



Radicado: 76001-23-31-000-2010-00886-01 (6077-2018)
Demandante: Fabio Loaiza Gallego

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN A

CONSEJERO PONENTE: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá, D.C., treinta (30) de enero de dos mil veinte (2020)

Referencia: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 76001-23-31-000-2010-00886-01 (6077-2018)
Demandante: FABIO LOAIZA GALLEGO
Demandado: NACIÓN, MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA¹ Y
SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO

Temas: Retiro del servicio de notario por cumplimiento de edad de retiro.

APELACIÓN SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA – DECRETO 01 DE 1984

Sentencia SE.005

ASUNTO

La Subsección conoce de los recursos de apelación interpuesto por las partes demandante y demandada contra la sentencia proferida el 17 de mayo de 2018, por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda dentro del proceso iniciado por el señor Fabio Loaiza Gallego contra la Nación, Ministerio del Interior y de Justicia y la Superintendencia de Notariado y Registro.

ANTECEDENTES

El señor Fabio Loaiza Gallego, por conducto de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984, demandó a la Nación, Ministerio del Interior y de Justicia, hoy de Justicia y del Derecho, y a la Superintendencia de Notariado y Registro.

¹ Por medio de la Ley 1444 del 4 de mayo de 2011 se escindió el Ministerio de Interior y de Justicia y se reorganizó el Ministerio del Interior (art. 2.º) y se creó el Ministerio de Justicia y del Derecho.



Pretensiones²

1. Declarar la nulidad de los siguientes actos administrativos:
 - Decreto 970 del 24 de marzo de 2010, suscrito por el ministro del Interior y de Justicia, por medio del cual se retiró del servicio al señor Fabio Loaiza Gallego del cargo de notario segundo del círculo de Tuluá, Valle.
 - Decreto 1724 del 19 de mayo de 2010 por medio del cual el mencionado ministro nombró en propiedad a la señora Janeth González Romero como notaria segunda del círculo de Tuluá, Valle.
2. A título de restablecimiento del derecho, solicitó su reintegro al cargo o a otro de igual o de similares condiciones y categoría, y que se condene a reconocer y pagar los valores correspondientes a los ingresos dejados de percibir desde el 18 de junio de 2010, fecha de la desvinculación definitiva, hasta el momento en el que sea reintegrado o cuando se encuentre incluido en nómina y comience a recibir la mesada pensional a cargo del Instituto de Seguros Sociales o la entidad que haga sus veces.

FUNDAMENTOS FÁCTICOS

En resumen, los siguientes son los fundamentos fácticos³ de las pretensiones:

1. El señor Fabio Loaiza Gallego fue nombrado como notario segundo del círculo de Tuluá, Valle en propiedad, mediante Decreto 1461 del 28 de abril de 2009, luego de haber superado las etapas del concurso de méritos.
2. En febrero de 2009 inició los trámites tendientes a obtener el reconocimiento de la pensión de jubilación por parte del Instituto de Seguros Sociales. Una vez reunió los documentos necesarios para hacerlo, los radicó ante la mencionada entidad el 14 de enero de 2010.
3. El 10 de febrero de 2010, mediante escrito, le informó al superintendente de Notariado y Registro que cumpliría los 65 años de edad, sin embargo, pidió que se tuviera en cuenta que tiene dos hijos que para la época estaban culminando con sus estudios universitarios, que su cónyuge era desempleada y que el ISS aún no le había reconocido la pensión de jubilación, dado que le hacía falta la documentación

² Ff. 124 y 125.

³ Ff. 125 a 130.



Radicado: 76001-23-31-000-2010-00886-01 (6077-2018)
Demandante: Fabio Loaiza Gallego

proveniente de Fonprenor⁴, la cual debía ser suministrada por la Superintendencia de Notariado y Registro.

4. Por medio de Oficio del 11 de febrero de 2010 le manifestaron que la petición fue remitida al coordinador del Grupo de Reconocimiento de Pensiones, Cartera y Vivienda y luego, se vio en la necesidad de adelantar varias gestiones para obtener de dicha entidad los documentos requeridos para obtener el bono pensional por las cotizaciones que le consignó.

5. A pesar de lo anterior y sin que se hubiera definido lo relativo a la pensión de jubilación, por medio del Decreto 970 del 24 de marzo de 2010, el entonces ministro del Interior y de Justicia dispuso su retiro por cumplimiento de la edad forzosa de retiro.

6. En vista de la situación descrita, presentó acción de tutela el 18 de mayo de 2010, ante la Secretaría del Tribunal Superior de Guadalajara, Buga, en la cual solicitó el decreto de una medida cautelar consistente en abstenerse de realizar un nombramiento en el cargo o si se hubiera hecho, que se suspendiera la posesión.

7. Al día siguiente, el 19 de mayo de 2010, el Ministerio del Interior y de Justicia nombró en propiedad a la señora Janeth González Romero como notaria segunda del círculo de Tuluá, Valle.

8. Por medio de la sentencia del 31 de mayo de 2010, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Guadalajara, Buga, negó por improcedente la acción de tutela, en razón a que contaba con otros medios de defensa judicial para obtener la protección de los derechos que consideraba vulnerados con la expedición del decreto de retiro, además de que no observó la configuración de un perjuicio irremediable que permitiera su suspensión. Esta decisión fue impugnada por el demandante ante la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sin que hasta el momento de presentación de la demanda se hubiera emitido sentencia de segunda instancia.

9. Por Resolución 5140 del 3 de junio de 2010, el Departamento de Atención al Pensionado del Instituto de Seguros Sociales negó el reconocimiento de la pensión solicitado por el demandante, por considerar que no es beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, y al hacer el estudio de los requisitos previstos por la mencionada norma para acceder a la pensión, concluyó que le hacían falta 46 semanas, lo cual implicaba que habría tenido que permanecer en servicio por 11 meses más, para cumplir con la exigencia legal de tiempo cotizado.

10. Una vez quedó retirado del cargo, al verse privado de ingresos personales y familiares, tuvo que solicitar préstamos, respaldados por letras de cambio.

⁴ Fondo de Previsión Social de Notariado y Registro.



NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

En la demanda se invocaron como normas violadas los artículos 46, 48 y 49 de la Constitución Política⁵.

Como concepto de violación expuso que se vulneraron las normas superiores que prevén la protección de las personas de la tercera edad y de la seguridad social en sus diferentes componentes. Igualmente, explicó que con la decisión de retirarlo sin que previamente se hubiera verificado su inclusión en nómina de pensionados, se desconoció la sentencia T-012 de 2009 en la que la Corte Constitucional señaló que si bien la fijación de una edad de retiro, como causal de desvinculación, es constitucionalmente admisible, también es cierto que su aplicación debe ser razonable, de manera que en cada caso concreto se deben valorar las circunstancias del trabajador y explicó que, al haberlo separado del servicio dejándolo sin medios para subsistir, lo puso en estado de indefensión a él y a su familia, si se tiene en cuenta que no pudo seguir efectuado las cotizaciones a pensión y al sistema de salud.

Seguidamente, señaló que dentro de los obstáculos para obtener el reconocimiento de la pensión de jubilación está el hecho de que cotizó por algún tiempo a Fonprenor, entidad de previsión social que fue liquidada por manejos inadecuados, con la desaparición de muchos de sus archivos, en perjuicio de las prestaciones de sus afiliados, asunto que, desde luego, era de conocimiento del superintendente de notariado y registro quien tenía la posibilidad de suspender la actuación con la finalidad de no dejarlo desamparado.

SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE LOS ACTOS DEMANDADOS

En escrito separado⁶, la parte actora solicitó la suspensión provisional de los actos demandados, que lo retiraron del cargo de notario segundo del círculo de Tuluá, Valle, y efectuaron un nombramiento en propiedad en dicha plaza. La medida fue denegada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en providencia del 27 de enero de 2011⁷, por considerar que no se acreditó el perjuicio que ellos causan y no observó la violación de las normas que se invocaron como infringidas, dado que los motivos de inconformidad están soportados en circunstancias que se deben dilucidar en la etapa procesal que corresponde y que ameritan un estudio de fondo.

⁵ Ff. 131 a 137.

⁶ Ff. 144 a 147.

⁷ Ff. 150 a 154.



Radicado: 76001-23-31-000-2010-00886-01 (6077-2018)
Demandante: Fabio Loaiza Gallego

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El **Ministerio del Interior y de Justicia** presentó escrito de contestación a la demanda⁸ en el que se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en el siguiente razonamiento:

Indicó que el hecho de cumplir 65 años de edad es una situación que la ley prevé como impedimento para ejercer cargos públicos, así lo disponen, para la fecha de retiro del demandante, los artículos 31 del Decreto 2920 del 1 de agosto de 2007, 122 del Decreto 2400 de 1968 y 1 del Decreto 3047 de 1989. Al respecto, sostuvo que consagrar una edad de retiro forzoso tiene dos fines, el primero, proteger a las personas de la tercera edad, el segundo, lograr un cambio generacional, en aras del principio de eficiencia.

Sobre el punto, argumentó que quienes son retirados por esta causal, no quedan desprotegidos pues tienen derecho a disfrutar de la pensión que le sea reconocida como contraprestación de los ahorros efectuados durante su vida laboral, lo cual sustentó en apartes de la sentencia C-351 de 1995. Igualmente, sostuvo que de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, es diferente la situación del servidor que sin tener la edad de retiro forzoso ha obtenido el derecho a la pensión, quien puede ser desvinculado una vez la respectiva entidad de previsión social le reconozca la prestación, mientras que para aquellos que cumplieron 65 años se da la terminación de la relación de trabajo por ese hecho.

En este último caso, explicó que si no ha alcanzado a cumplir con los requisitos para obtener la pensión, podrá reclamar la indemnización sustitutiva o el reintegro del capital, según el régimen que le corresponda.

A lo anterior agregó que según el artículo 95 de la Carta Política, los derechos y libertades reconocidas por ella también implican responsabilidades, entre ellas, la de no abusar de aquellos, lo cual significa que el demandante no podía esperar a cumplir los 65 años para invocar la protección de prerrogativas que no le asisten, y que no ejerció por su propio descuido cuando debió tramitar con suficiente tiempo su pensión, pues solucionar esa situación no le corresponde al Ministerio.

Seguidamente, formuló los siguientes medios exceptivos:

Falta de integración del litis consorcio necesario por pasiva: consideró que debía vincularse a la señora Janeth González Romero, quien fue nombrada en reemplazo del señor Fabio Loaiza Gallego, en razón al interés que tiene en el resultado del proceso.

⁸ Ff. 171 a 18.

Falta de agotamiento (sic) requisito de procedibilidad: sostuvo que el demandante ha debido agotar el mecanismo de la conciliación prejudicial, en los términos del artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, antes de acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

La señora **Janeth González Romero**⁹ intervino en esta oportunidad para oponerse a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. Para el efecto, manifestó que el demandante comenzó a tramitar su pensión solamente hasta su retiro, es decir, que esperó hasta cumplir 65 años para realizar aquellas diligencias con el fin de «perpetuarse en el cargo», como lo han hecho otros notarios del país. Sobre el mismo aspecto, manifestó que no es aceptable que la demanda invoque precedentes constitucionales en los que se debatieron situaciones de personas con escasos recursos, cuando su situación es diferente y afirmó que la decisión de retiro no vulneró su derecho al mínimo vital, pues él mismo esperó hasta la edad de retiro forzoso para reclamar la pensión.

Igualmente, agregó que el caso del demandante debe servir de ejemplo para que los notarios se preparen con suficiente anticipación y adelanten las diligencias ante las entidades que manejan el sistema pensional, antes de que sobrevenga la edad en la que deben desvincularse.

Más adelante, formuló la excepción previa de falta del requisito de procedibilidad de la conciliación, toda vez que en el presente caso es exigible, en los términos del artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, puesto que versa sobre un conflicto laboral de contenido económico, respecto del cual era posible llegar a un acuerdo.

De igual manera, propuso las siguientes:

Hecho superado: indicó que tuvo conocimiento de que Colpensiones le reconoció la pensión al señor Fabio Loaiza Gallego ese año (2013) y agregó que no podría ser reintegrado al servicio en razón a su edad.

Legalidad del acto administrativo del nombramiento de mi patrocinada como notaria segunda del círculo de Tuluá en propiedad: En síntesis, anotó que su nombramiento se dio a través del sistema de concurso, dentro de un proceso transparente que se ajustó a la legalidad.

La Superintendencia de Notariado y Registro no contestó la demanda, pese a que fue notificada de su admisión según se verifica en el folio 164 del expediente.

⁹ Quien fue vinculada al proceso por auto del 31 de julio de 2013, del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, Sala de Descongestión, (ff. 224 y 225).



Radicado: 76001-23-31-000-2010-00886-01 (6077-2018)
Demandante: Fabio Loaiza Gallego

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El apoderado del señor **Fabio Loaiza Gallego**¹⁰ intervino para manifestar que reiteraba lo argumentado en la demanda, en relación con la ilegalidad del acto por el cual se dispuso su retiro.

Ni la parte demandada ni la tercera interesada ni el Ministerio Público intervinieron oportunamente en esta etapa procesal, según se verifica con el informe que obra en el folio 282 del expediente.

SENTENCIA APELADA¹¹

Mediante sentencia proferida el 17 de mayo de 2018, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, declaró la nulidad del Decreto 970 del 24 de marzo de 2010, por medio del cual el ministro de justicia y del derecho dispuso su retiro y le ordenó a dicho Ministerio reconocer y pagar los salarios y demás prestaciones sociales, junto con los incrementos legales, dejados de devengar desde que se produjo el retiro, esto es, el 18 de junio de 2010, hasta el 1.º de agosto de esa anualidad, cuando el Instituto de Seguros Sociales le reconoció la pensión de vejez, mediante la Resolución 3884 del 1.º de abril de 2011, con el descuento que corresponde con destino al Sistema de Seguridad Social y denegó las demás las pretensiones de la demanda.

Para dilucidar lo relativo al fondo del asunto, explicó que de conformidad con el artículo 41, literales e.) y g.), de la Ley 909 de 2004 el haber obtenido el derecho a pensión y cumplir la edad de retiro forzoso, son causales de retiro, sin embargo, la Corte Constitucional señaló que en este último caso se ve compensado por el derecho a gozar de una pensión de jubilación, así como de las garantías y prestaciones que el Estado se obliga a garantizar a las personas de la tercera edad.

Así las cosas, sostuvo que la desvinculación debe analizarse en cada caso particular, además de que la medida debe ser razonable, lo cual no sucedió en el asunto bajo estudio, en el que está demostrado que para el momento del retiro del señor Fabio Loaiza Gallego, se encontraba en discusión su derecho pensional, con lo cual resulta evidente que la decisión de separarlo del servicio vulneró sus derechos.

Respecto del restablecimiento del derecho, estimó que no era procedente en razón a que se presenta la imposibilidad jurídica de hacerlo debido a su edad, por ello,

¹⁰ F. 280.

¹¹ Folios 285 a 300.



ordenó el pago de los valores dejados de percibir desde el retiro hasta el reconocimiento de la pensión.

Por último, indicó que en atención a lo anterior no declaraba la nulidad del Decreto 1724 del 19 de mayo de 2010, por el cual se nombró como notaria segunda en propiedad del círculo de Tuluá, Valle, a la señora Janeth González Romero, habida cuenta de que no hay lugar a afectar su situación jurídica frente al cargo, dado que no hay lugar al reintegro del demandante.

ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN¹²

Dentro de la oportunidad legal, las partes demandante y demandada formularon recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, los cuales sustentaron en lo siguiente:

Fabio Loaiza Gallego¹³

El demandante manifestó que no estaba de acuerdo con la manera en la que se ordenó la reparación del daño causado con el acto declarado nulo, pues no es claro el monto de los perjuicios materiales y morales con su respectiva indexación. Sobre este aspecto reiteró que tuvo tropiezos con las diligencias para obtener la expedición del bono pensional por parte de Fonprenor, y fue este el motivo por el que pudo radicar la solicitud de la prestación solo hasta el 14 de enero de 2010, situación que fue conocida por el superintendente de notariado y registro, quien tenía la obligación de darle solución, no obstante, dicho funcionario *permitió* que el Ministerio del Interior y de Justicia expidiera el Decreto 970 del 24 de marzo de 2010, en el que dispuso su retiro del servicio.

Adicionalmente, en relación con la acción de tutela que interpuso para solicitar el amparo de los derechos fundamentales que consideró vulnerados con la decisión de retiro, expuso que una de las magistradas del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Guadalajara Buga que conformó la sala que decidió la solicitud no se declaró impedida, a pesar de que la esposa del actor era conjuetz dentro de una demanda de reparación directa que la mencionada funcionaria instauró en contra del Estado, y fue ella quien *en un acto de manifiesto colegaje* definió negar por improcedente la tutela de las garantías invocadas, con desconocimiento de todos los precedentes jurisprudenciales que le presentó.

¹² Folios 385 a 397.

¹³ Ff. 301 a 310



Radicado: 76001-23-31-000-2010-00886-01 (6077-2018)
Demandante: Fabio Loaiza Gallego

Así mismo, expuso que para el momento de los hechos solamente recibía ingresos provenientes de su actividad como notario, a partir de los cuales efectuaba cotizaciones sobre la base de \$9'000.000 mensuales, sin embargo, a raíz del retiro no pudo seguirlo haciendo y con ello se afectó su ingreso base de liquidación para la liquidación de la pensión. De esta manera la retroactividad de las mesadas desde el 1 de agosto de 2010, no alcanza para cubrir los valores que venía percibiendo en servicio, a lo que agrega que solo hasta el mes de agosto de 2011 fue incluido en nómina, con lo que se vulneraron sus derechos a la seguridad social, al mínimo vital y los derivados de la tercera edad, al verse privado de ingresos para su sostenimiento y el de su familia.

Por los razonamientos expuestos, expresó que la sentencia ha debido valorar los perjuicios patrimoniales, morales y psicológicos y solicitó que se condene a reconocerle de manera indexada la suma de \$126.490.000.

Ministerio de Justicia y del Derecho¹⁴

Presentó su inconformidad con la sentencia de primera instancia fundamentado en que para la fecha en la que el demandante fue retirado del cargo, se encontraba vigente el Decreto 3047 de 1989, cuya aplicación fue exhortada por la Sección Quinta del Consejo de Estado, en la sentencia del 27 de marzo de 2014¹⁵. Dicha norma señala que la edad de retiro forzoso es a los 65 años y que la separación del servicio debe darse dentro del mes siguiente a la ocurrencia de la causal, parámetro que es constitucional y que representa una obligación para las entidades públicas, de acuerdo con la sentencia C-351 de 1995 de la Corte Constitucional.

Seguidamente, destacó que la sentencia C-1037 de 2003, que declaró exequible el parágrafo del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, sobre la exigencia de que, antes de que opere el retiro, se notifique debidamente la inclusión en nómina de pensionados correspondiente, tiene aplicación cuando existe una relación laboral, ya sea un servidor público o privado, por ello, dado que, según la reiterada jurisprudencia constitucional, los notarios son particulares investidos de autoridad con la facultad de dar fe de actos, contratos y negocios jurídicos, pero no tienen la condición de funcionarios del Estado, puesto que no tienen un vínculo laboral en este¹⁶, están excluidos del condicionamiento impuesto por la providencia en mención.

En línea con lo anterior, aseguró que la Ley 909 de 2004 no es aplicable a los notarios, puesto que está dirigida a quienes desempeñan empleos de libre nombramiento y remoción así como los de carrera administrativa, pues su objeto de

¹⁴ Ff. 311 a 319.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 27 de marzo de 2014, radicación: 25000234100020120058301.

¹⁶ Sobre el punto transcribió apartes de la sentencia C-166 de 1995.



regulación es el sistema de empleo público y de los principios básicos del ejercicio de la gerencia pública, lo cual escapa al servicio notarial.

Por otra parte, expuso que la sentencia de primera instancia no examinó lo relacionado con la vulneración del mínimo vital del señor Fabio Loaiza Gallego, en tanto no se refirió a cómo se afectan sus condiciones de vida digna, a lo que agregó que no es admisible que el notario espere a cumplir los 65 años para pedir el reconocimiento pensional y así invocar la protección de derechos que no le asisten y desconocer los que tienen quienes hacen parte de la lista de elegibles, como es el caso de la señora Janeth González Romero.

Superintendencia de Notariado y Registro¹⁷

Esta entidad también presentó su discrepancia con la decisión del *a quo*, pues, en su criterio, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca dio por cierto que se configura la causal de retiro prevista por el literal g) del artículo 42 de la Ley 909 de 2004, sin embargo, puso de presente que el actor no demostró que los que recibía como notario fueran sus únicos ingresos y que carecía de recursos necesarios para su sostenimiento y el de su familia, durante el tiempo que demorara el pago de la pensión, con el objeto de acreditar la vulneración del mínimo vital, aspectos que deben ser considerados al momento de decidir si se da estricto cumplimiento o no al Decreto 3047 de 1989 y a la Ley 909 de 2004.

Igualmente, indicó que no compartía la manera en la que se ordenó el restablecimiento del derecho, toda vez que en la demanda se pidió el reconocimiento y pago de todos los valores dejados de recibir desde el 18 de junio de 2010, fecha de su desvinculación, hasta el momento del reintegro o hasta que fuera incluido en nómina de pensionados del Instituto de Seguros Sociales, no obstante, la sentencia dispuso el reconocimiento y pago de salarios y demás prestaciones junto con los incrementos legales que debió percibir desde el retiro, hasta el 1 de agosto de 2010, fecha a partir de la cual le fue reconocida la pensión, lo cual no guarda relación con la pretensión del libelo inicial y cuyo cumplimiento resulta imposible, en razón a que de acuerdo con el artículo 2 de la Ley 29 de 1973, la remuneración de los notarios la constituyen las sumas que pagan los usuarios por la prestación del servicio, entonces no reciben salario, además de que esos valores no fueron objeto de prueba.

¹⁷ Ff. 323 a 335



Radicado: 76001-23-31-000-2010-00886-01 (6077-2018)
Demandante: Fabio Loaiza Gallego

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Ni las partes demandante y demandada ni el agente del Ministerio Público intervinieron en esta etapa procesal, según se verifica con el informe secretarial que obra en el folio 360 del expediente.

CONSIDERACIONES

Cuestión previa

Antes de analizar el fondo del asunto, conviene señalar que de conformidad con el artículo 328 del Código General del Proceso «cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones». Así las cosas, si bien ambas partes apelaron la decisión de primera instancia, también es cierto que no lo hicieron respecto de toda la providencia, pues no abordaron lo atinente a la legalidad del Decreto 1724 del 19 de mayo de 2010, por el cual fue nombrada como notaria segunda del círculo de Tuluá Buga, la señora Janeth González Romero, de manera que no será tema de estudio en esta instancia.

De otra parte, los reparos que el demandante expuso en su escrito en contra de la decisión adoptada dentro de la acción de tutela que interpuso ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Guadalajara Buga, tampoco serán objeto de análisis en esta sentencia, habida cuenta de que no es la oportunidad para ello, como sí lo es la posibilidad de ponerlos de presente en la impugnación de dicha providencia, ante el superior jerárquico, en este caso, la Corte Suprema de Justicia.

Problema jurídico

Los problemas jurídicos que se deben resolver en esta instancia, se resumen en las siguientes preguntas:

1. ¿El Decreto 970 del 24 de marzo de 2010 por el cual se retiró al señor Fabio Loaiza Gallego del cargo de notario segundo del círculo de Tuluá, Valle, debe ser declarado nulo por no haber tenido en cuenta que aún no le había sido reconocida su pensión de vejez?

De ser positiva la respuesta a la anterior, será necesario definir:

2. ¿El restablecimiento del derecho ordenado por la sentencia apelada se ajusta a derecho?



Primer problema jurídico

¿El Decreto 970 del 24 de marzo de 2010 por el cual se retiró al señor Fabio Loaiza Gallego del cargo de notario segundo del círculo de Tuluá, Valle, está afectado de nulidad por no haber tenido en cuenta que aún no le había sido reconocida su pensión de vejez?

Para resolver el interrogante planteado la Subsección abordará los siguientes temas: i) La edad para los notarios, ii) La edad como causal de retiro para ellos; iii) El condicionamiento de la inclusión en nómina de pensionados para el retiro del servicio; y iv) El caso concreto.

1. La edad para los notarios

De acuerdo con el artículo 1 de la Ley 588 del 6 de julio de 2000¹⁸ el notariado es un servicio público que implica el ejercicio de la fe pública, cuyo ejercicio está delimitado de manera objetiva por la ley, por unos rangos mínimos y máximos de edad previstos por ley. De ahí que, en cuanto a la edad como exigencia mínima, el Decreto ley 960 de 1970, indica que para ser notario se debe contar, por lo menos con 30 años, aspecto que ha sido objeto de análisis por la jurisprudencia.

En efecto, con la finalidad de establecer si el exigir una determinada edad para acceder a cargos públicos vulnera el derecho a la igualdad por ser una medida discriminatoria, la Corte Constitucional admitió que la edad no es tenida como un criterio sospechoso de discriminación¹⁹, cuando se trata de un requisito mínimo para acceder a un cargo, pero no sucede lo mismo cuando se impone como requisito máximo, ello por cuanto en el primer caso se trata de una situación que todas las personas eventualmente alcanzarán, mientras que en el segundo, se torna en un rasgo permanente que le impedirá a la persona el ejercicio de determinada labor y adicionalmente porque «las evidencias sociológicas tienden a mostrar que las prácticas discriminatorias contemporáneas tienden a recaer primariamente sobre aquellas personas que han superado un cierto umbral cronológico»²⁰.

¹⁸ Por medio de la cual se reglamenta el ejercicio de la actividad notarial.

¹⁹ En la sentencia C-481 de 1998, se establecieron como criterios sospechosos los siguientes: «[...] (i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y, (iii) no constituyen, per se, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales [...]»

²⁰ C-093 de 2001.



Radicado: 76001-23-31-000-2010-00886-01 (6077-2018)
Demandante: Fabio Loaiza Gallego

Igualmente, analizó este tópico frente a los fines de la función pública²¹ y concluyó que es legítimo buscar personal altamente calificado para desempeñar cargos de alto rango en la estructura del poder público, en ese orden, la edad, además de otros requisitos, es una medida adecuada para determinar si una persona es idónea para ostentar ese tipo de dignidades²².

De otra parte, al revisar los antecedentes normativos de la Ley 931 de 2004²³, se advierte que aquella fue promovida como una medida para contrarrestar prácticas discriminatorias a la población que excede de 30 años, toda vez que las empresas estaban exigiendo dicha edad como rango máximo para su incorporación a empleos a proveer²⁴.

Precisamente, fueron estos los aspectos que atendió esta Corporación a través de la Sección Segunda, en la sentencia del 6 de octubre de 2016²⁵, para admitir que el requisito en cuestión busca la selección del personal más calificado para desempeñar la función de notario, y el hecho de requerir una edad mínima es una forma de asegurar cierto grado de madurez para asumir la responsabilidad de desarrollar la función pública de dar fe de las actuaciones que se tramitan y se acuerdan ante él²⁶ que conlleva un innegable interés general²⁷, en ese sentido resulta razonable y proporcional al fin que persigue.

2. La edad como causal de retiro para los notarios

Por otra parte, en lo relevante a la edad como límite máximo para el ejercicio de la función notarial, el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968, «Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones», dispuso que los servidores públicos serían retirados del servicio a la edad de 65 años, con el siguiente tenor literal:

«ARTICULO 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 la edad, se harán

²¹ Artículo 209 de la Constitución Política.

²² Sentencia C-452 de 2005.

²³ Gaceta del Congreso N.º 412 del 19 de agosto de 2003. Proyecto de ley n.º 68 de 2003 Senado.

²⁴ Gaceta del Congreso N.º 470 del 15 de septiembre de 2003.

²⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 6 de octubre de 2016 Radicado: 110010325000201100286 00 (1070-2011), Actor: Ermides Rafael Fontalvo Díaz.

²⁶ El Decreto 2163 del 9 de noviembre de 1970, por el cual se oficializó el servicio de notariado, dispone: «ARTÍCULO 1º El notariado es un servicio del Estado, que se presta por funcionarios públicos, en la forma, para fines y con los efectos consagrados en las leyes.

El notariado forma parte de la Rama Ejecutiva, y como función pública implica el ejercicio de la fe notarial.

La fe pública o notarial otorga plena autenticidad a las declaraciones emitidas ante el Notario y a lo que éste exprese respecto de los hechos percibidos por él en el ejercicio de sus funciones, en los casos y con los requisitos que la ley establece.»

²⁷ Sentencia C-177 de 2009



Radicado: 76001-23-31-000-2010-00886-01 (6077-2018)
Demandante: Fabio Loaiza Gallego

acreedores a una pensión por vejez, de acuerdo a lo que sobre el particular establezca el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos. Exceptúanse de esta disposición los empleos señalados por el inciso 2°. del artículo 29 de este Decreto.» (Resaltado fuera del texto).

En lo relativo a los notarios, específicamente, el artículo 147 del Estatuto del Notariado, Decreto 960 de 1970, le brinda la garantía de estabilidad a las personas que están nombradas en propiedad hasta su retiro forzoso, dentro de las condiciones de la carrera.

En línea con lo anterior, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 3047 de 1989 «Por el cual se reglamenta el Decreto Ley 960 de 1970²⁸», que en el artículo 1.º, consagró la edad de 65 años de retiro forzoso así:

«ARTICULO 1º. Señálase como edad de retiro forzoso para los notarios la edad de 65 años²⁹. El retiro se producirá a solicitud del interesado, del Ministerio Público, de la Superintendencia de Notariado y Registro o de Oficio, dentro del mes siguiente a la ocurrencia de la causal, salvo que se trate de un notario en propiedad, caso en el cual podrá terminar el periodo en curso³⁰.»
(Resaltado fuera del original)

Ahora, cuando el notario llegue a encontrarse en circunstancia de retiro forzoso el artículo 182 del Decreto 960 de 1970 ordena que se lo manifieste a la autoridad nominadora, tan pronto como ello ocurra, caso en el cual la separación del servicio se producirá dentro del mes siguiente a la ocurrencia de la causal.

En este apartado es conveniente indicar que esta Corporación en el trámite de acciones de cumplimiento que buscaron que se ordenara el retiro de notarios designados en interinidad por haber cumplido la edad de 65 años, consideró que tal causal de separación del cargo opera solamente para quienes se encuentran vinculados al cargo en propiedad, tal y como se desprende de las sentencias del 18 de abril de 2013³¹ y del 27 de marzo de 2014³².

Hasta este punto podría inferirse que la causal de retiro por cumplimiento de edad de retiro forzoso es objetiva, tal y como lo sostuvo esta misma Subsección en sentencia del 16 de agosto de 2018³³.

²⁸ Estatuto de Notariado y Registro

²⁹ Demanda de nulidad contra el aparte resaltado. Negada. Consejo de Estado, Sección Primera, Expediente No. 00151-01 de 30 de abril de 2009.

³⁰ Aparte tachado declarado NULO por el Consejo de Estado, Sección Segunda mediante Sentencia de 23 de marzo de 1993, Expediente No. 5348.

³¹ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 18 de abril de 2013, Radicación: 25000-23-41-000-2012-00075-01(ACU), Actor: Geofredo Julca Cevallos.

³² Consejo de Estado, Sección Quinta, providencia del 27 de marzo de 2014, Radicación: 25000-23-41-000-2012-00583-01(ACU), Actor: Jeimmy Lorena Silva Fiaga y sentencia de la misma fecha, radicación: 25000-23-41-000-2012-00494-01(ACU), Actor: Humberto Antonio Sanchez Carrasquilla.

³³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 16 de agosto de 2018, demandante: Mario Fernández Herrera. En dicha oportunidad se consideró: «[...] Conforme los documentos aportados al plenario, se concluye que el demandante fue retirado del cargo de notario



Radicado: 76001-23-31-000-2010-00886-01 (6077-2018)
Demandante: Fabio Loaiza Gallego

El condicionamiento de la inclusión en nómina de pensionados para el retiro del servicio

Visto lo anterior, es conveniente precisar que el condicionamiento de inclusión en nómina de pensionados para poder disponer el retiro, se ha predicado de la causal de retiro por derecho a pensión, contenida en disposiciones tales como la Ley 797 de 2002 (artículo 9 parágrafo 3) y la Ley 909 de 2004 (artículo 41 literal e), aplicables a quienes se encuentran vinculados mediante una relación laboral.

La señalada por la Ley 797 de 2002, a la letra dispone:

«[...]Se considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión. El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones.

Transcurridos treinta (30) días después de que el trabajador o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión, si este no la solicita, el empleador podrá solicitar el reconocimiento de la misma en nombre de aquel.

Lo dispuesto en este artículo rige para todos los trabajadores o servidores públicos afiliados al sistema general de pensiones.»

Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia C-1037 de 2003 declaró su exequibilidad condicionada «siempre y cuando además de la notificación del reconocimiento de la pensión no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente», el fundamento de la decisión se explicó así:

«[...]El Estado debe garantizar la "efectividad de los derechos", en este caso del empleado, público o privado, retirado del servicio asegurándole la "remuneración vital" que garantice su subsistencia, su dignidad humana y los derechos de los trabajadores impone el deber de dictar una sentencia aditiva, esto es que agregue un supuesto de hecho o requisito a los señalados por el legislador con el fin de hacer compatible la norma con la Constitución Política. En este caso es necesario adicionar a la notificación de la pensión la notificación de su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente. No puede existir solución de continuidad entre la terminación de la relación laboral y la iniciación del pago efectivo de la mesada pensional, precisamente para asegurar al trabajador y a su familia los ingresos mínimos vitales, así como la efectividad y primacía de sus derechos. Por tanto, la única posibilidad de que el precepto acusado devenga constitucional es mediante una sentencia aditiva para que el trabajador particular

por cuanto cumplió 65 años de edad, situación que como se vio, se constituye en una causal objetiva de retiro para los notarios. [...]»

Calle 12 No 7-65 – Tel: (57-1) 350-6700 – Bogotá D.C. – Colombia

www.consejodeestado.gov.co



o servidor público sea retirado sólo cuando se le garantice el pago de su mesada pensional, con la inclusión en la correspondiente nómina, una vez se haya reconocido su pensión. [...]»

A su vez, la Ley 909 de 2004 también impone como causal de retiro el haber obtenido la pensión de jubilación o vejez, en el artículo 41 literal g), cuya exequibilidad también se condicionó por la sentencia C-501 de 2005 «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», para el efecto, acogió lo expuesto en la sentencia C-1037 de 2003, ya aludida.

Es de anotar que esta consideración también se ha discutido por la jurisprudencia constitucional y la del Consejo de Estado. En cuanto al criterio expuesto por la Corte Constitucional, ha admitido la procedencia excepcional de la acción de tutela cuando se demuestra un perjuicio irremediable, causado con la decisión de retiro, especialmente, por encontrar vulneración al mínimo vital al observar que la medida deja sin fuente de ingresos al servidor. En este sentido, ha sostenido que a pesar de la objetividad de la causal, su aplicación debe ser razonable, atendiendo a las condiciones particulares del trabajador. Así lo expuso aquella Corporación en la sentencia T-012 de 2009³⁴:

«La Corte debe precisar, tal y como se señaló, que si bien la fijación de una edad de retiro como causal de desvinculación del servicio es constitucionalmente admisible, su aplicación debe ser razonable de tal manera que, en cada caso concreto, responda a una valoración de las especiales circunstancias de los trabajadores, toda vez que ella no puede producir una vulneración de sus derechos fundamentales, máxime teniendo en cuenta que se trata de personas de la tercera edad, y que por esa causa merecen una especial protección constitucional. De otra forma, una aplicación objetiva de la medida, sin atender a las particularidades de cada situación, tendría un efecto perverso para sus destinatarios, porque podría desconocer sus garantías fundamentales de los trabajadores, en razón a que se les privaría de continuar trabajando y percibiendo un ingreso, sin que su solicitud de pensión hubiese sido decidida de fondo, avocándolos inclusive de manera eventual a una desprotección en lo relacionado con su servicio de salud»³⁵

El lineamiento expuesto, fue extendido al caso de los notarios, pues en la sentencia T- 1035 de 2012, que analizó una persona que ocupaba dicho cargo, reiteró los anteriores parámetros, así: «La Sala reitera que, tal como lo ha establecido la jurisprudencia de esta Corporación: i) la edad de retiro forzoso es una causal válida para la desvinculación de un trabajador oficial; ii) se deben evaluar las condiciones especiales de la persona para no vulnerar sus derechos fundamentales, razón por la cual; iii) en principio, la persona no puede ser desvinculada hasta tanto se le reconozca la pensión de vejez y esté incluido en nómina, en tanto ésta es la sustitución económica que requiere el trabajador para sufragar sus necesidades básicas.».

³⁴ Este criterio fue reiterado en las sentencias T-865 de 2009, T-007 de 2010, T-487 de 2010, T- 660 de 2011, T-154 de 2012, T-294 de 2013, T-1035 de 2012.



Radicado: 76001-23-31-000-2010-00886-01 (6077-2018)
Demandante: Fabio Loaiza Gallego

No obstante, en esa oportunidad estimó que no había vulneración de los derechos fundamentales del notario retirado, pues desempeñaba el cargo en interinidad y fue desvinculado para hacer el nombramiento mediante el sistema de concurso, lo cual se constituye en el cumplimiento de un deber constitucional derivado del artículo 125 de la Constitución Política.

Más adelante, en la sentencia T-187 de 2017, declaró improcedente el amparo solicitado por un notario desvinculado por haber llegado a la edad de retiro, oportunidad en la que expuso:

«En relación con el caso objeto de estudio, la Sala observa que si bien el actor cuenta con 65 años de edad, ello no implica, *per se*, que el amparo deba ser declarado procedente, pues aun cuando se trate de un sujeto que pueda pertenecer al grupo poblacional de la tercera edad, es claro que no corresponde a una persona sometida a condiciones extremas en razón de tal situación. Aceptar una tesis contraria sería tanto como establecer que todos los ciudadanos que cumplieran la edad de retiro forzoso automáticamente podrían acceder a un pronunciamiento de fondo por parte del juez de tutela, pretermitiendo irrazonablemente el agotamiento de los medios ordinarios de que dispone nuestro ordenamiento jurídico, máxime en casos en los que, como el que aquí se estudia, es precisamente y de forma exclusiva la aplicación de esta causal de desvinculación obligatoria la que da lugar a la controversia puesta de presente en el mecanismo constitucional de la referencia.»

Con lo anterior, queda claro que el hecho de que el notario no tenga el reconocimiento de pensión no implica *per se* que el acto de retiro por cumplimiento de edad de retiro vulnera sus derechos fundamentales, pues este es un asunto que debe ser objeto de prueba.

A su vez, esta Corporación señaló que si existe una orden del juez constitucional³⁶ que advierta la vulneración de derechos fundamentales, es viable que la causal objetiva de retiro, previamente analizada, pueda diferirse, aspecto sobre el cual se considera, en esta oportunidad, que no es posible generalizar una regla que impida el retiro con base en la causal de cumplimiento de la edad si no tiene acreditado el reconocimiento pensional con la consecuente inclusión en nómina de pensionados, pues ello impediría que en los casos en los que no se conceda la prestación porque no se reúnan todos los requisitos legales, no podría materializarse la desvinculación del servidor. Lo anterior, no obsta para que la administración atienda los criterios de razonabilidad que ha exigido la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Por lo anterior, no se comparte la interpretación que impartió el *a quo* al considerar que no es viable tomar la decisión de retiro con base en la causal bajo estudio sin el previo reconocimiento de pensión.

³⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 16 de agosto de 2018, radicación: 20001233300020130028200(4066-2015), demandante: Ángel Francisco Vega Fuentes.



El caso concreto

En el presente asunto se encuentra demostrado que el señor Fabio Loaiza Gallego nació el 10 de febrero de 1945³⁷ y que por medio del Decreto 1461 del 28 de abril de 2009 el ministro del Interior y de Justicia nombró al señor Fabio Loaiza Gallego como notario segundo del círculo de Tuluá, Valle³⁸, confirmado a través de la Resolución 3648 del 15 de mayo de 2009³⁹.

Por escrito radicado el 10 de febrero de 2010⁴⁰ el señor Fabio Loaiza Gallego le informó al superintendente de notariado y registro que cumpliría la edad de 65 años, situación que era constitutiva de causal de retiro forzoso, a pesar de lo cual solicitó tener en cuenta que es padre de dos adolescentes que se encontraban estudiando los últimos años de universidad; que su esposa era desempleada y que luego de grandes esfuerzos por lograr la expedición del bono pensional ante el ISS, radicó la solicitud de reconocimiento pensional el 14 de enero de ese año, pero que no había logrado recaudar la documentación relacionada con las cotizaciones que efectuó a Fonprenor, asunto que es responsabilidad de la Superintendencia de Notariado y Registro. Igualmente, invocó las consideraciones que la Corte Constitucional expuso en la sentencia T-012 de 2009, para amparar el derecho al mínimo vital de un docente que fue retirado por esta causal.

Por medio del Decreto 970 del 24 de marzo de 2010⁴¹, el ministro de interior y justicia dispuso: «Retirar del servicio al doctor FABIO LOAIZA GALLEGIO [...], quien se encuentra desempeñando el cargo de Notario Segundo del Círculo de Tuluá (Valle), por cumplimiento de edad de retiro».

Por Decreto 1724 del 19 de mayo de 2010⁴², el ministro del interior y de justicia nombró a la señora Janeth González Romero como notaria segunda del círculo de Tuluá, Valle.

Por escrito radicado el 18 de mayo de 2010⁴³ el señor Fabio Loaiza formuló ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial acción de tutela⁴⁴, la cual fue resuelta por medio de la sentencia del 31 de mayo de 2010⁴⁵, que negó por improcedente el amparo deprecado, que dado que al existir otro medio de defensa judicial, debía acreditarse la urgencia, gravedad de los hechos y la evidente impostergabilidad, que hicieran

³⁷ De acuerdo con la copia de la cédula de ciudadanía que obra en el folio 1 del expediente.

³⁸ Ff. 3 y 4.

³⁹ Ff. 5 y 6.

⁴⁰ Ff. 8 y 9.

⁴¹ Ff. 14 y 15.

⁴² Ff. 20 y 21.

⁴³ Según acta de reparto que obra en el folio 34.

⁴⁴ Ff. 23

⁴⁵ Ff. 54 a 61.



Radicado: 76001-23-31-000-2010-00886-01 (6077-2018)
Demandante: Fabio Loaiza Gallego

procedente la solicitud, como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

El 8 de junio del mismo año, presentó impugnación en contra de la sentencia del 31 de mayo de 2010⁴⁶, no se aportó la providencia que resolvió el recurso.

En relación con el trámite de la pensión

El 11 de febrero de 2010 el coordinador administrativo del despacho de la Superintendencia de Notariado y Registro le informó que su petición había sido recibida el día anterior, con número de radicación 6757⁴⁷.

A través de escrito del 15 de marzo de 2010 el coordinador del grupo de Reconocimiento de Pensiones y Cartera de Vivienda, resolvió la petición que le formuló el demandante, para indicarle que no era posible atender su solicitud, toda vez que la Notaría Segunda de Tuluá presentaba deuda por concepto de aportes⁴⁸.

En los folios 12 y 13 del plenario, reposan planillas de liquidación de aportes desde febrero de 1994, en las cuales no se observan aportes desde enero de 1996 hasta diciembre de 1997. Igualmente, en los folios 119 a 122 se observan pagos de cotizaciones efectuados hasta junio de 2010.

El 13 de abril de 2010⁴⁹ el demandante reclamó al coordinador del Grupo de Reconocimiento de Pensiones en relación con los dineros que supuestamente se dejaron de consignar.

El Instituto de Seguros Sociales, por medio de la Resolución 510 del 3 de junio de 2010⁵⁰, negó la pensión de jubilación por aportes al señor Fabio Loaiza Gallego, por considerar, por una parte, que no cumplía con el requisitos de semanas cotizadas exigido por la Ley 100 de 1993, pues solamente demostró 806 inferior a las 1150 exigidas; por otra parte, puesto que no tenía 20 años de aportes a diferentes cajas de previsión y al ISS antes del 1 de abril de 1994, de manera que pudiera ser beneficiario de la Ley 71 de 1988.

Contra la negativa del ISS el demandante presentó recurso de reposición y en subsidio el de apelación⁵¹, y no se aportaron al expediente los documentos contentivos de las respuestas a ellos.

⁴⁶ Ff. 66 a 78.

⁴⁷ F. 10.

⁴⁸ F. 11.

⁴⁹ Ff. 16 a 19.

⁵⁰ Ff. 63 a 65.

⁵¹ Ff. 79 a 90, adicionada en ff. 100 a 102.

En los folios 267 a 272 se observan los testimonios de las señoras María Victoria López García, Rosa Georgina Astudillo Salcedo y Mabel Ortiz Imitola, quienes declararon en relación con la afectación que el demandante y su familia sufrieron con la desvinculación.

- **Valoración de la Subsección**

Con la finalidad de resolver si el Decreto 970 del 24 de marzo de 2010, por el cual se retiró al señor Fabio Loaiza Gallego del cargo de notario segundo del círculo de Tuluá, Valle, debe ser declarado nulo por no haber tenido en cuenta que aún no le había sido reconocida su pensión de vejez, es necesario precisar lo siguiente:

En primer lugar, se debe tener presente que, como se vio, la causal de retiro por cumplimiento de edad para los notarios es objetiva, lo que quiere decir que una vez la persona cumple los 65⁵² años, hay lugar al retiro dentro del mes siguiente, según lo previsto por el Decreto 3047 de 1989.

En segundo lugar, es cierto que la Corte Constitucional en sentencias emitidas en sede de revisión consideró que la administración debe evaluar si existen situaciones que impliquen que adoptar la decisión de retiro con fundamento en esa causal pueda ser vulneradora de los derechos fundamentales de la persona, caso en el cual aquellas deben estar suficientemente acreditadas, pues no pueden estar basadas en meras afirmaciones del destinatario de la medida.

Enunciado lo anterior, se observa del material probatorio aportado que aunque el demandante afirmó que durante el año anterior a cumplir la edad de retiro forzoso tramitó lo relacionado con el bono pensional a cargo de Fonprenor, en el plenario está demostrado únicamente que adelantó gestiones desde el 10 de febrero de 2010, día en el que cumplió los 65 años, de manera que no es posible inferir que el entonces Ministerio del Interior y de Justicia hubiera actuado con desconocimiento de una particular situación ajena al demandante, que le impidiera acceder a la pensión de jubilación.

Adicionalmente, el señor Fabio Loaiza Gallego sostuvo que su único sustento provenía de los ingresos que percibía como notario, que su esposa era desempleada en ese momento y que sus dos hijos cursaban la universidad, a pesar de ello, no lo demostró ni ante la administración ni en sede judicial, de manera que no se encuentran acreditadas esas especiales circunstancias, que la propia Corte

⁵² Actualmente la edad de retiro forzoso fue señalada en 70 años, por disposición de la Ley 1821 de 2016.



Radicado: 76001-23-31-000-2010-00886-01 (6077-2018)
Demandante: Fabio Loaiza Gallego

Constitucional ha exigido para diferir la decisión de retiro por edad, tal y como lo observó la sentencia de tutela de primera instancia allegada.

A lo anterior se agrega que tampoco se puede concluir que la falta de respuesta del ente de previsión social haya vulnerado sus derechos, pues como se vio, solamente se allegó prueba de que inició el trámite tendiente al reconocimiento de la prestación lo inició hasta el día en el que llegó a la edad de retiro, con lo cual no se puede juzgar que la decisión adoptada por la parte demandada en el Decreto 970 del 24 de marzo de 2010 no haya sido razonable.

En conclusión: La causal de retiro por edad ha sido entendida por la jurisprudencia del Consejo de Estado como objetiva, sin embargo, numerosos pronunciamientos de la Corte Constitucional han señalado que se deben evaluar las condiciones especiales de la persona para no vulnerar su derechos fundamentales, los cuales deben estar suficientemente acreditados, por lo que, en principio, debe diferir la decisión hasta el ingreso en nómina de pensionados, sin embargo, se deben demostrar las circunstancias por las cuales la decisión afecta gravemente sus derechos fundamentales, entre ellos, el mínimo vital.

De esta manera, se advierte que en el presente caso el Decreto 970 del 24 de marzo de 2010 debe mantener su presunción de legalidad, toda vez que no se encuentra demostrado que el demandante estuviera afectado por alguna circunstancia especial que ameritara posponer la decisión de retiro hasta su inclusión en nómina de pensionados, trámite que según se demostró, solamente inició el día que cumplió los 65 años de edad.

Decisión de segunda instancia

Establecido como está, que no se configura la nulidad del acto administrativo demandado, la Subsección no estudiará el segundo problema jurídico planteado, toda vez que está relacionado con un eventual restablecimiento del derecho.

Por lo expuesto la Subsección considera que se impone revocar la sentencia proferida el 17 de mayo de 2018, por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda dentro del proceso iniciado por el señor Fabio Loaiza Gallego contra la Nación, Ministerio del Interior y de Justicia y la Superintendencia de Notariado y Registro, para en su lugar, denegar las súplicas del libelo inicial.

Condena en costas

Toda vez que el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que solo hay lugar a la imposición de condena en costas cuando alguna de las partes hubiere actuado



Radicado: 76001-23-31-000-2010-00886-01 (6077-2018)
Demandante: Fabio Loaiza Gallego

temerariamente y, en el sub lite, ninguna procedió de esa forma, en el presente asunto no habrá lugar a imponerlas.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección A administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero: Revóquese la sentencia proferida el 17 de mayo de 2018, por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda dentro del proceso iniciado por el señor Fabio Loaiza Gallego contra la Nación, Ministerio del Interior y de Justicia y la Superintendencia de Notariado y Registro. En su lugar, se dispone:

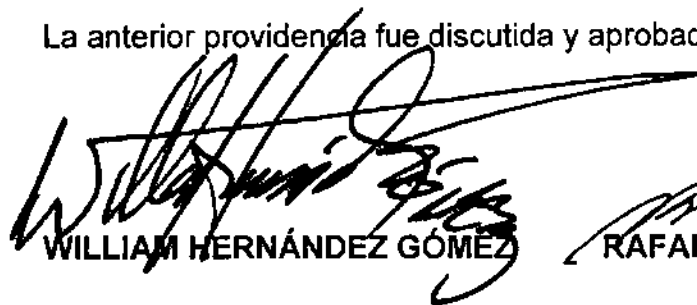
Deniéguense las pretensiones de la demanda.

Segundo: Sin condena en costas.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático «Justicia Siglo XXI».

Notifíquese y cúmplase

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.



WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ



RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS



GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ