



Demandante: Javier Arturo Enríquez Arellano
Demandado: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Mocoa
Radicado: 11001-03-15-000-2022-04159-01

ACCIÓN DE TUTELA / DESVINCULACIÓN DEL PROCESO / TERCERO PROCESAL / INEXISTENCIA DE LA FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA

[¿Es procedente acceder a la solicitud de desvinculación propuesta por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir, en tanto que manifestó carecer de legitimación en la causa por pasiva, al no ser la autoridad que vulneró los derechos fundamentales de la parte actora?]

[Observa la Sala que,] [I]a Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A solicitó que se le desvinculara del presente trámite por considerar que carece de legitimación en la causa por pasiva, pues los reproches de la parte actora se dirigen contra la autoridad judicial que expidió los actos administrativos que dispusieron su retiro del cargo de juez promiscuo municipal de Santiago (Putumayo). La Sala despachará desfavorablemente esta solicitud de desvinculación toda vez que tal entidad no fue vinculada como accionada, sino como tercero interesado en el resultado del proceso por conformar el extremo demandado al interior del proceso de ineficacia de la afiliación y nulidad de traslado, del régimen de prima media con prestación definida (RPM), al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), promovido.

IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO / INCUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD EN LA ACCIÓN DE TUTELA / ACTO ADMINISTRATIVO DE RETIRO / CAUSALES DE RETIRO DEL SERVIDOR PÚBLICO / EDAD DE RETIRO FORZOSO / FUNCIONARIO JUDICIAL / EXISTENCIA DE OTRO MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / PROCEDENCIA DE LA MEDIDA CAUTELAR / AUSENCIA DEL PERJUICIO IRREMEDIABLE

¿Se superan en el caso concreto los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela, particularmente el de subsidiariedad, habida cuenta de que con el mecanismo constitucional se censuran unos actos administrativos proferidos por la autoridad accionada?

[Observa la Sala] que la presunta vulneración de los derechos fundamentales invocados parte de la premisa de discutir la presunción de validez y legalidad de un acto administrativo debidamente ejecutoriado que dispuso la separación del actor de su cargo por haber alcanzado la edad de retiro forzoso, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1º de la Ley 1821 de 2016, decisión que fue confirmada en su integridad. Con tal precisión, la Sala coincide con el a quo en el sentido de considerar que la petición de amparo deviene en improcedente en la medida en que para el propósito en comento, esto es, discutir la presunción y validez de los actos censurados, la parte debe hacer uso del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, en el que podrá solicitar el decreto de la medida cautelar de suspensión provisional de la decisión controvertida,



Demandante: Javier Arturo Enríquez Arellano
Demandado: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Mocoa
Radicado: 11001-03-15-000-2022-04159-01

tal como lo prevé el artículo 231 ibídem. No obstante, debe tenerse en cuenta que el actor manifestó que en su situación en concreto se presenta un perjuicio irremediable que, de manera excepcional, habilita la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio de protección. Al efecto, el demandante enfatizó en que no tiene otra fuente de ingresos distinta al salario que devengaba como juez. Asimismo, que cuenta con obligaciones crediticias que le resulta imposible sufragar ante la imposibilidad de seguir percibiendo su remuneración como juez. Sin embargo, la Sala coincide en el análisis que realizó el a quo constitucional respecto de las obligaciones financieras traídas a colación por el actor en el sentido que las mismas no cuentan con la fuerza probatoria suficiente para advertir que, en efecto, nos encontramos ante la configuración de un perjuicio irremediable. En ese sentido, tal y como advirtió el juez constitucional de primera instancia, el análisis de los créditos, tarjetas de crédito y demás productos informados por el actor no dan cuenta de una amenaza inminente para su subsistencia del actor. Lo anterior, se suma al hecho que el accionante fungió como juez de la República por más de 25 años y, en tal condición, resulta evidente que devengó prestaciones que le permitieran asegurar, cuando menos, ciertas contingencias que, en todo caso, obedecen a su propia negligencia en la demora en iniciar los trámites para acceder a una pensión una vez llegara la edad de retiro forzoso. Al margen de lo anterior, debe ponerse de presente que, en todo caso, el actor tampoco cumple con los requisitos que permiten flexibilizar la aplicación de la regla del retiro forzoso. (...) A manera de cierre, debe ponerse de presente que la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado ha establecido que la causal de retiro por edad tiene sustento constitucional y procede aún de oficio por la autoridad nominadora, así no se haya reconocido la pensión de jubilación, según lo establecido en el artículo 130 del Decreto 1660 de 1978, tratándose de funcionarios y empleados de la Rama Judicial y del Ministerio Público. (...) Por consiguiente, es claro que el mecanismo de amparo no supera el requisito de subsidiariedad ante la consagración en el ordenamiento jurídico de otro instrumento idóneo para cuestionar la legalidad los administrativos ya referidos, aunado al hecho de que no se demostró la configuración de un perjuicio irremediable el cual, en todo caso, puede ser sustento de una medida cautelar dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto de retiro cuestionado a través de esta acción.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 138 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 231 / LEY 1821 DE 2016 – ARTÍCULO 1 / DECRETO 1660 DE 1978 – ARTÍCULO 130

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

MAGISTRADO PONENTE: PEDRO PABLO VANEGAS GIL

Bogotá D.C., diecisiete (17) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
Radicado: 11001-03-15-000-2022-04159-01



Demandante: Javier Arturo Enríquez Arellano
Demandado: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Mocoa
Radicado: 11001-03-15-000-2022-04159-01

Demandante: JAVIER ARTURO ENRÍQUEZ ARELLANO
Demandado: TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MOCOA

Temas: Tutela de fondo – acto administrativo de desvinculación por cumplimiento de la edad de retiro forzoso.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

OBJETO DE LA DECISIÓN

La Sala decide la impugnación presentada por la parte actora contra el fallo del 23 de septiembre de 2022, a través del cual el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A declaró la improcedencia del mecanismo constitucional de la referencia por no superar el requisito general de la subsidiariedad.

I. ANTECEDENTES

1.1. Solicitud de amparo

1. El señor Javier Arturo Enríquez Arellano, actuando mediante apoderado judicial, interpuso acción de tutela contra el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Mocoa¹. Con el mecanismo de amparo, pretende obtener la salvaguarda de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la dignidad humana, a la seguridad social y a la vida.

2. En criterio del accionante, las referidas garantías constitucionales resultaron quebrantadas por parte de la autoridad judicial accionada con ocasión de la expedición de las Resoluciones 100 y 137 de 2022, mediante las cuales fue desvinculado del cargo de juez promiscuo municipal de Santiago (Putumayo).

1.2 Pretensiones

3. El accionante solicitó al juez constitucional lo siguiente:

PRIMERO: Tutelar los derechos fundamentales de mi prohijado, Abogado JAVIER ARTURO ENRIQUEZ ARELLANO, persona mayor, identificado con la c.c. No. 12.959.488, correo electrónico javieritoenriquez@gmail.com, celular 3106160674, dirección física: Domicilio principal en la ciudad de San Juan de Pasto, carrera 40 N. 16- 30, edificio Campos de Castilla Apartamento 302, al mínimo vital, la vida digna, la vida en conexidad, el derecho a la seguridad social.

¹ Mediante escrito radicado el 1° de agosto de 2022.



Demandante: Javier Arturo Enríquez Arellano
Demandado: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Mocoa
Radicado: 11001-03-15-000-2022-04159-01

SEGUNDO: Revocar en su integridad las Resoluciones: No. 137 de 30 de junio de 2022; Resolución No. 100 del 23 de mayo de 2022”, por la violación flagrante de los derechos fundamentales, garantías constitucionales que amparan a mi prohijado, al mínimo vital, la dignidad humana y los derechos de la Seguridad social, todos en conexión con la vida.

TERCERO: Ordenar el reintegro de mi mandante, al cargo de juez promiscuo municipal de Santiago – Putumayo, hasta que el Juzgado Primero Laboral de Circuito de Pasto, profiera la sentencia a que haya lugar, surtida la Consulta y/o lo recursos de ley que enarboles las partes en litigio y quede en firme la decisión para radicar solicitud de reconocimiento y pago de la Pensión de vejez a que tiene derecho mi poderdante ante el Fondo de Pensiones que corresponda, conforme a lo previsto en el artículo 33 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la ley 797 de 2003, inciso tercero del literal e) del párrafo 1°.

1.3. Hechos

A continuación, se presentan los supuestos fácticos relevantes para la decisión que se adoptará en la presente sentencia:

4. El accionante se desempeñó como juez de la República desde el año 1997 al 2022 en el Municipio de Santiago (Putumayo).
5. El 16 de mayo de 2022 la Coordinación de Talento Humano de la Dirección Ejecutiva Seccional de la Administración Judicial de Pasto y Mocoa informó al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Mocoa que el accionante cumplió la edad de retiro forzoso el día 2 de marzo del mismo año.
6. En razón de lo anterior, la Corporación judicial requirió al accionante y a la referida Coordinación para que informara lo relacionado con los trámites de reconocimiento de la pensión del señor Enríquez Arellano.
7. El 17 de mayo de 2022, el actor manifestó al tribunal que en el año 2021 promovió demanda laboral de ineficacia de afiliación y nulidad de traslado pensional del fondo privado al fondo público. Indicó que dicho proceso cursaba ante el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto con radicado N.º 52001310500120210006100.
8. El 23 de mayo de 2022, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Mocoa expidió la Resolución N.º 100 mediante la cual dispuso la separación del cargo del accionante por haber llegado a la edad de retiro forzoso.
9. El tutelante interpuso recurso de reposición contra la anterior decisión con el propósito de que la mentada Resolución fuera revocada hasta tanto se resolviera en sede judicial la demanda laboral de ineficacia de afiliación al régimen de ahorro



Demandante: Javier Arturo Enríquez Arellano
Demandado: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Mocoa
Radicado: 11001-03-15-000-2022-04159-01

individual con solidaridad (RAIS) y se ordenara su traslado al régimen de prima media con prestación definida a fin de que se le incluyera en nómina de pensionados por vejez.

10. Pese a lo anterior, por medio de la Resolución N.º 137 del 30 de junio de 2022, el tribunal confirmó la decisión recurrida.

1.4. Fundamentos de la vulneración

11. La parte actora expuso que si bien la separación del cargo de un servidor público por retiro forzoso se da al cumplir 70 años, lo cierto es que en su caso no puede procederse en tal sentido comoquiera que no le ha sido reconocida pensión de jubilación.

12. El accionante precisó que no tiene otro ingreso económico distinto a su salario y al no ostentar pensión, su desvinculación afecta su situación financiera y, por tanto, el cumplimiento de las obligaciones crediticias y familiares adquiridas.

13. Para el efecto, se refirió a las obligaciones bancarias contraídas con el banco Davivienda: i) leasing habitacional No. 6010106600230742 ii) leasing habitacional No. 6010106800269177.

14. Aseveró que su separación del cargo de juez atenta contra sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la dignidad humana y a la vida, toda vez que no tiene otro ingreso económico.

15. Puso de presente que informó a sus superiores que en el año 2021 entabló demanda ordinaria laboral, de conocimiento del Juzgado Primero Laboral del Circuito de la ciudad de Pasto, Nariño, por ineficacia de la afiliación y nulidad de traslado del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

16. Con respecto a lo anterior, expuso que el proceso se encuentra en etapa probatoria, con posibilidad de que se profiriera sentencia en audiencia que, según informó, estaba programada para el 14 de septiembre de 2022.

17. Mencionó que de conformidad con la jurisprudencia constitucional y del Consejo de Estado el retiro de funcionarios por cumplimiento de la edad de retiro forzoso no es automática, sino que debe analizarse cada caso de manera individual y especial.

18. En ese sentido, esgrimió que al momento de desvincular a una persona que ha cumplido la edad de retiro forzoso, se debe evaluar si la misma ha logrado garantizar



Demandante: Javier Arturo Enríquez Arellano
Demandado: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Mocoa
Radicado: 11001-03-15-000-2022-04159-01

el derecho fundamental al mínimo vital, por ejemplo a partir de un reconocimiento pensional, situación que no se acreditaba en su caso particular.

19. Así, fue enfático en cuestionar la legalidad de los actos administrativos mediante los cuales se dispuso su retiro como juez municipal de Santiago (Putumayo), y aseveró, que con lo resuelto por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Mocoa se afectaban ostensiblemente sus derechos fundamentales.

1.5. Actuaciones relevantes

1.5.1. Admisión de la acción de tutela

20. Mediante auto del 5 de agosto de 2022, la magistrada ponente de la Sección Tercera, Subsección A del Consejo de Estado admitió la solicitud de amparo y ordenó notificar al demandante y al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Mocoa, en calidad de autoridad accionada.

21. A su vez, negó la medida provisional solicitada por el actor consistente en que se ordenara el reintegro al cargo de juez promiscuo del municipio de Santiago de Putumayo hasta que el fondo de pensiones reconociera su derecho y sea incluido en nómina.

22. Asimismo, por tener interés en el resultado del mecanismo constitucional promovido, dispuso vincular a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado de conformidad y para los efectos establecidos en el artículo 610 del Código General del Proceso.

23. Luego, en providencia del 26 de agosto de 2022, se ordenó vincular en calidad de terceros con interés a la Administradora de Fondo de Pensiones Porvenir S.A. y al Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto.

1.5.2. Intervenciones

Realizadas las notificaciones ordenadas, se presentaron los siguientes informes:

1.5.2.1. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Mocoa

24. Esta autoridad judicial, luego de hacer un recuento de las actuaciones administrativas más relevantes en torno a la situación del actor, expuso que el acto mediante el cual se dispuso su desvinculación no se trató de una decisión arbitraria.



Demandante: Javier Arturo Enríquez Arellano
Demandado: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Mocoa
Radicado: 11001-03-15-000-2022-04159-01

25. Por el contrario, precisó que la decisión de retiro fue compatible al ordenamiento jurídico en la medida en que se fundamentó en el cumplimiento de la edad de retiro forzoso de conformidad con lo establecido en el artículo 1 de la Ley 1821 de 2016² y la jurisprudencia en la materia del Consejo de Estado.

26. Esgrimió que resultaba claro que los ingresos percibidos por el tutelante derivados de su labor como juez de la República por más de 25 años implicaba que no resultara aplicable a su situación en particular la jurisprudencia referida por el mismo, pues en tales pronunciamientos se accedió a las pretensiones de personas que, verdaderamente, tenían exiguos ingresos.

27. Así, manifestó que no era de recibo que el actor pretendiera evidenciar condiciones difíciles, cuando la labor que desempeñó en la Rama Judicial y por dicho tiempo, desvirtuaba en sí misma la posible existencia de una situación precaria como la que se narra.

28. Añadió que en atención a que el demandante ostentó la condición de juez resultaba apenas lógico que supiera los requisitos para acceder a la pensión, prestación cuyo reconocimiento pudo haber tramitado desde que cumplió 62 años de edad. No obstante, esperó hasta el año inmediatamente anterior para promover la demanda en procura de lograr el cambio de fondo y régimen de pensiones.

29. Por lo expuesto, solicitó que se negaran las pretensiones invocadas mediante la presente acción de tutela en la medida en que no se había incurrido en la vulneración de derecho fundamental alguno.

1.5.2.2. Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A

30. Señaló carecer de legitimación en la causa por pasiva, pues la trasgresión invocada por el tutelante de sus derechos fundamentales no tiene que ver con una actuación atribuible a dicho fondo de pensión.

31. Sin embargo, puso de presente que el tutelante no ha presentado o solicitado el trámite pensional, ni tampoco ha allegado documentos que acrediten cumplir con los requisitos de pensión.

² **ARTÍCULO 1°.** (Corregido por el Decreto 321 de 2017, art. 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.



Demandante: Javier Arturo Enríquez Arellano
Demandado: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Mocoa
Radicado: 11001-03-15-000-2022-04159-01

1.5.2.3. Juzgado Primero Laboral del Circuito Judicial de Pasto

32. Esta autoridad judicial informó que el proceso laboral iniciado por el actor con el propósito de que se declare la nulidad del traslado de régimen pensional se encuentra suspendido conforme a lo dispuesto en la providencia del 31 de agosto de 2022. Puso de presente que dicho trámite se reanuda cuando se notifique en debida forma a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y, posteriormente, se correrá el respectivo traslado.

33. Además, comunicó que la audiencia que define el fondo del asunto quedaría fijada para febrero o marzo del año 2023.

1.5.2.4. La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, pese a ser notificada en debida forma, guardó silencio.

1.5.3. Sentencia de primera instancia

34. La Sección Tercera, Subsección A del Consejo de Estado, mediante sentencia del 23 de septiembre de 2022, declaró improcedente la solicitud de amparo por incumplimiento del requisito de subsidiariedad. Para fundamentar esta decisión se explicó que el accionante tiene a su disposición otro mecanismo judicial de defensa para controvertir los actos administrativos reprochados, específicamente el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

35. Sin embargo, precisó que la Corte Constitucional ha aceptado la posibilidad de flexibilizar la aplicación de la desvinculación por cumplimiento de la edad de retiro forzoso, con la finalidad de evaluar, previamente, si la persona ha logrado garantizar o no su mínimo vital.

36. En este sentido, el juez constitucional de primera instancia se propuso determinar si en el caso del accionante se cumplen las exigencias establecidas por la

Corte Constitucional, para no aplicar automáticamente la regla del retiro forzoso por ostentar la edad de 70 años.

37. De dicho análisis, arribó a la conclusión de que el tutelante, pese a cumplir los requisitos para acceder a la pensión de vejez, se abstuvo de tramitar la misma ante el Fondo de Pensiones al cual se encuentra afiliado, a pesar de que conocía dos situaciones fundamentales: i) cuándo cumplía los requisitos para acceder a tal prestación y ii) que en 2022 cumpliría la edad de retiro forzoso.

38. Indicó que no era de recibo que el actor pretendiera que la demanda laboral que entabló apenas un año antes de cumplir la edad de retiro forzoso, sirviera de



Demandante: Javier Arturo Enríquez Arellano
Demandado: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Mocoa
Radicado: 11001-03-15-000-2022-04159-01

excusa válida para continuar desempeñando indefinidamente el cargo de juez promiscuo municipal de Santiago (Putumayo). Ello en la medida en que en reiterada jurisprudencia, la Corte Constitucional ha mencionado que los cargos públicos no pueden ser desempeñados a perpetuidad.

39. Para el *a quo*, en el presente asunto no se cumplen los parámetros establecidos por la Corte Constitucional para flexibilizar el requisito de subsidiariedad e inaplicar la causal de retiro forzoso. Esto, habida cuenta de que no hubo mora en el trámite para el reconocimiento de la pensión, por parte de la autoridad competente comoquiera que el demandante ni siquiera ha adelantado dicha gestión. Además, ya quedó claro que no le faltan semanas para acceder a la pensión, pues tiene más de 1.400 cotizadas.

40. Finalmente, señaló que, en el caso concreto, no se configura el perjuicio irremediable invocado por el actor con ocasión de las obligaciones financieras adquiridas pues de su análisis no se evidencia una amenaza real para derecho a su mínimo vital.

1.5.4. Impugnación

41. El actor indicó que el fallo proferido en primera instancia representaba un trato discriminatorio en su contra, pese a ser un colombiano que entregó más de la mitad de su vida a la administración de justicia en su condición de juez de un municipio lejano de la geografía nacional “olvidado por el Estado”.

42. Manifestó que por la desvinculación de su empleo, entendido como su único medio de subsistencia, se siente abandonado, afectado en su salud física y mental, así como vulnerado en su vida digna.

43. Aseveró que la providencia objeto de impugnación tenía un corte eminentemente positivista, en contravía del derecho viviente y que desconoce sus peticiones primigenias en torno a que se acceda a su reintegro teniendo en cuenta que fue injustamente separado de su cargo.

44. Señaló que, contrario a lo señalado por el *a quo*, en el presente asunto resultaba claro que el acto administrativo sí podía ser censurado vía tutela como medio preferente para evitar el desconocimiento de manera flagrante de sus derechos fundamentales a la dignidad, a la seguridad social y al salario vital.

45. Esgrimió que no era cierto que hubiese actuado de manera intencional, como se aseguró en la sentencia de primer grado, con el propósito de “atornillarse” al cargo de manera perpetua y vitalicia.



Demandante: Javier Arturo Enríquez Arellano
Demandado: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Mocoa
Radicado: 11001-03-15-000-2022-04159-01

46. Puso de presente que impetró la demanda laboral en el año 2021, esto es, a los 69 años, esperando que un largo año antes de cumplir la edad de retiro forzoso, sería más que suficiente para que se ordenara su traslado al fondo público, y así recibir la tan anhelada pensión de vejez a la que tiene derecho.

47. Asimismo, indicó que el mecanismo constitucional promovido cumple con el requisito de subsidiaridad, pues no cuenta con otro medio de defensa judicial en la medida en que se trata de un mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio irremediable, el cual se encuentra acreditado comoquiera que no dispone de medios económicos para la subsistencia digna pues “por más de 25 años desvinculado del ejercicio profesional independiente, fungió como servidor público”.

48. A lo anterior, añadió que su salario como juez fue su único ingreso por más de 25 años, del cual dependió su núcleo familiar. Asimismo, precisó que se evidenciaron deudas adquiridas imposibles de cumplir en el pago teniendo en cuenta su falta de salario.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Competencia

49. La Sala es competente para conocer de la impugnación presentada por la parte accionante contra la sentencia de primera instancia proferida el 23 de septiembre de 2022 por la Sección Tercera, Subsección A de esta Corporación. Lo anterior de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política, 37 del Decreto Ley 2591 de 1991, en el Decreto 1069 de 2015, modificado por el Decreto 333 de 2021, así como en el artículo 13 del Acuerdo 80 de 2019 de la Sala Plena de esta Corporación.

2.2. Cuestión previa – solicitud de desvinculación

50. La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A solicitó que se le desvinculara del presente trámite por considerar que carece de legitimación en la causa por pasiva, pues los reproches de la parte actora se dirigen contra la autoridad judicial que expidió los actos administrativos que dispusieron su retiro del cargo de juez promiscuo municipal de Santiago (Putumayo).

51. La Sala despachará desfavorablemente esta solicitud de desvinculación toda vez que tal entidad no fue vinculada como accionada, sino como tercero interesado en el resultado del proceso por conformar el extremo demandado al interior del proceso de ineficacia de la afiliación y nulidad de traslado, del régimen de prima media con prestación definida (RPM), al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), promovido.



Demandante: Javier Arturo Enríquez Arellano
Demandado: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Mocoa
Radicado: 11001-03-15-000-2022-04159-01

2.3 Legitimación en la causa

52. Frente a este punto, la Sala advierte que el señor Enríquez Arellano está legitimado en la causa por activa, a la luz de lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política y los artículos 1º, 10, 46 y 49 del Decreto Ley 2591 de 1991. Lo anterior, en la medida en que fue la persona desvinculada del cargo que ostentaba por parte de la autoridad accionada mediante las Resoluciones 100 y 137 de 2022.

53. Por otro lado, esta Sala de Decisión observa que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Mocoa está legitimado en la causa por pasiva, por ser la autoridad que profirió los actos administrativos cuestionados por el accionante a través del mecanismo constitucional objeto de análisis.

2.4. Problema jurídico

54. Corresponde en este caso determinar si de conformidad con la situación fáctica expuesta, el material probatorio recaudado y los argumentos planteados en el escrito de impugnación hay lugar a confirmar, modificar o revocar el fallo de primera instancia proferido por la Sección Tercera, Subsección A de esta Corporación el 23 de septiembre de 2022 que declaró la improcedencia del mecanismo de amparo promovido.

Para este fin, se deberán resolver los siguientes interrogantes:

¿Se superan en el caso concreto los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela, particularmente el de subsidiariedad, habida cuenta de que con el mecanismo constitucional se censuran unos actos administrativos proferidos por la autoridad accionada?

55. De ser positiva la respuesta a la pregunta anterior, la Sala analizará el fondo del asunto en torno a resolver el siguiente interrogante:



Demandante: Javier Arturo Enríquez Arellano
Demandado: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Mocoa
Radicado: 11001-03-15-000-2022-04159-01

En el asunto bajo estudio corresponde establecer si el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Mocoa con la expedición de las Resoluciones 100 y 137 de 2022 que dispusieron el retiro del señor Enríquez Arellano del cargo de juez promiscuo municipal de Santiago (Putumayo), por haber alcanzado la edad de retiro forzoso, vulneró los derechos fundamentales del actor, por cuanto, en su criterio, la decisión debió posponerse hasta el momento en que le fuera reconocida la pensión de jubilación

56. Para resolver este problema, se analizarán los siguientes aspectos: (i) las generalidades de la acción de tutela (ii) la naturaleza subsidiaria de la acción de tutela e improcedencia de esta cuando existen otras vías judiciales disponibles y eficaces; (iii) procedencia excepcional de la acción de tutela contra actos administrativos; iv) caso concreto.

2.5. Generalidades de la acción de tutela

57. Según el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona puede ejercer la acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos fundamentales siempre que sean violados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades o de los particulares en los precisos casos en que indica el Decreto Ley 2591 de 1991.

58. Ciertamente, constituyen rasgos distintivos de esta acción: la inmediatez y la subsidiariedad. Mientras que al ejercicio oportuno del mecanismo constitucional a fin de obtener un amparo efectivo, concreto y actual del derecho fundamental que se dice vulnerado o amenazado, el segundo, condiciona el ejercicio de esta acción a la inexistencia de otro medio de defensa judicial idóneo y eficaz para evitar la lesión del derecho fundamental, salvo que el interesado invoque y demuestre estar sufriendo un perjuicio irremediable, hecho que hace procedente la tutela como mecanismo transitorio.

2.6. Naturaleza subsidiaria de la acción de tutela e improcedencia de esta cuando existen otras vías judiciales disponibles y eficaces.

59. El inciso 3 del artículo 86 de la Constitución consagra el requisito de subsidiariedad como presupuesto de procedencia de la acción de tutela y determina que “[e]sta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial”, precepto reglamentado por el numeral 1 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991.

60. Del texto de la norma referida se evidencia que, existiendo otros mecanismos de defensa judicial que resulten idóneos y eficaces para solicitar la protección de los derechos que se consideran amenazados o vulnerados, se debe recurrir a estos y no a la tutela.



Demandante: Javier Arturo Enríquez Arellano
Demandado: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Mocoa
Radicado: 11001-03-15-000-2022-04159-01

61. Sobre el particular, la Corte Constitucional ha determinado que cuando una persona acude a la administración de justicia con el fin de que le sean protegidos sus derechos, no puede desconocer las acciones judiciales contempladas en el ordenamiento jurídico, ni pretender que el juez de tutela adopte decisiones paralelas a las del funcionario que conoce de un determinado asunto radicado bajo su competencia³.

62. Lo anterior tiene asidero en la propia Constitución de 1991, de donde se colige que la protección de los derechos constitucionales fundamentales no es un asunto reservado exclusivamente a la acción de tutela, pues todos los mecanismos judiciales deben, en principio, buscar la defensa de aquellos.

63. Vale decir que el respeto y la garantía de los derechos de las personas son de la esencia del Estado Social de Derecho, como bien lo establece el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución, de ahí que la garantía de los derechos fundamentales de las personas no solo corre a cargo del juez de tutela, sino que es vinculante para cualquier persona que esté investida de la autoridad del Estado y en cualquiera de los ámbitos funcionales del mismo.

2.7. Procedencia excepcional de la acción de tutela contra actos administrativos

64. Con fundamento en lo dispuesto por las normas jurídicas anteriores, la jurisprudencia constitucional ha reiterado que, por regla general, la acción de tutela no procede para controvertir la validez ni la legalidad de los actos administrativos.

65. Lo anterior, en razón a que, la naturaleza residual y subsidiaria de este mecanismo constitucional impone al ciudadano la carga de acudir previamente, a través de los respectivos medios de control, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con el fin de ejercer aquellos que el legislador ha diseñado para la garantía de los derechos⁴.

66. Así las cosas, la Corte ha precisado que “conforme al carácter residual de la tutela, no es, en principio, este mecanismo el medio adecuado para controvertir las actuaciones administrativas, puesto que para ello están previstas las acciones ante la

³ En sentencia T-313 de 2005 se estableció: “En efecto, la Constitución y la ley estipulan un dispositivo complejo de competencias y procesos judiciales que tienen como objetivo común garantizar el ejercicio pleno de los derechos constitucionales, en consonancia con el cumplimiento de los demás fines del Estado previstos en el artículo 2 Superior. Por tanto, una comprensión ampliada de la acción de tutela, que desconozca el requisito de subsidiariedad, vacía el contenido de las mencionadas competencias y, en consecuencia, es contraria a las disposiciones de la Carta Política que regulan los instrumentos de protección de los derechos dispuestos al interior de cada una de las jurisdicciones” ⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-260 de 2018



Demandante: Javier Arturo Enríquez Arellano
Demandado: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Mocoa
Radicado: 11001-03-15-000-2022-04159-01

jurisdicción de lo contencioso administrativo. En ese escenario, la acción de tutela cabría como mecanismo transitorio de protección de los derechos fundamentales cuando quiera que esperar a la respuesta de la jurisdicción contenciosa administrativa pudiese dar lugar a un perjuicio irremediable [...]”⁴.

67. En tratándose de actos administrativos, en virtud de lo dispuesto por los artículos 137 y 138 de la Ley 1437 de 2011 proceden los medios de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, en la que igualmente es posible acudir a la solicitud de medidas cautelares, inclusive de urgencia, al tenor de lo dispuesto en los artículos 229 y siguientes del referido ordenamiento.

68. A partir de tales lineamientos, es claro que para cuestionar la legalidad de actos administrativos se deben emplear los medios de control consagrados en la Ley 1437 de 2011, dada la naturaleza residual y subsidiaria del mecanismo de amparo, salvo en el evento, se itera, en que se interponga para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

2.8. Caso concreto

69. En el mecanismo constitucional promovido, el actor solicitó la salvaguarda de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la dignidad humana, a la seguridad social y a la vida.

70. Ello, en consideración a que con la expedición de las Resoluciones 100 y 137 de 2022 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Mocoa, mediante las cuales fue desvinculado del cargo de juez promiscuo municipal de Santiago (Putumayo), no se tuvo en cuenta que si bien cumplió la edad para la procedencia del retiro forzoso del servicio, lo cierto es que aún no le ha sido reconocida la pensión de jubilación, para con ello garantizar la cobertura de sus necesidades básicas y las de su familia.

71. Durante todo el trámite el actor ha sido enfático en cuestionar la legalidad de los referidos actos administrativos a través de los cuales se dispuso su desvinculación del cargo de juez, comoquiera que no cuenta con pensión de jubilación reconocida y teniendo en cuenta que el cumplimiento de la edad de retiro forzoso no es una regla que opera de manera automática.

72. En este sentido, se tiene que la presunta vulneración de los derechos fundamentales invocados parte de la premisa de discutir la presunción de validez y legalidad de un acto administrativo debidamente ejecutoriado que dispuso la separación del actor de su cargo por haber alcanzado la edad de retiro forzoso, de

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-030 de 2015.



Demandante: Javier Arturo Enríquez Arellano
Demandado: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Mocoa
Radicado: 11001-03-15-000-2022-04159-01

acuerdo con lo establecido en el artículo 1º de la Ley 1821 de 2016, decisión que fue confirmada en su integridad.

73. Con tal precisión, la Sala coincide con el *a quo* en el sentido de considerar que la petición de amparo deviene en improcedente en la medida en que para el propósito en comento, esto es, discutir la presunción y validez de los actos censurados, la parte debe hacer uso del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, en el que podrá solicitar el decreto de la medida cautelar de suspensión provisional de la decisión controvertida, tal como lo prevé el artículo 231 *ibídem*.

74. No obstante, debe tenerse en cuenta que el actor manifestó que en su situación en concreto se presenta un perjuicio irremediable que, de manera excepcional, habilita la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio de protección.

75. Al efecto, el demandante enfatizó en que no tiene otra fuente de ingresos distinta al salario que devengaba como juez. Asimismo que cuenta con obligaciones crediticias que le resulta imposible sufragar ante la imposibilidad de seguir percibiendo su remuneración como juez.

76. Sin embargo, la Sala coincide en el análisis que realizó el *a quo constitucional* respecto de las obligaciones financieras traídas a colación por el actor en el sentido que las mismas no cuentan con la fuerza probatoria suficiente para advertir que, en efecto, nos encontramos ante la configuración de un perjuicio irremediable.

77. En ese sentido, tal y como advirtió el juez constitucional de primera instancia, el análisis de los créditos, tarjetas de crédito y demás productos informados por el actor no dan cuenta de una amenaza inminente para su subsistencia del actor. Lo anterior, se suma al hecho que el accionante fungió como juez de la República por más de 25 años y, en tal condición, resulta evidente que devengó prestaciones que le permitieran asegurar, cuando menos, ciertas contingencias que, en todo caso, obedecen a su propia negligencia en la demora en iniciar los trámites para acceder a una pensión una vez llegara la edad de retiro forzoso.

78. Al margen de lo anterior, debe ponerse de presente que, en todo caso, el actor tampoco cumple con los requisitos que permiten flexibilizar la aplicación de la regla del retiro forzoso. Tales condiciones a acreditar, establecidas por la Corte Constitucional en sentencia T-360 de 2017 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.



Demandante: Javier Arturo Enríquez Arellano
Demandado: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Mocoa
Radicado: 11001-03-15-000-2022-04159-01

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

79. Con tales precisiones, tal y como mencionó el juez de primer grado, en el caso concreto se tiene que el tutelante no cumple con los requisitos mencionados con antelación, habida cuenta que ni siquiera ha adelantado los trámites para el reconocimiento de su pensión, sino que solo hasta el año 2021, esto es, un año antes del cumplimiento de la edad de retiro forzoso, adelantó una demanda laboral a fin de conseguir que se declare la ineficacia de la afiliación y nulidad de traslado, del régimen de prima media con prestación definida (RPM), al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

80. En este sentido, para esta Sala de Decisión no puede pasar desapercibido el hecho que el actor, en su condición de juez de la República, y con conocimiento de los requisitos en torno al reconocimiento de una pensión de jubilación, debió tramitarla para que a la cesación del cargo como consecuencia del cumplimiento de la edad de retiro forzoso, comenzara a recibir dicho monto, lo cual no le impedía acudir a las instancias judiciales pertinentes si pretendía debatir el régimen aplicable a su caso, como en efecto lo hizo hasta el año 2021.

81. A manera de cierre, debe ponerse de presente que la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado⁵ ha establecido que la causal de retiro por edad tiene sustento constitucional⁷ y procede aún de oficio por la autoridad nominadora, así no se haya reconocido la pensión de jubilación, según lo establecido en el artículo 130 del Decreto 1660 de 1978, tratándose de funcionarios y empleados de la Rama Judicial y del Ministerio Público.

82. Así las cosas, se reitera que la acción de tutela tiene una naturaleza residual ante la existencia de otros mecanismos de defensa judicial, lo que de suyo presupone que no es posible el ejercicio concomitante de distintas acciones para lograr un mismo propósito, pues ello implica un desgaste innecesario de la administración de justicia.

83. Por consiguiente, es claro que el mecanismo de amparo no supera el requisito de subsidiariedad ante la consagración en el ordenamiento jurídico de otro instrumento idóneo para cuestionar la legalidad los administrativos ya referidos, aunado al hecho de que no se demostró la configuración de un perjuicio irremediable el cual, en todo caso, puede ser sustento de una medida cautelar dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto de retiro cuestionado a través de esta acción.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, exp. 20001-23-33-000-2013-00282-00(4066-15), sentencia del 16 de agosto de 2018. ⁷ Artículo 125.



Demandante: Javier Arturo Enríquez Arellano
Demandado: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Mocoa
Radicado: 11001-03-15-000-2022-04159-01

84. Bajo esta orientación, la Sala confirmará la decisión de la Sección Tercera, Subsección A de esta Corporación del 23 de septiembre de 2022 que declaró la improcedencia del mecanismo de amparo promovido.

85. Lo anterior, comoquiera que el actor cuenta con otro mecanismo de defensa judicial idóneo para reclamar la protección de las garantías constitucionales que considera conculcadas.

Así, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: NO ACCEDER a la solicitud de desvinculación propuesta por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia del 23 de septiembre de 2022 proferida por la Sección Tercera, Subsección A de esta Corporación que declaró improcedente la acción de tutela interpuesta por el señor Enríquez Arellano.

TERCERO: NOTIFICAR a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

PEDRO PABLO VANEGAS GIL
Presidente

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA
Magistrado

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Magistrada

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO Magistrado

Esta decisión fue generada con firma electrónica, la cual tiene plena validez y efectos jurídicos, conforme a lo dispuesto en la Ley 527 de 1999 y el Decreto 2364 de 2012.