciones públicas*», es decir, en principio a todos los servidores públicos de todas las ramas del poder público, con excepción de «*los funcionarios de elección popular*», y también «*los mencionados en el Artículo 29 del Decreto-ley 2400 de 1968, modificado por el Artículo 1o del Decreto-ley 3074 de 1968*», que alude a quienes prestan al Estado servicios ocasionales como los peritos obligatorios, los jurados de votación, los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra, considerados por la ley como *meros auxiliares de la administración pública*. En suma, la edad de retiro forzoso es una causal de desvinculación del cargo para los empleados públicos de naturaleza objetiva, puesto que se activa con el cumplimiento de los 70 años (antes 65 años), sin que, en principio, puedan ser reintegrados bajo ninguna circunstancia. (...) De manera reciente, en la sentencia T-360 de 2017, la Corte enfatizó en que el retiro por la ocurrencia de esta causal objetiva no puede llevarse a cabo de manera automática sin analizar antes las particularidades de cada caso, en virtud de las implicaciones de dicha decisión al afectar directamente a una persona de la tercera edad, sujetos de especial protección constitucional. Así las cosas, es necesario analizar al momento de su desvinculación si el funcionario no había logrado el reconocimiento de una pensión que garantizara su derecho al mínimo vital y tampoco cuenta con otra fuente de ingresos que le permita satisfacer sus necesidades básicas, entendido de manera amplia, lo cual «*comprende lo correspondiente a la satisfacción de las necesidades básicas de la persona o de su grupo familiar para su subsistencia, como también lo necesario para garantizarle una vida en condiciones dignas*». En este mismo sentido, la Corte ha señalado que se comprueba un atentado grave contra la dignidad humana cuando «*el Estado, pudiéndolo hacer, ha dejado de concurrir a prestar apoyo material mínimo sin el cual la persona indefensa sucumbe ante su propia impotencia*».

FUENTE FORMAL: LEY 909 DE 2004 - ARTÍCULO 23 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA -ARTÍCULO 122 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA -ARTÍCULO 125 / LEY 1960 DE 2019 / LEY 909 DE 2004 - ARTÍCULO 41 / LEY 1821 DE 2016 / LEY 110 DE 2015 / LEY 1821 DE 2016

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá, D.C., veinte (20) de septiembre de dos mil diecinueve (2019).

Radicación número: 05001-23-33-000-2018-01750-01(4134-19)

Actor: LUIS FERNANDO MONTOYA CHAVARRIAGA

Demandado: FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Asunto: Se revoca el auto que decreta la medida cautelar de suspensión provisional de los actos acusados. -

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía General de la Nación¹ contra el auto expedido por el Tribunal Administrativo de Antioquia – Sala Tercera de Oralidad el 10 de abril de 2019², por el cual se decretó la suspensión provisional de los actos administrativos acusados.

Con miras a lograr una mayor comprensión del presente asunto, a continuación la Sala presenta de manera resumida los antecedentes del caso.

I.- LA DEMANDA

El señor Luis Fernando Montoya Chavarriga, a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho³, demandó las siguientes resoluciones:

- 2-1731 del 8 de junio de 2017, por medio de la cual la Fiscalía General de la Nación adoptó la decisión de retiro del demandante del cargo de Fiscal delegado ante jueces del circuito de la Subdirección Seccional de Fiscalías y Seguridad Ciudadana de Antioquia, a partir del 1.º de julio de 2017, por cumplir la edad de retiro forzoso.

- 2-19872 de 28 de junio de 2017, por la cual, en sede de reposición, confirmó en todas sus partes la anterior decisión.

- 2-0526 del 20 de febrero de 2018 expedida por la FGN «*Por la cual se deja sin efectos la Resolución 2-1999 del 30 de junio de 2017*», que en virtud de una orden impartida dentro de una acción de tutela, había suspendido provisionalmente la decisión de retiro del servicio del actor, por cuanto finalmente fue negada por el Tribunal Administrativo de Antioquia en fallo de 12 de junio de 2017 y, en segunda instancia, declarada improcedente por el Consejo de Estado – Sección Cuarta, por medio de sentencia del 8 de noviembre de 2017.

1.2 SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR

El actor solicitó medida cautelar de urgencia, en el sentido de suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos demandados

y, en consecuencia, el reintegro al cargo del que fue retirado hasta tanto se profiera decisión de fondo o se cumpla el requisito de las semanas de cotización para acceder a la pensión de vejez.

Señaló que, con la expedición de los actos administrativos acusados se le desconoció la primacía de sus derechos fundamentales, al encontrarse en situación de debilidad manifiesta en razón a que tiene 71 años y le faltan 64 semanas para para adquirir el derecho a la pensión de vejez, por lo que, debido a su condición de *pre pensionado*, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁴, la FGN debió analizar las condiciones particulares del trabajador; contrario a ello, simplemente lo despidió por teléfono, vulnerándose además el derecho al debido proceso.

Sostuvo que, en el evento en que se niegue la medida se le causaría un perjuicio irremediable, toda vez que su salario es la única fuente de ingresos de su núcleo familiar y, los efectos de la sentencia serían nugatorios, pues, si se tiene en cuenta que el promedio de la edad en Colombia es de 74.18 años, para la fecha en que se decida de fondo el presente asunto, es probable que ya hubiere acaecido la muerte del señor Montoya Chavarriaga.

II.- EL AUTO APELADO.

El *a quo* decretó la suspensión provisional de los actos administrativos demandados, al considerar que de acuerdo con las pruebas aportadas al expediente⁵, se encuentra acreditada la situación particular del demandante, a saber, que al momento de su retiro del servicio -11 de enero de 2018-, contaba con 70 años de edad y laboró a la FGN durante el período comprendido entre julio de 1994 hasta junio de 2017, por un lapso de 24 años ininterrumpidos, equivalente a 1248 semanas, aproximadamente.

El tribunal precisó que si bien el retiro de la entidad por el cumplimiento de los 70 años es legal e inmediato «*sin que pueda ser reintegrado bajo ninguna circunstancia*», en los términos del Artículo 1º de la Ley 1821 de 2016⁶; según expuso la Corte Constitucional en la sentencia T-376/2016, su aplicación no debe hacerse de manera automática, sino que debe consultar las especiales circunstancias del funcionario desvinculado, que para el caso concreto se traduce en las pocas semanas que le faltan para acceder al reconocimiento pensional.

Por lo anterior, el órgano judicial de instancia concluyó que se vulneró el derecho a la seguridad social contenido en el Artículo 48 de la Constitución Política, máxime si se tiene en cuenta la avanzada edad del accionante y la falta de recursos económicos para asumir los costos de sus necesidades básicas, que conllevaría un perjuicio irremediable y haría nugatorios los efectos de la sentencia.

III.- RECURSO DE APELACIÓN.

La FGN interpone recurso de apelación presentando los siguientes argumentos⁷:

Indicó que a partir del 30 de diciembre de 2016, entró en vigencia la Ley 1821 de 2016⁸, por la cual se modificó la edad máxima de retiro forzoso de las personas que desempeñan cargos públicos de 65 a 70 años; disposición que encuentra sustento en la norma superior, pues, la Corte Constitucional ha considerado que esa específica causal tiene como finalidad crear mecanismos que permitan la renovación del personal del sector oficial y ofrecer a todos los ciudadanos las condiciones de equidad e igualdad de oportunidades para el acceso al empleo público, en razón a la intervención del Estado en la economía, a efecto de dar cumplimiento al mandato constitucional de «*dar pleno empleo al recurso humano*», consagrado en el Artículo 334 superior.

Sostiene que, la aludida causal de retiro, se concreta exclusivamente a la llegada de la edad prevista por la ley, independientemente de que el servidor público reúna los requisitos para acceder a la pensión de vejez, frente a lo cual, agregó que, la Corte Constitucional indicó que no puede hacerse de manera generalizada ni indiscriminada, sino que debe efectuarse razonablemente, de acuerdo con las circunstancias particulares relacionadas con el derecho fundamental al mínimo vital, pero en modo alguno puede significar, como lo interpreta el *a quo*, que el funcionario pueda mantenerse indefinidamente en su cargo.

Manifiesta que contrario a lo alegado en el escrito de la solicitud de medida cautelar, el actor no cumple con los requisitos para ser considerado sujeto de protección especial conforme la figura del «*retén social*», razón por la cual, le fue negada la acción de tutela mediante fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 12 de julio de 2017, ya que al efecto es necesario el cumplimiento de dos requisitos a saber: (i) que la persona se encuentre *ad portas* de cumplir con los requisitos para adquirir el estatus de pensionado (menos de 3 años); y (ii) que exista una vulneración o amenaza a derecho fundamental alguno.

Frente a ello, en el fallo de tutela del 12 de julio de 2017, ya citado, se expuso que si bien el accionante cumple con el requisito de la edad, no ocurre lo mismo con respecto al mínimo de semanas cotizadas, ya que de acuerdo con la información obtenida de Colpensiones, al 31 de marzo de 2017 contaba con 1078 y, a la fecha de expedición del fallo, con 1092, es decir, que para alcanzar el mínimo exigido le falta un estimado de 208 semanas, lo cual equivale a más de 3 años, contrario a la afirmación del actor, quien sostuvo en la tutela tener 1204, pero sin elemento de prueba alguno que otorgue veracidad a tal aserto.

IV. OPOSICIÓN AL RECURSO

El demandante insistió en que goza de estabilidad laboral reforzada, por encontrarse a menos de tres años para el reconocimiento de la pensión de vejez, por lo que hasta tanto se consolide su derecho prestacional, debe permanecer en el cargo a fin de salvaguardar sus derechos a la seguridad social, salud y mínimo vital, como lo ha considerado la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁹.

V.- CONSIDERACIONES.

COMPETENCIA.

De conformidad con la Ley 1437 de 2011, Artículos 12510 y 236, esta Sala es competente para decidir el recurso de apelación formulado contra el auto proferido el 10 de abril de 2019, por medio del cual se decretó la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos acusados.

PROBLEMA JURÍDICO.

En el presente caso, de acuerdo con los cargos planteados por la parte demandada, el problema jurídico a resolver consiste en:

Analizar si la condición establecida en el Artículo 1º de la Ley 1821 de 2016¹¹ para el retiro forzoso del cargo de las personas que desempeñen funciones públicas, contempla excepciones que le permitan a la persona continuar en el ejercicio del servicio, a efectos de completar las semanas de cotización para adquirir la pensión de vejez.

Para resolverlo, se analizará: (i) El empleo público: acceso, permanencia y retiro; (ii) El retiro con ocasión de la edad de retiro forzoso; (iii) Excepciones a la causal de retiro forzoso por la edad, desde el punto de vista jurisprudencial; y (iv) El caso concreto.

(I) El empleo público: ingreso, permanencia y retiro.

En la Constitución Política de 1991, el Artículo 122 dispone que no habrá en Colombia «*empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento*» y para proveer aquellos de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta de personal y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Ahora bien, es la Ley 909 de 2004¹² la que define el empleo público, como «*el núcleo básico de la estructura de la función pública objeto de esta*

ley. Por empleo se entiende el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado.»

A partir de la definición expuesta, se observan los elementos del *empleo público*, a saber: (i) Conjunto de funciones, deberes y responsabilidades. Su ejercicio implica una serie determinada de competencias o atribuciones y unas obligaciones que garantizan su adecuado cumplimiento; (ii) Competencia para la asignación de funciones, deberes y responsabilidades, que debe ser establecida por la Constitución, la ley, el reglamento, o asignados por autoridad competente; y (iii) la finalidad del empleo, que consiste en que los cargos públicos solo pueden crearse para satisfacer necesidades permanentes de la administración pública, ya que si se trata de requerimientos transitorios su satisfacción debe hacerse mediante otras instituciones, por ejemplo, de naturaleza privada.

En cuanto al ingreso, el Artículo 125 superior establece lo siguiente:

« **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.[...]» (Se resalta)

De acuerdo con lo anterior, por regla general, el acceso al empleo público es a través de la carrera administrativa mediante procesos de selección, con base en el principio del mérito y, excepcionalmente, a través de nombramiento en los cargos de libre nombramiento y remoción, cuya provisión corresponde, de manera discrecional a la autoridad nominadora; de contrato de trabajo en el caso de los trabajadores oficiales; o mediante el voto popular para un período institucional, aquellos de elección popular.

, así:

«**ARTÍCULO 23.** *Clases de nombramientos. Los nombramientos serán ordinarios, en período de prueba o en ascenso, sin perjuicio de lo que dispongan las normas sobre las carreras especiales.*»

Los empleos de libre nombramiento y remoción serán provistos por nombramiento ordinario, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del empleo y el procedimiento establecido en esta ley.

Los empleos de carrera administrativa se proveerán en período de prueba o en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, según lo establecido en el Título V de esta ley.» (Resaltado fuera del texto original)

La citada normatividad, posteriormente modificada por la Ley 1960 de 2019¹³, establece que la provisión de los empleos públicos puede ser de manera definitiva mediante *procesos de selección abiertos y de ascenso* los cuales adelantará la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad en la que esta delegue o desconcentre la función¹⁴; o transitoria, a través del *encargo*¹⁵, mientras se produce el concurso para proveer los anteriores, por *vacancia temporal*¹⁶, cuando los titulares del empleo en carrera se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de aquellos y, en *comisión*¹⁷, entendida como la oportunidad que se le brinda al funcionario de carrera para que desempeñe hasta por 3 años, cargos de libre nombramiento y remoción por periodos continuos o discontinuos como reconocimiento a una excelente evaluación del desempeño, con un límite de hasta 6 años sumados los periodos.

En lo atinente a la permanencia en virtud de la estabilidad en el empleo como uno de los elementos que consolida la función pública, debe

sujetarse al cumplimiento de determinados principios, en aras de lograr los fines esenciales del Estado¹⁸, tales como: (i) el mérito, que exige la calificación satisfactoria en el desempeño del empleo y el logro de resultados en el ejercicio de la función pública; (ii) el cumplimiento de las normas que regulan la función pública y las asignadas al empleo; (iii) la evaluación desde el punto de vista personal e institucional, según los criterios definidos por la entidad o la autoridad competente; y (iv) la búsqueda de un ambiente de trabajo en equipo y defensa permanente del interés público en cada una de sus actuaciones, así como de la administración pública.

De acuerdo con lo anterior, la evaluación del desempeño determina la permanencia en el servicio, la cual debe realizarse con base en criterios previamente establecidos que permitan fomentar un juicio objetivo sobre su conducta laboral y sus aportes al cumplimiento de metas institucionales. Al efecto, de acuerdo con el Artículo 38 de la Ley 909 de 2004, los instrumentos de evaluación deben diseñarse en función de las metas institucionales.

El resultado de la evaluación será la calificación correspondiente al período anual, que incluye 2 evaluaciones semestrales en dicho lapso, salvo información debidamente soportada de que el desempeño laboral de un empleado es deficiente, evento en que el jefe del organismo se encuentra facultado para ordenar, por escrito, que se le evalúen y califiquen sus servicios en forma inmediata¹⁹.

Con este sistema de ingreso, permanencia y ascenso de los servicios públicos se busca el cumplimiento de varios objetivos:

- La eficiencia y eficacia en el servicio público, seleccionando a funcionarios y empleados por su mérito y su capacidad profesional demostrados mediante concurso público, con lo cual a su vez se logra el ingreso a la carrera administrativa;
- La garantía de la igualdad de oportunidades, para que todo ciudadano pueda acceder al desempeño de cargos y funciones públicas; y
- La protección de los derechos subjetivos consagrados en los Artículos 53 y 125 de la Constitución, pues quien mediante concurso de méritos logra vincularse a uno de los sistemas de carrera es titular de ellos y merece protección por parte del Estado.

Por último, el retiro de los empleos públicos tiene un fundamento constitucional y otro legal. El primero se encuentra en el Artículo 125 de la Constitución Política que establece que el retiro de los empleados de carrera «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». El segundo fundamento se encuentra contenido en el Artículo 41 de la Ley 909 de 2004 establece las causales de retiro del servicio de quienes desempeñan empleos públicos, en los siguientes casos:

«a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;

b) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa;

c) Por razones de buen servicio, para los empleados de carrera administrativa, mediante resolución motivada; (Literal declarado inexecutable mediante Sentencia C-501-05²⁰).

d) Por renuncia regularmente aceptada;

e) Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez (Literal declarado condicionalmente executable);

f) Por invalidez absoluta;

g) *Por edad de retiro forzoso;*

h) *Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario;*

i) *Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo (Literal declarado condicionalmente exequible mediante Sentencia C-501-05²¹);*

j) *Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el Artículo 5o. de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen;*

k) *Por orden o decisión judicial;*

l) *Por supresión del empleo;*

m) *Por muerte;*

n) *Por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes.» (Resaltado fuera del texto original).*

(II) La causal de retiro prevista en el Artículo 1º de la Ley 1821 de 2016.

Con la reforma administrativa de las normas que regulaban a las personas que prestaban sus servicios en la Rama Ejecutiva, se reguló la edad de retiro mediante el Decreto ley 2400 de 1968²², expedido en el ejercicio de facultades extraordinarias conferidas por la Ley 65 de 1967²³, cuyo Artículo 31, previó lo siguiente:

«ARTÍCULO 31.- Todo empleado que cumpla la edad de sesenta y cinco (65) años, será retirado del servicio y no será reintegrado. Los empleados que cesen en el desempeño de sus funciones por razón de edad, se harán acreedores a una pensión por vejez, de acuerdo a lo que sobre el particular establezca el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos. Exceptúense de esta disposición los empleos señalados por el inciso 2 del Artículo 29 de este decreto.»

Contra la anterior disposición se presentó demanda de inconstitucionalidad, al considerar que debido a que no era una causal establecida en el Artículo 125 de la Constitución, el Congreso de la República había excedido su competencia para fijar una edad de retiro forzoso. Al respecto, la Corte Constitucional mediante sentencia C-351 de 1995, declaró exequible la disposición normativa acusada, bajo el siguiente argumento:

«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. Luego no puede ser inconstitucional una especificación que goza de amparo constitucional.»

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. Los cargos públicos no pueden ser desarrollados a perpetuidad, ya que la teoría de la institucionalización del poder público distingue la función del funcionario, de suerte que éste no encarna la

función, sino que la ejerce temporalmente. La función pública es de interés general, y en virtud de ello, la sociedad tiene derecho a que se consagren garantías de eficacia y eficiencia en el desempeño de ciertas funciones. 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. (Se resalta)²⁴.

Con posterioridad, el Congreso de la República planteó la necesidad de reformar la edad de retiro forzoso, a través del Proyecto de Ley 110 de 2015²⁵, con el fin de aprovechar la experiencia y el conocimiento de las personas que llegan a una edad madura, a fin de que el país se beneficiara de su sapiencia; sin embargo, conservaba la libertad de aquellas personas cuyo deseo fuera retirarse del servicio para gozar de su pensión de vejez, e igualmente permitirles a quienes no habían completado el tiempo de cotización al momento de la edad de retiro forzoso completar las 1300 semanas exigidas por la ley. Al respecto, el legislador manifestó lo siguiente:

«En este proyecto de ley se recogen esas iniciativas, por supuesto guardando una consonancia con los Artículos de la constitución correspondientes, el 150 y 158, [...] es necesario aprovechar la experiencia acumulada de tantas personas que a un alto nivel, hoy en día le pueden y le quieren seguir aportando al país con su experiencia y sabiduría, pero también está en la libertad para que el funcionario que quiera retirarse a los 65 años una vez cumplidas las semanas de cotización, lo haga,

[...] además, les da una posibilidad a estas personas que aunque cumplieron los 65 años no han alcanzado a completar las 1300 semanas de cotización, si no las ha completado.»²⁶

Igualmente, en la exposición de motivos²⁷ hace referencia a importantes beneficios económicos de tipo cuantitativos de la reforma, a saber:

«[...] Ciertamente, la propuesta que contiene este proyecto de ley trae consigo un importante beneficio cuantitativo para el sistema pensional, como quiera que disminuye a cero el subsidio estatal a las pensiones de quienes opten por permanecer en sus cargos hasta la edad de 70 años.

En efecto, en el régimen actual de prima media, en el que la pensión se puede obtener desde los 57 o los 62 años (dependiendo del sexo del trabajador) y la obligatoriedad de retirarse del cargo como máximo al cumplir los 65 años, se tiene que, dado el promedio actual de vida de los pensionados, cada funcionario pensionado recibirá por concepto de pensión una cifra que superará en alrededor de mil millones de pesos, lo que cotizó en su vida laboral.

[...]

La propuesta, por lo demás, le apunta a la autonomía de los trabajadores, como quiera que la permanencia en el cargo después de haber completado los requisitos para la pensión de jubilación, y hasta el límite de los 70 años, es voluntaria, pero quien decida continuar en el ejercicio de su cargo, debe seguir cotizando a la seguridad social del mismo modo y en la misma forma que lo venía haciendo con antelación.

Por lo anterior, el presente proyecto de ley, [...] se fundamenta, entre otras, en estas consideraciones:

- Se mantienen los aportes pensionales en los porcentajes que actualmente señala la ley.

- Se mantiene la edad que actualmente se tiene como requisito para acceder a la pensión de jubilación.

- Se mantiene el número de semanas cotizadas para el reconocimiento de la pensión de vejez.

- Se facilita y da la opción voluntaria a todos los servidores públicos, para que una vez cumplidos los requisitos del número de semanas

cotizadas y edad, puedan suspender el beneficio del reconocimiento pensional y continuar laborando por un tiempo máximo de 5 años, bajo la condición de no recibir la mesada pensional y seguir aportando por el periodo adicional de esos mismos 5 años, teniendo la opción de renunciar a este reconocimiento y hacer efectiva su pensión.»

Por lo anterior, el Congreso de la República expidió la Ley 1821 de 2016 «*Por medio de la cual se modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas*», de 65 a 70 años. Así lo consagró el Artículo 1º de la citada ley:

«ARTÍCULO 1o. 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 29 del Decreto-ley 2400 de 1968, modificado por el Artículo 1o del Decreto-ley 3074 de 1968.» (Subrayado fuera del texto original).

La disposición transcrita se aplica a «*las personas que desempeñen funciones públicas*», es decir, en principio a todos los servidores públicos de todas las ramas del poder público, con excepción de «*los funcionarios de elección popular*», y también «*los mencionados en el Artículo 29 del Decreto-ley 2400 de 1968, modificado por el Artículo 1o del Decreto-ley 3074 de 1968*», que alude a quienes prestan al Estado servicios ocasionales como los peritos obligatorios, los jurados de votación, los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra, considerados por la ley como *meros auxiliares de la administración pública*.

En suma, la edad de retiro forzoso es una causal de desvinculación del cargo para los empleados públicos²⁸ de naturaleza objetiva, puesto que se activa con el cumplimiento de los 70 años (antes 65 años), sin que, en principio, puedan ser reintegrados bajo ninguna circunstancia.

(III) Excepciones a la causal de retiro forzoso por la edad desde el punto de vista jurisprudencial

En la aplicación de la regla de la desvinculación por el cumplimiento de la edad de retiro forzoso, la Corte Constitucional ha establecido en sede de tutela una regla según la cual «*la aplicación de las normas que establecen el retiro forzoso como causal de desvinculación debe hacerse de forma razonable, valorando las circunstancias especiales de cada caso, para evitar la vulneración de derechos fundamentales*»²⁹. Por consiguiente, de acuerdo con este criterio del máximo tribunal constitucional, al momento de desvincular a una persona que ha cumplido la edad de retiro forzoso, la entidad debe evaluar si la persona ha logrado garantizar el derecho fundamental al mínimo vital³⁰.

Ahora bien, en sede de constitucionalidad, el mismo órgano de cierre al decidir una demanda contra el Artículo 31 del Decreto-Ley 2277 de 1979³¹, por el cual se establecía el derecho a la permanencia en el servicio del docente oficial mientras que no hubiere sido excluido del escalafón o alcanzare la edad de 65 años para su retiro forzoso, únicamente controvirtiéndose este último inciso, consideró que dicha causal reforzaba la efectividad del principio de igualdad de oportunidades en el acceso a los cargos públicos³² y no atentaba *prima facie* contra el mínimo vital, en tanto el retiro de los empleados se compensaba por el derecho que adquirirían para disfrutar de la pensión de vejez, por lo que declaró la exequibilidad de la expresión acusada mediante la sentencia C-563 de 1997³³.

En esta oportunidad, la Corte consideró la situación de algunas personas que pese a llegar a la edad de retiro forzoso, no habían alcanzado el tiempo de cotización, por lo que enfatizó en la importancia de garantizarles el mínimo vital, según el caso. Lo anterior, fue expresado en los siguientes términos: «*al examinar la aplicación de estas normas en situaciones concretas, la Corte ha podido constatar que el progresivo endurecimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, debido al aumento en la edad y el número de semanas de cotización requeridas, sumado a las dificultades institucionales para dar respuesta oportuna a las solicitudes de reconocimiento pensional, ha llevado a que en no pocos casos las personas alcancen la edad de retiro forzoso y sean separados de sus cargos sin que aún hayan logrado acceder a una pensión que garantice su mínimo vital*».

De manera reciente, en la sentencia T-360 de 2017³⁴, la Corte enfatizó en que el retiro por la ocurrencia de esta causal objetiva no puede llevarse a cabo de manera automática sin analizar antes las particularidades de cada caso, en virtud de las implicaciones de dicha decisión al afectar directamente a una persona de la tercera edad, sujetos de especial protección constitucional.

Así las cosas, es necesario analizar al momento de su desvinculación si el funcionario no había logrado el reconocimiento de una pensión que garantizara su derecho al mínimo vital y tampoco cuenta con otra fuente de ingresos que le permita satisfacer sus necesidades básicas, entendido de manera amplia, lo cual «comprende lo correspondiente a la satisfacción de las necesidades básicas de la persona o de su grupo familiar para su subsistencia, como también lo necesario para garantizarle una vida en condiciones dignas». En este mismo sentido, la Corte ha señalado que se comprueba un atentado grave contra la dignidad humana cuando «el Estado, pudiéndolo hacer, ha dejado de concurrir a prestar apoyo material mínimo sin el cual la persona indefensa sucumbe ante su propia impotencia».

Por lo anterior, el máximo tribunal constitucional concluyó que las condiciones que deben verificarse para no aplicar automáticamente la causal del cumplimiento de la edad de retiro forzoso son las siguientes:

«(i) Que no haya sido reconocida la pensión por mora en el fondo de pensiones, pese a cumplir con los requisitos para recibir la pensión de vejez o jubilación,³⁵ o

(ii) Que le falte un corto período de tiempo para completar el número de semanas de cotización requeridas para acceder al derecho a la pensión de vejez³⁶.

Para efectos de la valoración de la afectación al mínimo vital, el juez deberá tener en cuenta, por lo menos, los siguientes criterios³⁷:

(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 laboral³⁸.»

En consecuencia, solo en el evento en que se cumplan las condiciones anteriormente referidas, es posible ordenar de manera excepcional el reintegro del servidor público al cargo que desempeñaba o a uno equivalente, pese a haber alcanzado la edad de retiro forzoso prevista en la ley.

(IV) EL CASO CONCRETO

En el caso bajo examen, el demandante solicita la medida cautelar de urgencia, al considerar que la FGN desconoció sus derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital, al expedir la decisión administrativa acusada sin tener en cuenta que tiene 71 años y le faltan 64 semanas de cotización para adquirir el derecho a la pensión de vejez.

Al respecto, la Sala precisa que a efectos de decretar la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, el Artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, prevé los siguientes requisitos:

«ARTÍCULO 231. Requisitos para decretar las medidas cautelares. 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, cuando tal violación surja 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. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.». (Negritas y subrayado fuera de texto original).

De acuerdo con la norma trascrita, la medida cautelar negativa de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo procederá siempre y cuando pueda comprobarse la vulneración de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud de la medida, la cual puede surgir: i) de la confrontación del acto administrativo demandado con las normas superiores señaladas como violadas y/o en las que el acto debía fundarse o, ii) del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

En ese sentido, al analizar el *sub judice*, la Sala reitera que, según se expuso en el acápite precedente, la aplicación de la causal de retiro forzoso prevista en la ley, desconoce la norma superior en el evento en que al servidor público no pueda garantizársele el mínimo vital a través del reconocimiento del derecho a la pensión de vejez, por lo que de manera excepcional, debe ordenarse el reintegro al cargo. Por consiguiente, es necesario analizar la situación particular del titular de la decisión administrativa.

Al respecto, el demandante aportó como elementos de prueba para sustentar la medida cautelar, el reporte de las semanas cotizadas a Colpensiones³⁹, en el que se establece como total de las semanas cotizadas: 1.146,71, correspondiente a aportes efectuados por Siderúrgica de Medellín por el período laborado entre el 23 de julio al 20 de septiembre de 1974 y, por la Fiscalía General de la Nación a partir del 1º de enero de 1995 al 31 de agosto de 2019.

En el mismo documento, la entidad previsional discriminó los tiempos no cotizados a Colpensiones así:

| Nombre o razón social del empleador | Período | Semanas |
|--|---------------------|---------|
| | 01/04/99 - 30/05/00 | 60.00 |
| Fiscalía General de la Nación - Seccional Medellín | 01/06/00 - 28/02/01 | 38.57 |
| | 01/03/01 - 30/09/02 | 81.43 |
| | 01/10/02 - 30/07/08 | 300.00 |

De igual forma, obra en el cuaderno de medidas cautelares el Oficio 20170380016051 de 17 de julio de 2017⁴⁰, expedido por la Sección de Talento Humano de la FGN, en virtud de la petición elevada a su empleador el 14 de julio de 2017, por el cual certificó lo siguiente:

«[...] De la manera más atenta, y evaluando su petición presentada con fecha 14/07/17, relacionada con certificar los periodos cotizados por la Fiscalía General de la Nación - Antioquia y Medellín, durante los ciclos comprendidos entre 25/10/1994 al 30/06/2017.

Al respecto, a continuación nos permitimos adjuntar los siguientes documentos generados a través del aplicativo SISTEMA ADMINISTRATIVO Y FINANCIERO (SIAF) dispuesto por la Entidad, así:

1- Constancia de pagos y descuentos aplicados durante el período comprendido entre julio 1994 hasta junio 2017, desempeñando el cargo de Fiscal delegado ante los jueces municipales y promiscuos adscrito a la Fiscalía General de la Nación - para Antioquia y Medellín, y actualmente, Fiscal delegado ante los jueces del circuito, así:

| Año aportes | Administradora de Fondo de Pensiones | Cantidad semanas (Aproximado) | Observación |
|-------------|--------------------------------------|-------------------------------|-----------------|
| 1994 | Instituto Seguro Social | 26 | |
| 1995 | Instituto Seguro Social | 52 | |
| 1996 | Instituto Seguro Social | 52 | |
| 1997 | Instituto Seguro Social | 52 | |
| 1998 | Instituto Seguro Social | 52 | |
| 1999 | Instituto Seguro Social | 12 | Marzo 1999 |
| 1999 | Porvenir pensión | 40 | |
| 2000 | Porvenir pensión | 20 | Mayo 2000 |
| 2000 | Colpatria pensiones | 32 | |
| 2001 | Colpatria pensiones | 8 | Febrero 2001 |
| 2001 | Porvenir pensión | 44 | |
| 2002 | Porvenir pensión | 36 | Septiembre 2002 |
| 2002 | Horizonte pensión | 16 | |

| | | | |
|------|-------------------------|----|----------------|
| 2003 | Horizonte pensión | 52 | |
| 2004 | Horizonte pensión | 52 | |
| 2005 | Horizonte pensión | 52 | |
| 2006 | Horizonte pensión | 52 | |
| 2007 | Horizonte pensión | 52 | |
| 2008 | Horizonte pensión | 32 | Julio 2008 |
| 2008 | Instituto Seguro Social | 20 | |
| 2009 | Instituto Seguro Social | 52 | |
| 2010 | Instituto Seguro Social | 52 | |
| 2011 | Instituto Seguro Social | 52 | |
| 2012 | Instituto Seguro Social | 48 | Noviembre 2012 |
| 2012 | Colpensiones | 4 | |
| 2013 | Colpensiones | 52 | |
| 2014 | Colpensiones | 52 | |
| 2015 | Colpensiones | 52 | |
| 2016 | Colpensiones | 52 | |
| 2017 | Colpensiones | 26 | |

NOTA: Se evidencia pago aportes a las Administradoras de Fondo de Pensiones de Régimen de Prima Media y Ahorro Individual, por espacio de 24 años interrumpidos que equivalen a 1248 semanas, aproximadamente.» (Resaltado fuera del texto original).

De acuerdo con lo anterior, se observa que algunos de los períodos en los que no se efectuaron aportes a Colpensiones, corresponden a aquellos en los que se encontraba afiliado a las Administradoras de Fondos de Pensiones Porvenir, Colpatria pensiones y Horizonte, según la Sala resume a continuación:

| Períodos no cotizados a Colpensiones | AFP a la que cotizó | Semanas reportadas por la FGN |
|--------------------------------------|---------------------|-------------------------------|
| 01/04/99 - 30/05/00 | Porvenir | 60 |
| 01/06/00 - 28/02/01 | Colpatria pensiones | 40 |
| 01/03/01 - 30/09/02 | Porvenir | 80 |
| 01/10/02 - 30/07/08 | Horizonte | 308 |
| TOTAL SEMANAS COTIZADAS A AFP | | 488 |

A partir de la valoración de las pruebas aportadas por el demandante, la Sala concluye que de la sumatoria de las semanas cotizadas a Colpensiones -1.146, y aquellas cuyos aportes fueron efectuados a las AFP señaladas, esto es, 488, arroja un resultado de 1634 semanas cotizadas, de manera que no corresponde al supuesto fáctico alegado por el demandante para solicitar la medida cautelar, esto es, que le faltan 64 semanas para adquirir el derecho a la pensión de vejez.

En tal sentido, se concluye que el demandante no cumple los requisitos de orden legal previstos para suspender los efectos de los actos acusados, pues, del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud, no puede acreditarse que al demandante le falten semanas de cotización que conlleven al reintegro del señor Montoya Chavarriaga al cargo del que fue retirado por cumplir la edad de retiro forzoso para efectos de garantizar su mínimo vital, pues lo cierto es que según se observó en precedencia, al parecer, sí cumpliría con el tiempo de servicio para acceder a la pensión de vejez.

De ahí, que no concurren en la solicitud del actor los requisitos previstos en el CPACA para decretar la medida cautelar de suspensión provisional, toda vez que las pruebas allegadas al expediente no permiten a la Sala concluir que exista una vulneración a las normas superiores invocadas con la expedición del actuación administrativo que adoptó la decisión de retirar al actor por haber alcanzado la edad de retiro forzoso.

Por lo expuesto, la Subsección revocará el auto proferido el 10 de abril de 2019 por el Tribunal Administrativo de Antioquia - Sala Tercera de Oralidad, por el cual se decretó la medida cautelar formulada por la parte demandante, consistente en la suspensión provisional de los actos administrativos demandados, y en su lugar, la negará, por las razones expuestas en precedencia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de su Sección Segunda, Subsección B

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR el auto proferido el 10 de abril de 2019 por el Tribunal Administrativo de Antioquia – Sala Tercera de Oralidad, por el cual se decretó la medida cautelar formulada por la parte demandante, consistente en la suspensión provisional de los actos administrativos demandados. En su lugar, dispóngase lo siguiente:

SEGUNDO.- NEGAR la solicitud de medida cautelar presentada por la parte accionante.

TERCERO.- Por Secretaría de la Sección Segunda, devolver el expediente de manera inmediata al Tribunal de origen.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la Sesión de la fecha.

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CARMELO PERDOMO CUÉTER

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1. En adelante FGN.
2. Magistrado Ponente: Andrew Julián Martínez Martínez.
3. Consagrado en el Artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – Ley 1437 de 2011.
4. Al respecto, citó la sentencia T-357 de 2016.
5. El *a quo* citó como pruebas, la fotocopia de la cédula, a partir de la cual concluyó que el actor nació el 24 de enero de 1947 y la constancia de aportes pensionales efectuados por la FGN durante la relación laboral.
6. «Por medio de la cual se modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas.

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.

[...]»

7. Folios 26 - 42.

8. *Ibíd*em 6.

9. Folios 62 y 63.

10. «Artículo 125. de la expedición de providencias. Será competencia del juez o Magistrado Ponente dictar los autos interlocutorios y de trámite; sin embargo, en el caso de los jueces colegiados, las decisiones a que se refieren los numerales 1, 2, 3 y 4 del Artículo 243 de este Código serán de la sala, excepto en los procesos de única instancia. Corresponderá a los jueces, las salas, secciones y subsecciones de decisión dictar las sentencias.»

11. « Por medio de la cual se modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones pública»

12. « Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.»

13. «Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto-ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones»

14. Artículo 29 de la Ley 909 de 2004 modificado por el Artículo 2 de la Ley 1960 de 2019.

15. Artículo 24 de la Ley 909 de 2004 modificado por el Artículo 1 de la Ley 1960 de 2019.

16. Artículo 25 de la Ley 909 de 2004

17. Artículo 26 *ibíd*em.

18. Artículo 37 Ley 909 de 2004.

19. Artículo 38 *ibíd*em.

20. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

21. « [...] en el entendido de que no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente.» M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

22. «Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones.»

23. «por la cual se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias para modificar la remuneración y régimen de prestaciones de las Fuerzas Militares, se provee al fortalecimiento de la administración fiscal, se dictan otras disposiciones relacionadas con el mejor aprovechamiento de las partidas presupuestales destinadas a gastos de funcionamiento y se crea una nueva Comisión Constitucional Permanente en las Cámaras Legislativas.»

24. Corte Constitucional. Sentencia C-351 de 1995.

25. «Por medio del cual se modifica la edad máxima de retiro de las personas que desempeñan funciones públicas.»

26. Gaceta 622 del 12 de agosto de 2016 del Congreso de la República.

27. Gaceta del Congreso. 702 del 14 de septiembre de 2015.

28. El Artículo 1 de la Ley 909 de 2004 define los empleos públicos, así: « Quienes prestan servicios personales remunerados, con vinculación legal y reglamentaria, en los organismos y entidades de la administración pública, conforman la función pública. En desarrollo de sus funciones y en el cumplimiento de sus diferentes cometidos, la función pública asegurará la atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad. De acuerdo con lo previsto en la Constitución Política y la ley, hacen parte de la función pública los siguientes empleos públicos:

a) Empleos públicos de carrera;

b) Empleos públicos de libre nombramiento y remoción;

c) Empleos de período fijo;

d) Empleos temporales».

29. Sentencias T-294 de 2013, T-905 de 2013, T-682 de 2014 y T-643 de 2015.

30. En la Sentencia T-905 de 2013 se declaró improcedente la acción de tutela interpuesta por una persona con 66 años de edad que estuvo vinculada a la Procuraduría General de la Nación y que fue declarado insubsistente sin que hubiera cumplido los requisitos para pensionarse. En esa oportunidad, la Corte afirmó que “la aplicación de las normas que establecen el retiro forzoso como causal de desvinculación debe hacerse de forma razonable, valorando las circunstancias especiales de cada caso, para evitar la vulneración de derechos fundamentales

31. « Por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente

[...]

Artículo 31. PERMANENCIA. El educador tiene derecho a permanecer en el servicio mientras no haya sido excluido del escalafón o no haya alcanzado la edad de sesenta y cinco (65) años para su retiro forzoso.» (Se demandó la parte subrayada).

32. Artículos 13 y 40.7 de la Constitución Política.

33. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

34. M.P. Alejandro Linares Cantillo

35. Sentencia T-643 de 2015.

36. *Ibíd.*

37. Estos criterios son utilizados en las sentencias T-643 de 2015, T-905 de 2013, T-708 de 2011, T-660 de 2011 y T-294 de 2013.

38. La Corte ha sostenido frente a estos casos que “el examen que le compete al juez de tutela es el de verificar las condiciones de afectación del mínimo vital, a partir de criterios entrelazados con los ingresos, rentas, deudas y gastos, así como la expectativa de obtener un empleo según el tipo de profesión, las condiciones psicofísicas que se puedan convertir en barreras de acceso y la vocación de permanencia que existía en la labor a su cargo” (Corte Constitucional. Sentencia T-643 de 2015).

39. Folios 69 – 74 del cuaderno de medidas cautelares.

40. Folios 93 a 95 del mismo cuaderno.

Fecha y hora de creación: 2024-11-07 16:47:44