

CARRERA JUDICIAL – Regulación. Competencia del Consejo Superior de la Judicatura. Regulación legal / RETIRO DEL SERVICIO EN LA RAMA JUDICIAL POR PENSION – No es obligatorio. Facultad exclusiva del servidor público

El contenido del numeral 6º de la Ley 270 de 1996 debe entenderse como que el retiro del trabajador únicamente opera en aquellos eventos en que, habiendo cumplido con los requisitos legales para obtener su pensión de jubilación, ha decidido voluntariamente su retiro por haber llegado a los 65 años o a otra condición laboral que amerite su desvinculación. Bajo el escenario expuesto hasta aquí, se dirá que no es obligatorio que se de por terminada la relación legal y reglamentaria de los servidores judiciales cuando hayan adquirido el status pensional si el funcionario no ha procedido a hacerlo, pues tal facultad la tiene única y exclusivamente el servidor público respectivo. Este postulado se afianza aún más en la sentencia de constitucionalidad que se profirió frente al parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003. En este punto debe retomarse lo dicho previamente, en cuanto a que de conformidad con esta normativa, el legislador al utilizar la expresión “podrá”, está indicando que esa facultad no debe ejercerse automáticamente, porque deja un amplio campo de discrecionalidad a quien toma la decisión, que no es otro que el servidor público. Así pues es claro que el acto de retiro del servicio del servidor de carrera judicial debe atender la condición que impuso la Corte Constitucional tanto en la sentencia C-037-96 como en la C-1037 de 2003, que declaró exequible la causal consagrada en el artículo parágrafo 3º del 9º de la Ley 797 de 2003.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 256 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 257 / ley 270 de 1996 – articulo 174 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 149 / LEY 270 DE 1996 – ARTICULO 149 NUMERAL 6 / LEY 797 DE 2003 – ARTICULO 9 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 33

ACTO DE RETIRO DEL SERVICIO POR PENSION DE VEJEZ EN LA RAMA JUDICIAL – Su expedición no es competencia del Consejo Superior de la Judicatura sino del nominador

Si bien la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura ejerce la facultad de administrar, ordenar y reglamentar la carrera judicial, tal facultad dista mucho de la competencia para expedir el acto de retiro de los servidores judiciales que se encuentren incurso en la causal contemplada por el artículo 9º, parágrafo 3º de la Ley 797 de 2003. Lo anterior por cuanto es el nominador quien debe emitir dicho acto y una vez expedido, comunicárselo a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura como autoridad administradora de la Carrera Judicial para que sea ella quien proceda a la exclusión de la Carrera Judicial; por ello es que en el Acuerdo del 2003 se dijo claramente que en firme el acto administrativo de desvinculación, el cual debía ser expedido por el nominador, previa comunicación que la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial le hiciera, debía proceder a informar al administrador de la carrera para que lo excluyera de la misma. Así pues, cuando el Acuerdo demandado radica en cabeza del Consejo Superior de la Judicatura la facultad para expedir el acto de retiro del servicio a los servidores de carrera judicial por el cumplimiento de los requisitos para tener derecho a la pensión de vejez, se está arrogando una facultad que constitucional y legalmente no le fue dada, pues a este sólo le compete expedir el acto de exclusión de la carrera judicial. En consecuencia, resulta claro para la Sala que el artículo del Acuerdo demandado está viciado de

nulidad por cuanto, se repite, las facultades constitucionales y legales que tiene el Consejo Superior de la Judicatura son para efectos de la Administración de la Carrera Judicial, que no para expedir el acto de retiro del servicio del servidor judicial por el régimen de carrera judicial, por cumplimiento de los requisitos para tener derecho a la pensión de vejez.

FUENTE FORMAL: ACUERDO 1911 DE 2003 / LEY 797 DE 2003 – ARTICULO 9 PARAGRAFO 3 / LEY 270 DE 1996 – ARTICULO 173 / LEY 270 DE 1996 – ARTICULO 174

NORMA DEMANDADA: ACUERDO PSAA063360 (15 DE MARZO) CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA (NULO)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "A"

Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Bogotá D.C., siete (7) de febrero de dos mil trece (2013).-

Radicación número: 11001-03-25-000-2008-00062-00(1778-08)

Actor: LUIS EDUARDO PEÑUELA CRUZ

Demandado: CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

ACCION DE NULIDAD -

Conoce la Sala en única instancia del proceso de nulidad instaurado por LUIS EDUARDO PEÑUELA CRUZ con el fin de obtener la nulidad del art. 1º del Acuerdo No. PSAA06-3360 del 15 de marzo de 2006 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

DEMANDA

La parte actora, en nombre propio, en ejercicio de la acción de nulidad, solicita a esta Corporación se declare la nulidad del artículo primero del **Acuerdo 3366 del 15 de marzo de 2006**, "Por el cual se adopta el programa de retiro de los servidores judiciales vinculados por el régimen de carrera judicial que cumplen los requisitos para obtener su pensión de vejez".

El texto del acto acusado fue aportado por el demandante y aparece visible a folios 1-3 y es del siguiente tenor:

"ARTICULO PRIMERO.- *Autoridades competentes para expedir el acto de retiro. De conformidad con la facultad conferida en el parágrafo 3º del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, corresponde a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, expedir el acto administrativo que dispone el retiro de los servidores vinculados por el régimen de carrera judicial, por cumplimiento de los requisitos para tener derecho a la pensión de vejez de los Magistrados de Tribunales Superiores, Administrativos y Consejos Seccionales de la Judicatura; de los empleados que prestan sus servicios en la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Corte Constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura y la Dirección Ejecutiva y Seccionales de Administración Judicial.*

Por su parte, las Salas Administrativas de los Consejos Seccionales de la Judicatura, en el ámbito de su circunscripción territorial, expedirán el acto administrativo que ordena el retiro de los Jueces de la República y los empleados vinculados a los Tribunales, Juzgados y Centros de Servicios."

Argumenta en síntesis que el Consejo Superior de la Judicatura carece de competencia según la Constitución, para retirar del servicio a los servidores judiciales que menciona el artículo 1º del Acuerdo demandado.

TRAMITE PROCESAL

La demanda fue admitida mediante auto del 2 de octubre de 2008 y notificada a la Corporación demandada. En la misma providencia se denegó la solicitud de suspensión provisional del acto, por encontrar que, luego de confrontar el Acuerdo demandado con las normas que invocaba la parte demandante como vulneradas, no se logra evidenciar a simple vista una contradicción manifiesta de las mismas (Fls. 58 a 64).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Consejo Superior de la Judicatura, por conducto de apoderado, contestó la demanda oportunamente oponiéndose a las pretensiones allí plasmadas, para lo cual esgrimió los siguientes argumentos:

Adujo, luego de enlistar una serie de normas y efectuar un análisis de las mismas, que la demandada tiene competencia para reglamentar la carrera judicial con base en el numeral 22 del artículo 85 de la Ley 270 de 1996, y adicionalmente el artículo 3 del Acuerdo No. 1911 de 2003 otorga facultades a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura para ordenar el retiro de los servidores judiciales que se encuentren incurso en la causal contemplada en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

Señaló que el Acuerdo demandado fue emitido por la autoridad competente de conformidad con la Constitución y la ley, y está amparado en la presunción de

legalidad y en jurisprudencia constitucional como la sentencia C-1037 de 2005; que el Consejo Superior de la Judicatura tiene la facultad para adoptar en el caso de la Rama Judicial, el programa de retiro de los servidores judiciales que cumplan los requisitos para obtener su pensión de vejez, sin que con ello se predique un desbordamiento en la facultad de reglamentar la Ley de Carrera Judicial.

Sostuvo que la causal de retiro consagrada en el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, es una nueva modalidad de retiro del servicio y no contraviene lo previsto en el numeral 6° del artículo 149 de la Ley 270 de 1996, ni tampoco corresponde a cualquier otro de los supuestos de dicho artículo (Fls. 112 a 148).

ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Segundo Delegado ante el Consejo de Estado, al emitir su concepto de fondo, solicitó se denegaran las pretensiones de la demanda (fls. 161-167).

Luego de efectuar un recuento de las normas constitucionales que han conferido al Consejo Superior de la Judicatura la facultad de regular la administración de la Carrera Judicial (artículo 256 Constitución Política) y de expedir los reglamentos necesarios para el funcionamiento de la misma, así como las normas legales que la facultan para ejercer competencias en la Carrera Judicial, tales como los artículos 85, 149 y 173 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, consideró que dicha Corporación cuenta con plena competencia para proferir el acto por medio del cual se adopta el programa de retiro de los servidores judiciales vinculados por el régimen de carrera judicial que cumplen los requisitos para obtener su pensión de vejez.

Esclarecida la competencia que para el efecto tiene el Consejo Superior de la Judicatura, procedió a confrontar el argumento substancial de la demanda, cual es que la Corporación demandada no es competente para retirar del servicio a los servidores judiciales señalados en el artículo 1° del Acuerdo acusado porque a su juicio la competencia radica en el nominador, con los artículos 256 y 257 Superior, y concluyó que la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, en sus funciones de **administrar y reglamentar la carrera judicial**, bien puede disponer las condiciones reglamentarias pertinentes en orden a aplicar el retiro de los servidores de carrera de la rama judicial que se encuentren en las especiales condiciones señaladas en la ley, en cuanto cumplan los requisitos para obtener su pensión de vejez, pues dentro de la función de administrar la carrera judicial está igualmente la de establecer la forma de ingreso, ascenso, permiso, traslado, retiro y demás situaciones administrativas pertinentes.

Arguyó que al establecer el parágrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, declarado executable, una nueva justa causal para terminar la relación laboral consistente en que una vez el trabajador cumpla los requisitos para tener derecho a la pensión, se le notifique el reconocimiento pensional y sea incluido en la nómina de pensionados, era necesario que con base en las facultades reglamentarias concedidas por el Constituyente al Consejo Superior de la

Judicatura en los artículos 256 y 257 superiores, se procediera a expedir el Acuerdo acusado, advirtiendo que dicho retiro procedería, a voces de lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia que declaró constitucional la nueva causal, una vez el trabajador cumpla los requisitos para tener derecho a la pensión, se le notifique el reconocimiento pensional y sea incluido en la nómina de pensionados.

Se decide previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

El problema jurídico se contrae a determinar si el Consejo Superior de la Judicatura tiene competencia para expedir los actos de retiro de los servidores de carrera judicial que cumplan los requisitos para obtener su pensión de vejez.

Para llegar a ello, es necesario poner en contexto la competencia del Consejo Superior de la Judicatura para regular la Carrera Judicial, de conformidad con la normativa que lo faculta para tal fin.

Como norma principal tenemos el artículo 256 Superior que le otorga la facultad a la Corporación demandada de Administrar la Carrera Judicial:

“ARTICULO 256. *Corresponden al Consejo Superior de la Judicatura o a los Consejos Seccionales, según el caso y de acuerdo a la ley, las siguientes atribuciones:*

1. Administrar la carrera judicial.

2. Elaborar las listas de candidatos para la designación de funcionarios judiciales y enviarlas a la entidad que deba hacerla. Se exceptúa la jurisdicción penal militar que se regirá por normas especiales.

3. Examinar la conducta y sancionar las faltas de los funcionarios de la rama judicial, así como las de los abogados en el ejercicio de su profesión, en la instancia que señale la ley.

4. Llevar el control de rendimiento de las corporaciones y despachos judiciales.

5. Elaborar el proyecto de presupuesto de la rama judicial que deberá ser remitido al Gobierno, y ejecutarlo de conformidad con la aprobación que haga el Congreso.”

6. Dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones.

7. Las demás que señale la ley.”

Por su parte, el artículo 257 ibídem dispone:

“ARTICULO 257. *Con sujeción a la ley, el Consejo Superior de la Judicatura cumplirá las siguientes funciones:*

1. Fijar la división del territorio para efectos judiciales y ubicar y redistribuir los despachos judiciales.

2. Crear, suprimir, fusionar y trasladar cargos en la administración de justicia. En ejercicio de esta atribución, el Consejo Superior de la Judicatura no podrá establecer a cargo del Tesoro obligaciones que excedan el monto global fijado para el respectivo servicio en la ley de apropiaciones iniciales.

3. Dictar los reglamentos necesarios para el eficaz funcionamiento de la administración de justicia, los relacionados con la organización y funciones internas asignadas a los distintos cargos y la regulación de los trámites judiciales y administrativos que se adelanten en los despachos judiciales, en los aspectos no previstos por el legislador.

4. Proponer proyectos de ley relativos a la administración de justicia y a los códigos sustantivos y procedimentales.

5. Las demás que señale la ley.”

De conformidad con las normas transcritas, la Ley Estatutaria de Administración de Justicia estableció en su artículo 85 entre las funciones administrativas asignadas a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, la consagrada en el numeral 17 que establece:

“17. Administrar la Carrera Judicial de acuerdo con las normas constitucionales y la presente ley.”

A su turno, el artículo 174 dispone:

“ARTÍCULO 174. COMPETENCIA PARA ADMINISTRAR LA CARRERA. La Carrera Judicial será **administrada** por las Salas Administrativas de los Consejos Superior o Seccionales de la Judicatura, con la participación de las Corporaciones Judiciales y de los Jueces de la República en los términos de la presente ley y los reglamentos.

La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura reglamentará y definirá, conforme a lo dispuesto en esta ley, los mecanismos conforme a los cuales habrá de llevarse a efecto **la administración de la carrera** y la participación de que trata el inciso anterior.”

Como puede observarse, es claro que a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura le corresponde la labor constitucional y legal de **administrar** la carrera judicial. Es decir, ostenta la facultad de **ordenarla y organizarla**.

Ahora bien, en lo referente al retiro de los servidores de carrera judicial por cumplir con los requisitos pensionales, se dirá que dicha causal fue contemplada como justa causa para retirar del servicio al funcionario de carrera, en el artículo 149 de la Ley 270 de 1996, así:

“ARTÍCULO 149. RETIRO DEL SERVICIO. La cesación definitiva de las funciones se produce en los siguientes casos:

1. Renuncia aceptada.
2. Supresión del Despacho Judicial o del cargo.
3. Invalidez absoluta declarada por autoridad competente.

4. Retiro forzoso motivado por edad.
5. Vencimiento del período para el cual fue elegido.
- 6. Retiro con derecho a pensión de jubilación.**
7. Abandono del cargo.
8. Revocatoria del nombramiento.
9. Declaración de insubsistencia.
10. Destitución.
11. Muerte del funcionario o empleado.”

La Corte Constitucional, en desarrollo del control previo y automático que ejerce sobre los proyectos de ley estatutaria, condicionó la exequibilidad del numeral sexto del artículo en cita, en el entendido que dicha causal se refiere únicamente a aquellos eventos en que el trabajador, una vez cumplidos los requisitos legales para obtener su pensión de jubilación, ha decidido **voluntariamente** su retiro por haber llegado a una edad o a unas condiciones laborales que ameriten su reemplazo.

En efecto, en dicha sentencia dijo:

“De acuerdo con los artículos 124, 125 y 150-23 de la Carta Política, el legislador está facultado para definir el régimen aplicable a los servidores públicos que hagan parte de la rama judicial, dentro del cual se incluyen también las causales de retiro del servicio. Así, para la Corte, la enumeración que contempla el artículo bajo examen se ajusta a los postulados constitucionales, sin perjuicio de las siguientes aclaraciones.

(...)

*Respecto del numeral 6o., debe entenderse que la disposición se refiere únicamente a aquellos eventos en que el trabajador, habiendo cumplido con los requisitos legales para obtener su pensión de jubilación, ha decidido **voluntariamente** su retiro por haber llegado a una edad o a unas condiciones laborales que ameriten su reemplazo”¹. (Resalta la Sala)*

El tema de la fijación de la edad de retiro forzoso en 65 años, ya fue objeto de debate y de análisis en la sentencia C- 351 de 1995 donde se dijo:

'Edad de retiro forzoso

'Como se ha señalado anteriormente, la Carta Política establece la edad de retiro forzoso como una de las causales de retiro para los magistrados de las altas Cortes. De ello no se puede colegir que aunque para este caso concreto se haya fijado tal causal en la Constitución, ello sea excluyente para que, a través de la ley, dicha causal se extienda a otros servidores públicos, o que se establezca como regla general para todos ellos. Quedarían exceptuados aquellos de elección popular, para los cuales se establezca un período fijo, como es el caso del presidente y del vicepresidente de la República, de los miembros de cuerpos colegiados, de los gobernadores o de los alcaldes. En estos casos la razón es la de que no cabría determinar una edad de retiro forzoso para aquellos ciudadanos

¹Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

que por voluntad popular, expresada en las urnas, acto por excelencia a través del cual se expresa la soberanía del pueblo, sean elegidos para un período fijo, ya que mediante ese hecho el pueblo directamente está manifestando su deseo de que esa persona -el elegido- y no otra, ocupe el cargo correspondiente y lo desempeñe durante todo el período previamente señalado en la Carta Política. Para estos cargos la Constitución no prevé edad de retiro forzoso.

El artículo 31 del decreto 2400 de 1968 no ha perdido vigencia con la expedición de la Carta Política de 1991, porque, como se ha establecido, no la contradice. En efecto, la única tacha de inconstitucionalidad que podría impugnársele, en gracia de discusión, es que discrimina a los mayores de determinada edad, impidiéndoles su realización laboral. Pero el legislador como ya se expresó, es autónomo para fijar el tope de edad, porque la Constitución misma prevé estas situaciones, cuando confiere al legislador la potestad de señalar la edad, sin darle ninguna pauta específica. Luego no puede ser inconstitucional una especificación que goza de amparo constitucional.

No existe una discriminación, pues, porque se trata de una figura constitucional, y porque, además, deben brindarse oportunidades laborales a otras personas, que tienen derecho a relevar a quienes ya han cumplido una etapa en la vida. Los cargos públicos no pueden ser desarrollados a perpetuidad, ya que la teoría de la institucionalización del poder público distingue la función del funcionario, de suerte que éste no encarna la función, sino que la ejerce temporalmente. La función pública es de interés general, y en virtud de ello, la sociedad tiene derecho a que se consagren garantías de eficacia y eficiencia en el desempeño de ciertas funciones. Por ello es razonable que exista una regla general, pero no absoluta, que fije una edad máxima para el desempeño de funciones, no como cese de oportunidad, sino como mecanismo razonable de eficiencia y renovación de los cargos públicos.

Se entiende por igualdad, como ya lo ha manifestado esta Corporación, la proporcionalidad equivalente entre dos o más entes, según un principio de reciprocidad. Y por derecho fundamental, aquel que siendo inherente a la persona, constituye el fundamento de legitimidad del orden jurídico, haciendo que éste sea justo. De lo anterior se colige que el derecho a la igualdad es la facultad que tiene todo ser humano, y en general toda persona, natural o jurídica, a recibir un trato no discriminado por parte de la sociedad civil y del Estado, según el merecimiento común -la racionalidad y la dignidad- y según los méritos particulares, fundados en la necesidad y en el trabajo. La igualdad en abstracto, implica una identidad en la oportunidad, al paso que en lo específico requiere un discernimiento, una diferencia y una proporcionalidad: se iguala lo diverso, no por homologación, sino por adecuación.

Finalmente, en cuanto a la supuesta violación del artículo 13 Superior por parte de la norma acusada, hay que anotar que el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968 no deja en estado de indefensión a los mayores de 65 años, ni los discrimina, porque los hace acreedores a la pensión por vejez, dándoles lo debido en justicia. Por otra parte, el Estado no deja de protegerlos, porque les puede brindar apoyo de otras maneras, y sería absurdo que, en aras de proteger la vejez, consagrara el

derecho de los funcionarios mayores de 65 años a permanecer en sus cargos, sin importar los criterios de eficiencia y omitiendo el derecho de renovación generacional, que, por lo demás, está también implícito en el artículo 40-7 de la Constitución.

Así pues, el contenido del numeral 6º de la Ley 270 de 1996 debe entenderse como que el retiro del trabajador únicamente opera en aquellos eventos en que, habiendo cumplido con los requisitos legales para obtener su pensión de jubilación, ha decidido **voluntariamente** su retiro por haber llegado **a los 65 años** o a otra condición laboral que amerite su desvinculación.

Bajo el escenario expuesto hasta aquí, se dirá que no es obligatorio que se de por terminada la relación legal y reglamentaria de los servidores judiciales cuando hayan adquirido el status pensional si el funcionario no ha procedido a hacerlo, pues tal facultad la tiene única y exclusivamente el servidor público respectivo. Este postulado se afianza aún más en la sentencia de constitucionalidad que se profirió frente al parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

En efecto, el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, y en lo relativo a los requisitos para obtener la pensión de vejez, **que no de jubilación**, señaló en el parágrafo tercero como justa causa para dar por terminada la relación legal y reglamentaria, el cumplimiento de los requisitos para tener derecho a la pensión. El parágrafo en referencia es del siguiente tenor:

*“Artículo 9. El artículo 33 de la ley 100 de 1993 quedará así:
Artículo 33.*

...

***Parágrafo 3.** 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”.(Negrilla es nuestra)

Esta norma fue demandada a través de la acción pública de inconstitucionalidad en la que se formularon, entre otros, los cargos de violación de la libertad y el libre desarrollo de la personalidad al imponer al trabajador decisiones en contra de su voluntad; y de trasgresión del derecho al trabajo y la estabilidad laboral por el retiro unilateral del servicio.

Mediante sentencia C-1037 de 2003, la Corte Constitucional consideró que dicha disposición se enmarcaba dentro de la libertad de configuración legislativa otorgada al Congreso por el artículo 125 de la Carta Política y que no contrariaba los principios, valores y derechos superiores, como quiera que era razonable prever la terminación de la relación laboral de un trabajador particular o de un servidor público que hubiere laborado durante el tiempo necesario para obtener la pensión, de suerte que se garantizara su mínimo vital, al tiempo que se creara la posibilidad de que el cargo que ejercía fuera ocupado por otra persona.

Sin embargo, la exequibilidad de la norma **fue condicionada** a que el retiro del servicio sólo podía operar previa notificación al trabajador de su inclusión en la nómina de pensionados, con el fin de que no existiera 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.

En este punto debe retomarse lo dicho previamente, en cuanto a que de conformidad con esta normativa, el legislador al utilizar la expresión “podrá”, está indicando que esa facultad no debe ejercerse automáticamente, porque deja un amplio campo de discrecionalidad a quien toma la decisión, que no es otro que el servidor público.

Así pues es claro que el acto de retiro del servicio del servidor de carrera judicial debe atender la condición que impuso la Corte Constitucional tanto en la sentencia C-037-96 como en la C-1037 de 2003, que declaró exequible la causal consagrada en el artículo parágrafo 3° del 9° de la Ley 797 de 2003.

Ahora bien, el asunto litigioso se centra sustancialmente en la competencia de quien expide el acto de retiro del servicio de los servidores vinculados por el régimen de carrera judicial, por cumplimiento de los requisitos para tener derecho a la pensión de vejez.

Para resolver lo anterior la Sala considera necesario acudir de manera ilustrativa al Acuerdo el 16 de julio de 2003, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura profirió el Acuerdo No. 1911 “*Por el cual se reglamenta la aplicación del artículo 9°, parágrafo 3° de la Ley 797 de 2003*”. el cual se hace necesario transcribir:

**“ACUERDO No. 1911 DE 2003
(Julio 16)**

“Por el cual se reglamenta la aplicación del artículo 9°, parágrafo 3°, de la Ley 797 de 2003”

**LA SALA ADMINISTRATIVA DEL
CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA**

En uso de sus facultades constitucionales y legales y,

CONSIDERANDO

Que, al Consejo Superior de la Judicatura – Sala Administrativa –, órgano de creación constitucional, le competen el gobierno, administración y control de gestión de la Rama Judicial, con expresas facultades para administrar la Carrera Judicial, en los términos de los artículos 256 y 257 de la Carta Política.

Que, el artículo 125 de la Constitución Política establece como causales de retiro de los servidores públicos de carrera, la calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, la violación del régimen disciplinario, además de las previstas en la Constitución y la ley.

Que, en los términos del artículo 173 de la Ley 270 de 1996, el retiro de la carrera judicial y consecuente desvinculación del servicio, se produce por las “causales genéricas” y la evaluación de desempeño no satisfactoria.

Que, el artículo 149 de la Ley 270 de 1996 incluye entre los casos que dan lugar a la cesación definitiva de funciones, “el retiro con derecho a pensión de jubilación”.

Que, la ley 797 de enero 29 de 2003, modificatoria de la ley 100 de 1993, en su artículo 9º, párrafo 3º establece:

“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 éste 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”.

Que, esta causal legal desarrolla el artículo 125 de la Carta Política y los artículos 149 y 173 de la Ley 270 de 1996, y resulta aplicable a todos los servidores públicos, sean de carrera o de libre nombramiento y remoción, incluidos los funcionarios y empleados judiciales.

ACUERDA

ARTICULO PRIMERO.– *Ordenar a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, levantar un censo general de los servidores en carrera judicial que en la actualidad tengan reconocida la pensión de jubilación y de aquellos que habiendo cumplido los requisitos de ley, no han solicitado su reconocimiento o su petición se encuentra en trámite, con base en el Sistema de Información de Personal establecido por el Acuerdo 1663 de diciembre 11 de 2002 y los datos obtenidos de las entidades administradoras del sistema general de pensiones..*

ARTICULO SEGUNDO.– La Dirección Ejecutiva de Administración Judicial **deberá comunicar al servidor judicial en carrera su situación administrativa**, a fin de que proceda a dar cumplimiento a lo establecido por el parágrafo 3º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003, con la advertencia de que si en el plazo señalado en la norma no eleva la solicitud correspondiente, la Sala Administrativa, a través de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, podrá pedir el reconocimiento de la pensión de jubilación en nombre de aquel.

ARTICULO TERCERO.– La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura ejercerá la facultad de **ordenar el retiro** de los servidores judiciales que se encuentren incurso en la causal contemplada por el artículo 9º, parágrafo 3º de la Ley 797 de 2003, de acuerdo con el plan de desvinculación que establezca mensualmente con base en el censo de que trata el artículo primero del presente Acuerdo.

En la elaboración del plan de desvinculación se atenderán, entre otros criterios, la edad, el tiempo de servicios, la calificación del desempeño y, en todo caso, se procurará hacer más eficiente la prestación del servicio público esencial de la administración de justicia.

ARTICULO CUARTO.– La Dirección Ejecutiva de Administración Judicial ejecutará el plan de retiro del servicio de que trata el artículo anterior **y comunicará la decisión, para cada caso, al nominador, para los efectos relacionados con su legalización, de conformidad con lo previsto por los artículos 173 y 174 de la Ley 270 de 1996.**

En firme el acto administrativo de desvinculación del servicio, el nominador lo informará de inmediato a la autoridad administradora de la carrera judicial para los fines pertinentes.

ARTICULO QUINTO.– La Unidad de Administración de la Carrera Judicial prestará el apoyo necesario a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial para la implementación y ejecución del presente Acuerdo.

ARTICULO SEXTO.– La Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, dentro de los diez (10) primeros días de cada mes, rendirá informes a la Sala Administrativa, sobre el desenvolvimiento de las medidas adoptadas mediante el presente Acuerdo, para efectos de la elaboración, el seguimiento, la evaluación y los ajustes del plan de retiro.

ARTICULO SÉPTIMO.– El presente Acuerdo rige a partir de su publicación en la Gaceta de la Judicatura.

Dado en Bogotá, D. C., a dieciséis (16) de julio de dos mil tres (2003)

PUBLIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE

GUSTAVO CUELLO IRIARTE
Presidente”

En aquella oportunidad quedó claro, como lo demuestran los apartes resaltados del Acuerdo transcrito, que la actividad administrativa de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura se limita a la facultad de ordenar, mas no de expedir el retiro de los servidores judiciales que se encuentren incurso en la causal contemplada por el artículo 9º, parágrafo 3º de la Ley 797 de 2003.

Lo anterior cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta que según el artículo 4º del Acuerdo en mención la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial ejecutará el plan de retiro del servicio y **comunicará la decisión**, para cada caso, **al nominador**, para los efectos relacionados con su legalización, de conformidad con lo previsto por los artículos 173 y 174 de la Ley 270 de 1996.

Cabe destacar que el artículo 173 dispone: *“La exclusión de la Carrera Judicial de los funcionarios y empleados se produce por las causales genéricas de retiro del servicio y la evaluación de servicios no satisfactoria. PARÁGRAFO. El retiro de la Carrera Judicial lleva consigo el retiro del servicio y se efectuará mediante acto motivado, susceptible de los recursos de la vía gubernativa.”*

Esta disposición, que hace referencia exclusivamente a la exclusión de la carrera judicial cuando concurren algunas de las causas de retiro del servicio, es clara en determinar que la decisión de ejecutar el plan de retiro que hace la Dirección Ejecutiva de la Rama Judicial debe ser comunicada “al nominador” para que legalice el retiro, luego es fácil inferir que quien debe expedir el acto de retiro es el nominador del servidor judicial; no en vano el referido artículo 4º del Acuerdo transcrito establece que en firme el acto de retiro del servicio es el nominador quien comunica su decisión a la autoridad administradora de la carrera judicial para los fines pertinentes, esto es, únicamente con el fin de excluirlo de la Carrera Judicial.

La puesta en escena del Acuerdo del 2006 se trae a colación con el fin de ilustrar la forma en que anteriormente se hacía el trámite del retiro del servicio de los servidores de la Carrera Judicial.

Ahora bien, retomando lo dicho anteriormente cuando se citaron las normas que regulan la Carrera Judicial, se dirá que si bien la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura ejerce la facultad de administrar, ordenar y reglamentar la carrera judicial, tal facultad dista mucho de la competencia para expedir el acto de retiro de los servidores judiciales que se encuentren incurso en la causal contemplada por el artículo 9º, parágrafo 3º de la Ley 797 de 2003.

Lo anterior por cuanto es el nominador quien debe emitir dicho acto y una vez expedido, comunicárselo a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura como autoridad administradora de la Carrera Judicial para que sea ella quien proceda a la exclusión de la Carrera Judicial; por ello es que en el Acuerdo del 2003 se dijo claramente que en firme el acto administrativo de desvinculación, el cual debía ser expedido por el nominador, previa comunicación que la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial le hiciera, debía proceder a informar al administrador de la carrera para que lo excluyera de la misma.

Pretende confundir el Acuerdo demandado la facultad que tiene el **administrador** de la Carrera Judicial, que como se vio legal y constitucionalmente es el Consejo Superior de la Judicatura, de expedir el acto de exclusión de la carrera, cuya competencia no se discute, con la competencia que tiene el **nominador** para expedir el acto de **retiro** del servicio, facultad que indiscutiblemente se encuentra en cabeza de la autoridad nominadora correspondiente.

Es cierto que según lo establece el artículo 173 de la Ley 270 de 1996, la exclusión de la Carrera Judicial de los funcionarios y empleados se produce por las causales genéricas de retiro del servicio, sin embargo, no se puede confundir que por ser las causales genéricas del retiro del servicio las mismas para dar por terminada la relación laboral, se pueda aplicar el mismo trámite para una y para otra, o lo que es más, que por asimilación, un funcionario que no tiene la competencia para expedir dicho acto lo emita, escudándose en que las causales de una y otra son las mismas.

La Sala administrativa del Consejo Superior es la competente para regular, administrar y ordenar la CARRERA JUDICIAL, por lo que los actos que para tales efectos puede expedir son los concernientes al retiro de dicha actividad, **y no los de retiro del servicio**, pues a pesar de que la Ley estableció que las causales de la exclusión de la carrera son las mismas de retiro definitivo del servicio, bien puede suceder que opere la exclusión por otra causa diferente a la del retiro, como es la evaluación de servicios no satisfactoria.

Así pues, cuando el Acuerdo demandado radica en cabeza del Consejo Superior de la Judicatura la facultad para expedir el acto de retiro del servicio a los servidores de carrera judicial por el cumplimiento de los requisitos para tener derecho a la pensión de vejez, se está arrogando una facultad que constitucional y legalmente no le fue dada, pues a este sólo le compete expedir el acto de exclusión de la carrera judicial.

En consecuencia, resulta claro para la Sala que el artículo del Acuerdo demandado está viciado de nulidad por cuanto, se repite, las facultades constitucionales y legales que tiene el Consejo Superior de la Judicatura son para efectos de la Administración de la Carrera Judicial, que no para expedir el acto de retiro del servicio del servidor judicial por el régimen de carrera judicial, por cumplimiento de los requisitos para tener derecho a la pensión de vejez.

En consecuencia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

F A L L A

DECLÁRASE LA NULIDAD del art. 1º del Acuerdo No. PSAA06-3360 del 15 de marzo de 2006 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

En firme esta providencia, archívese el expediente.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.-

GUSTAVO E. GOMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCON