

**RETIRO DEL SERVICIO POR RECONOCIMIENTO PENSIONAL POR VOLUNTAD DEL EMPLEADOR EN LA RAMA JUDICIAL – Improcedencia / FALTA DE COMPETENCIA / REGULACIÓN DEL RETIRO POR RECONOCIMIENTO PENSIONAL POR VOLUNTAD DEL EMPLEADOR EN LA RAMA JUDICIAL – No procede por una ley ordinaria / SENTENCIA DE NULIDAD – Efecto / PÉRDIDA DE FUERZA EJECUTORIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO**

Para la Sala, en virtud de los criterios de interpretación de especialidad y jerarquía normativa, la causal de retiro del servicio del numeral 6 del artículo 149 de la Ley 270 de 1996, como expresión de la voluntad del servidor, en sana lógica excluye la aplicación en la Rama Judicial de la facultad unilateral del empleador de retiro por reconocimiento pensional, contenida en el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003. Adicionalmente, aunque el artículo 204 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia 270 de 1996, indique que una ley ordinaria puede regular la carrera judicial, no se puede pasar por alto que en la sentencia C-037 de 1996, que estudió su constitucionalidad, se dijo aquella solo puede regular los aspectos que no fueron regulados en la ley estatutaria y que en todo caso no podría modificar o derogar las normas estatutarias. (...) Por último, se precisa que en el año 2008, el Consejo Superior de la Judicatura dictó el Acuerdo PSAA08-5160 (que modificó el Acuerdo PSAA06-3360 del 15 de marzo de 2006), relativo al trámite a seguir por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura para ordenar la desvinculación de los servidores con resolución de reconocimiento pensional en firme. Empero para esta fecha no se había expedido el fallo del Consejo de Estado (2013) que anuló el numeral 1 del citado Acuerdo PSAA06-3360 del 15 de marzo de 2006. Por consiguiente, en razón de la declaratoria de nulidad del numeral 1 del citado Acuerdo, por falta de competencia de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura para expedir el acto de retiro de los servidores de la Rama Judicial; es improcedente aplicar el referido Acuerdo PSAA08-5160 de 2008, comoquiera que modifica un acto administrativo anulado parcialmente. Así las cosas, aunque al consultarse en la página electrónica oficial se indique que está vigente, ha perdido fuerza ejecutoria y no tiene efectos. **NOTA DE RELATORÍA:** Sobre que el retiro por reconocimiento de la pensión en la rama judicial sólo procede por la voluntad del empleado. Corte Constitucional, sentencia C-037 de 1996; SU 938 de 2010

**FUENTE FORMAL:** LEY 797 DE 2003 - ARTÍCULO 9 PARÁGRAFO 3 / LEY 270 DE 1996 - ARTÍCULO 149 / ACUERDO 1911 DE 2003 / ACUERDO PSAA08-5160 DE 2008

**RECONOCIMIENTO DE PERJUICIOS MORALES POR RETIRO DEL SERVICIO POR RECONOCIMIENTO PENSIONAL POR VOLUNTAD DEL EMPLEADOR – Prueba**

Para la Sala se evidencia que si bien la accionante sufrió una afectación emocional en razón de los actos administrativos demandados; también es importante resaltar que, pese a la ilegalidad del retiro, no se puede pasar por alto que la demandante tenía una pensión de jubilación reconocida. Así, aunque no se desconoce la tristeza y preocupación por su imagen ante la comunidad jurídica, dicho estado de ánimo no tiene la envergadura suficiente para tener por demostrados los perjuicios morales, pues éstos deben ser de una intensidad tal más allá de un contratiempo, que finalmente fue solucionado, pues la decisión de retiro no se ejecutó. Por otra parte, la Sala no observa que se haya probado la afectación de la imagen y buen nombre de la actora, en tanto en los testimonios se

habla de la existencia de unos comentarios de terceros, pero este hecho no está acreditado. Por consiguiente, se debe revocar el numeral tercero del fallo apelado que ordenó el reconocimiento de perjuicios morales, por el valor equivalente a 30 SMLMV.

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION SEGUNDA**

#### **SUBSECCIÓN B**

**Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS**

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

**Radicación número: 76001-23-31-000-2009-00211-01(0337-13)**

**Actor: BERTHA LUCÍA LUNA BENÍTEZ**

**Demandado: RAMA JUDICIAL – CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA - DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL**

**Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho- Decreto 01 de 1984**

**Tema : Retiro del servicio por reconocimiento pensional.  
Prueba  
de pago de perjuicios morales**

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada contra la sentencia del 24 de agosto de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle de Cauca, Sala de Conjuces, que accedió a las pretensiones de la demanda.

## **I. ANTECEDENTES**

### **1. La demanda**

#### **1.1 Pretensiones**

La señora Bertha Lucía Luna Benítez, mediante apoderado, acudió a la jurisdicción en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho,

prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, para solicitar la nulidad de los siguientes actos administrativos expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura:

**-Resolución PSAR07-628 de 19 de diciembre de 2007**, que retiró del servicio a la accionante, quien ejercía el cargo de magistrada del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

**-Resolución PSAR08-247 del 3 de julio de 2008**, que confirmó la decisión de retiro al resolver el recurso de reposición.

**A título de restablecimiento del derecho** pidió que se condene a la Nación – Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura a reintegrar a la demandante al cargo que desempeñaba o a otro de similares condiciones en la ciudad de Cali.

Igualmente solicitó el reconocimiento y pago de los salarios, primas, prestaciones y demás beneficios laborales dejados de percibir, debidamente actualizados, desde la fecha en que se produzca su retiro; y que se declare que no hubo solución de continuidad en la prestación de los servicios,

Reclamó el pago de 100 SMLMV por los perjuicios morales padecidos por la accionante desde la notificación de los actos de retiro.

Además, requirió que la sentencia se cumpla en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

**Los hechos** en que se fundamentan las pretensiones son los siguientes<sup>1</sup>:

La señora Bertha Lucía Luna Benitez fue inscrita en carrera judicial, mediante la Resolución 235 del 25 de octubre de 1989, dictada por el Consejo Superior de la Judicatura, en el cargo de magistrada del Tribunal Administrativo del Valle de Cauca.

---

<sup>1</sup> Folios 133-164

La demandante nació el 24 de agosto de 1947 y es beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993. Cumplió los requisitos previstos en la Decreto 546 de 1971 –régimen especial pensional de la Rama Judicial-, para adquirir el derecho a la pensión de jubilación, que fue reconocida por la Caja de Previsión Social, en la Resolución 25311 del 3 de noviembre de 2000. Agregó que cuando le fueron notificados los actos de desvinculación no había llegado a la edad de retiro forzoso, pues tenía solamente 61 años.

Con los actos demandados el Consejo Superior de la Judicatura retiró a la actora del servicio y la excluyó de la carrera judicial, en aplicación del parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, en concordancia con el artículo 149 de la Ley 270 de 1996.

La actora ha sufrido perjuicios morales porque desde la notificación de las resoluciones demandadas, *“ha padecido angustia, zozobra, pues había hecho un proyecto de vida laboral hasta la edad de retiro forzoso, proyecto que también incluía la parte económica. Su psiquis se vio afectada igualmente por cuanto a la fecha de esta demanda se encuentra en perfectas condiciones físicas, mentales y productivas que le permiten laborar óptimamente”*.

## **1.2 Normas violadas y concepto de violación**

Del Decreto 546 de 1971, el artículo 6.

Del Decreto 1660 de 1968, el artículo 116.

De la Ley 100 de 1993, el artículo 36 y el parágrafo del artículo 150.

De la Ley 270 de 1996, los artículos 85, 131 y 149 (numeral 6).

De la Ley 797 de 2003, el artículo 1.

De la Constitución Política, el artículo 25.

El apoderado de la accionante indicó que los actos administrativos demandados, que la retiraron del cargo de magistrada de Tribunal, con fundamento en la Ley 797 de

2003 (parágrafo 3 del artículo 9), desconocieron que su régimen aplicable está contenido en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia 270 de 1996. Normativa que en el numeral 6 del artículo 149 prevé la causal de retiro por reconocimiento de pensión, pero cuya aplicación está condicionada a la voluntad de la funcionaria para desvincularse, tal como lo expresó la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 1996.

Al respecto, explicó que la Ley 797 de 2003, es una ley ordinaria, que no prevalece sobre la Ley Estatutaria de Administración de Justicia 270 de 1996, donde se regulan las causales de retiro del servicio para los servidores de la Rama Judicial. Así las cosas, resaltó que solo era viable modificar el artículo 149 ídem, a través de una ley estatutaria.

Por ello, anotó que como la demandante no ha llegado a la edad de retiro forzoso de 65 años, ni ha manifestado su voluntad de retirarse, su situación no está conforme con alguna de las causales de desvinculación; de ahí que la administración estuviera impedida de retirarla con fundamento en una norma de una ley ordinaria, cuya jerarquía es inferior a la estatutaria.

Señaló que el Consejo Superior de la Judicatura se extralimitó en sus funciones porque aplicó indebidamente el artículo 3 del Acuerdo 1911 de 2003; toda vez que se arrogó la facultad de desvincular a la servidora judicial, pese a que la autorización legal se circunscribía a ordenarle a los nominadores la expedición del acto de retiro.

Precisó que la Corte Constitucional en un caso de similares condiciones fácticas, a través del fallo T-1092 de 2008, donde la accionante era otra magistrada del mismo Tribunal que igualmente fue retirada del servicio, decidió tutelar sus derechos al trabajo y al mínimo vital, y declaró que tenía derecho a seguir laborando, no obstante reunir los requisitos para obtener el reconocimiento pensional.

Indicó que los actos administrativos demandados están viciados por falta de competencia, ya que la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura no está facultada para expedir el acto administrativo de retiro, prerrogativa que le corresponde al nominador, que para el caso de la actora es el Consejo de Estado.

Sostuvo que el artículo 85 de la Ley 270 de 1996 regula las funciones de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, dentro de las cuales no se encuentra la competencia para desvincular a los magistrados de Tribunal, sino que solo presenta las listas ante la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado para que como nominadores procedan a efectuar los respectivos nombramientos.

En este mismo sentido, resaltó que el artículo 131 ídem dispone que la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado son las autoridades nominadoras de los cargos de magistrados de los Tribunales.

Alegó que, en tanto la actora es beneficiaria del régimen de transición y por ese motivo le fue reconocida una pensión de jubilación en aplicación de régimen especial de la Rama Judicial, el Consejo superior de la judicatura no le podía aplicar la Ley 100 de 1993 modificado la Ley 797 de 2003, pues no es beneficiaria de una pensión de vejez. En ese sentido adujo que la Ley 797 de 2003 crea una nueva causal de retiro que solamente se aplica a quienes perciben una pensión de vejez.

Manifestó que la entidad accionada desconoció el parágrafo del artículo 150 de la Ley 100 de 1993, norma que está vigente y señala que no podrá obligarse a ningún funcionario a retirarse del cargo por el solo hecho haberse expedido a su favor una resolución de jubilación, si no ha llegado a la edad de retiro forzoso.

Por otra parte, señaló que los actos demandados están viciados de nulidad por desviación de poder, ya que el reconocimiento de una pensión de jubilación para la actora no prueba que se haya reducido su capacidad de trabajo, ni desvirtúa la eficiencia y eficacia de su desempeño como magistrada.

## **2. Trámite procesal**

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en auto del 2 de junio de 2010, admitió la demanda y declaró la suspensión provisional de las resoluciones acusadas, al considerar que según la Ley Estatutaria de Administración de Justicia y la sentencia C-037 de 1996, que estudió su constitucionalidad, el retiro del trabajador

como resultado del reconocimiento pensional está condicionado a que voluntariamente decida desvincularse del servicio<sup>2</sup>.

### **3. Contestación de la demanda**

La Nación – Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial solicitó que se nieguen las pretensiones de la demanda<sup>3</sup>.

Explicó que la Sala Administrativa sí tiene plena competencia para emitir los actos administrativos de retiro con fundamento en los artículos 125, 256, numeral 1º y 257, numeral 3 de la Constitución Política; 85, numerales 13, 22, 149 y 173 de la Ley 270 de 1996. Normas que prevén la facultad de dicha Sala para administrar la carrera judicial y dictar los reglamentos necesarios para su funcionamiento eficaz.

Narró que la potestad reglamentaria de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura ha sido avalada por el Consejo de Estado, que en sentencia del 27 de octubre de 2005 negó la nulidad del Acuerdo 1911 de 2003, reglamentario para la Rama Judicial de la causal de retiro por reconocimiento de pensión (par. 3, art. 9 de la Ley 797 de 2003).

Resaltó que las consideraciones del Consejo de Estado, en la providencia del 27 de octubre de 2005, son plenamente aplicables a los actos administrativos demandados en este proceso, advirtiendo que el Acuerdo 1911 de 2003 está vigente y no ha sido suspendido por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, siendo en consecuencia de obligatorio cumplimiento.

Expresó que, conforme a las normas previamente citadas, el Consejo Superior de la Judicatura, como entidad empleadora de la Rama Judicial, puede ejercer la facultad de ordenar el retiro de los servidores judiciales que cumplen los requisitos para obtener la pensión, a partir de su inclusión en nómina; y que el legislador en el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003 creó una causal de retiro, que

---

<sup>2</sup> Folios 203-205

<sup>3</sup> Folios 257-285

el empleador puede ejercer sin que sea necesario el consentimiento del empleado, según lo indicó la Corte Constitucional en la sentencia C-1037 de 2003.

Manifestó que la citada causal de retiro *“no contraviene lo previsto en el numeral 6° del Artículo 149 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia”*, destacando que es aplicable a todos los servidores judiciales, incluidos quienes son beneficiarios del régimen de transición, regulado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y que fueron incorporados al Sistema General de Pensiones, a partir del 1 de abril de 1994.

Anotó que, en el presente caso, se cumplen todas las condiciones para el ejercicio de la facultad de retirar a la actora, en la medida que le fue reconocida una pensión de jubilación y está incluida en nómina.

Indicó que la causal de retiro aplicada a la accionante no corresponde a la prevista en el numeral 6 del artículo 149 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, de ahí que sea improcedente acudir a las consideraciones de la Corte Constitucional, en la sentencia C-037 de 1996, sobre la aquiescencia del pensionado para desvincularse.

Contrario a lo afirmado en la demanda, aseveró que no violó el artículo 149 de la Ley 270 de 1996, ya que el Consejo de Estado desvirtuó dicho argumento al negar la nulidad del Acuerdo 1911 de 2003, al indicar *“el hecho de que el legislador hubiese consagrado una modalidad determinada de retiro del servicio, la de ‘Retiro con derecho a pensión de jubilación’ que, según la sentencia de constitucionalidad de la Corte, debe respetar el elemento voluntariedad, no inhibe su facultad para establecer un nueva causal de retiro o de cesación definitiva de las funciones, el retiro del servicio por voluntad de la administración cuando el servidor público cumple los requisitos de pensión de jubilación”*.

En este orden de ideas, puntualizó que son diferentes las causales de retiro contenidas en la Ley 270 de 1996 (numeral 6, art. 149) y la Ley 797 de 2003 (par. 3 del art. 9), porque la primera corresponde a la decisión libre del servidor,



mientras que en el segundo caso, la administración que puede disponer unilateralmente el retiro.

Explicó que no existe una disposición constitucional o estatutaria que prohíba al legislador ordinario establecer causales de retiro diferentes a las previstas en el artículo 149 de la Ley 270 de 1996. Así pues, señaló que en la sentencia C-037 de 1996 se dijo que la ley estatutaria de administración de justicia debe ocuparse de la estructura general de la administración de justicia, de modo que no todo aspecto relacionado con ésta debe hacer parte de dicha tipología de ley.

Indicó que es reiterada la jurisprudencia constitucional donde se ha interpretado de forma restrictiva el principio de reserva de ley estatutaria frente a la administración de justicia; pues un entendimiento en sentido contrario conduciría a vaciar las competencias atribuidas al legislador ordinario.

En este sentido, resaltó que para la Corte Constitucional una ley ordinaria puede modificar aspectos de una ley estatutaria, siempre que no se afecte el núcleo esencial o básico de la estructura, organización y funcionamiento de la administración de justicia. De ahí que la carrera judicial y las situaciones administrativas no tengan reserva estatutaria, tanto así, que *“el propio legislador estatutario defirió su regulación a través de una ley ordinaria (artículo 204 de la Ley 270 de 1996)”*.

Sumado a lo anterior, adujo que la Corte Constitucional en la sentencia C-1037 de 2006, que constituye cosa juzgada constitucional, declaró exequible la causal de retiro prevista en el párrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, sin excluir de su aplicación a los servidores de la Rama Judicial.

Propuso la excepción que denominó cosa juzgada, porque la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del párrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003 y porque el Consejo de Estado negó la nulidad del Acuerdo 1911 de 2003, donde desvirtuó los argumentos ahora planteados por la parte actora.

Igualmente, propuso las excepciones que denominó *inexistencia de perjuicios y falta de causa para demandar*.

#### **4. La sentencia de primera instancia**

El Tribunal Administrativo del Valle de Cauca, Sala de Conjuces, declaró no probadas las excepciones propuestas por la parte accionada; anuló los actos administrativos demandados y a título de restablecimiento del derecho ordenó el pago a la actora del *“valor equivalente a 30 salarios mínimos legales vigentes a la fecha de ejecutoria de la providencia que ponga fin a esta acción, por concepto de perjuicios morales”*<sup>4</sup>.

Explicó que para la expedición de los actos administrativos que retiraron del servicio a la accionante la administración se basó en las Leyes 270 de 1996, 797 de 2003 y los acuerdos 1911 de 2003, PSAA 0606 3360 y PSAA07 4043 de 2007.

Relató que el párrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que modificó la Ley 100 de 1993, estableció que el cumplimiento del trabajador de los requisitos para tener derecho a la pensión es justa causa para dar por *“terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria”*.

Indicó que el Consejo de Estado, en sentencia del 27 de octubre de 2005, negó la nulidad del Acuerdo 1911 de 2003, que reglamentó la citada norma, siendo expedidos posteriormente los Acuerdos PSAA 0606 3360 y PSAA07 4043 de 2007 con fundamento en aquél.

Sin embargo, aclaró que el párrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003 no se aplica a la Rama Judicial, por cuanto su regulación se efectúa mediante una ley estatutaria, como lo prevé el artículo 152 de la Constitución Política. En este sentido, el Tribunal explicó que *“todo lo relacionado con la Rama Judicial o que afecte la estructura general de ésta, que establezcan o garanticen la efectividad de los principios que le son inherentes o que desarrollen aspectos sustanciales, se*

---

<sup>4</sup> Folios 343-360

*deberá reglar por una ley estatutaria, como lo ordena la Carta y lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional”.*

Aseveró que, según la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 1996, las leyes ordinarias solo pueden regular aspectos de la carrera judicial que no fueron establecidos en la ley estatutaria de administración de justicia, así:

*“(…) el Congreso de la República sí puede expedir una ley ordinaria sobre carrera judicial que se ocupe de los aspectos que no fueron regulados en la ley estatutaria sobre administración de justicia, aunque, atendiendo el régimen jerárquico de las leyes, las disposiciones ordinarias que se expidan no podrán modificar, adicionar, reemplazar o derogar las normas contenidas en esta ley estatutaria, pues para ello deberá someterse la respectiva ley al trámite previsto en los artículos 152 y 153 de la Carta Política”.*

Señaló que el párrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003 no se aplica a funcionarios de la Rama Judicial, porque la ley ordinaria no podía modificar el artículo 149 de la Ley 270 de 1996 –estatutaria de administración de justicia-, que regula su desvinculación; máxime cuando la Corte Constitucional, en la sentencia C-037 de 1996, determinó que el retiro del servicio de un funcionario judicial con derecho a pensión debe estar necesariamente precedido de su consentimiento.

En consecuencia, declaró la nulidad de los actos administrativos que retiraron del servicio a la accionante por tener derecho a reconocimiento pensional. No se ordenó su reintegro porque los efectos de los referidos actos fueron suspendidos provisionalmente, de ahí que no haya estado retirada de su cargo.

Accedió al reconocimiento de los perjuicios morales en el monto de 30 SMLMV por considerar que estaban plenamente probados en el proceso; resaltando, a partir de la valoración de testimonios recaudados, que los actos de desvinculación le causaron una mala imagen ante la comunidad jurídica, pues se consideró que el retiro era el resultado de una sanción.

## **5. Recurso de apelación**

**La parte demandada** solicita que se revoque la condena contenida en la sentencia de primera instancia<sup>5</sup>.

Indicó que *“no encuentra ajustada”* la condena ordenada por el Tribunal al pago de perjuicios morales, por cuanto dentro del fallo y el proceso no se demostró *“que el daño causado a la Doctora Luna, haya sido cierto, concreto o determinado, más aún cuando está probado que los actos administrativos de desvinculación nunca surtieron efecto y la actora continuó laborando normalmente en el cargo de Magistrada; así como [que] la entidad nunca ejerció presión para que dejara el puesto, por tanto, no hubo zozobra o inseguridad alguna para que continuara laborando”*.

En este orden de ideas, advirtió que en este proceso las pruebas no son idóneas y que la responsabilidad por el presunto daño no se concretó en un daño cierto, en la medida que la actora no fue retirada del servicio y los testimonios recaudados en el proceso no permiten vislumbrar daño alguno.

## **6. Alegatos de conclusión**

**La parte demandante** indicó que la providencia apelada anuló los actos acusados, ya que la causal de retiro de la Ley 797 de 2003 no le era aplicable, pues en la Rama Judicial rige la ley estatutaria de administración de justicia<sup>6</sup>.

Precisó que, si bien, la accionante no fue retirada del servicio las decisiones censuradas sí afectaron *“la vida y la actuación en la sociedad de la Magistrada”*; así, agregó que el daño moral se encuentra respaldado probatoriamente en los testimonios practicados en el proceso.

Resaltó que la entidad solamente impugna la sentencia en cuanto a la condena por el pago de perjuicios morales.

**La parte demandada y el Ministerio Público** no se pronunciaron.

---

<sup>5</sup> Folios 362-365

<sup>6</sup> Folios 385-388

## II. CONSIDERACIONES

### 1. Competencia

El presente asunto que se rige por el Decreto 01 de 1984 es competencia de esta Corporación de conformidad con lo establecido en el artículo 129 *ídem*, según el cual el Consejo de Estado conoce en segunda instancia de las apelaciones contra las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos.

### 2. Problema jurídico

En los términos del recurso de apelación interpuesto por la entidad accionada, corresponde a la Sala establecer si revoca parcialmente la sentencia de primera instancia que accedió a las pretensiones de la demanda. Para el efecto, se determinará si procede revocar la condena al pago de perjuicios morales ordenada por el *a quo*, pues en criterio de la parte recurrente no fueron debidamente probados.

Previo a desarrollar el problema jurídico, la Sala abordará la causal de retiro del servicio, contenida en el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, para los servidores de la Rama Judicial.

En este orden de ideas, la Sala analizará los siguientes aspectos: 3.1 Marco normativo y jurisprudencial; 3.2 Hechos relevantes probados y 3.3. Caso concreto.

#### 3.1 Marco normativo y jurisprudencial

Para la Sala no hay una línea hermenéutica pacífica en la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en cuanto a la causal de retiro por reconocimiento de pensión en la Rama Judicial. Debate que ha surgido alrededor de si el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que regula las relaciones laborales privadas y legales y reglamentarias, se aplica o no la Rama Judicial; cuya carrera especial está desarrollada en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia 270 de 1996,

que a su turno prevé el retiro del servicio por reconocimiento de pensión pero, no como una prerrogativa unilateral del empleador, sino como una expresión del deseo del servidor de retirarse del servicio.

Aunado a lo anterior, se encuentran vigentes algunos Acuerdos del Consejo Superior de la Judicatura<sup>7</sup>, que en ejercicio de la facultad reglamentaria desarrollaron la aplicación para la Rama Judicial de la justa causa para terminar la relación legal y reglamentaria, contenida en el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003

Por ello, para dar claridad sobre los preceptos que gobiernan el retiro por reconocimiento de pensión en la Rama Judicial, se expondrá su desarrollo normativo y jurisprudencial partiendo de la Ley 100 de 1993.

**La facultad unilateral del empleador de retirar del servicio al trabajador por reconocimiento de pensión, condicionado a que se le notifique la inclusión en nómina de pensionados.**

**La Ley 100 de 1993**, que contiene el Sistema General de Pensiones que se aplica a todos los habitantes del territorio nacional (art. 11), inicialmente en el parágrafo 3 del artículo 33 señalaba que no obstante haber cotizado 1000 semanas para tener derecho a la pensión de vejez, cuando el trabajador lo estimara conveniente podía seguir laborando y cotizando durante 5 años más, para aumentar el monto de la pensión o para completar los requisitos si fuere el caso.

El legislador quiso ajustar la Ley 100 de 1993, por ello, 10 años después, expidió la 797 de 2003 e incluyó dentro de las modificaciones una causal de retiro aplicable a los servidores públicos y trabajadores del sector privado. Así, en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, modificó el parágrafo 3 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, en los siguientes términos:

---

<sup>7</sup> Como el Acuerdo N° PSAA08-5160 del 3 de octubre de 2008, tal como se puede consultar en la página electrónica de dicha entidad.

<http://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/web/Acto%20Administrativo/Default.aspx?ID=6014>

**“PARÁGRAFO 3o.** 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”.*

La Corte Constitucional, en la sentencia C-1037 de 2003<sup>8</sup>, declaró condicionalmente exequible el referido parágrafo, bajo el entendido que *“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 [al trabajador] debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente”*. Esto, al estimar que el tránsito de asalariado a pensionado no puede conllevar a que durante ese tiempo no se perciba la mesada pensional, ya que se desconocerían los derechos inalienables del trabajador.

En dicha ocasión, el demandante alegaba que el legislador desconoció la libertad laboral y los derechos a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad de los trabajadores, por haber facultado al empleador para retirarlos del servicio al cumplir los requisitos para tener derecho a la pensión. La Corte Constitucional con fundamento en los siguientes argumentos desestimó lo alegado por el actor:

1. El constituyente facultó al legislador para establecer causales de retiro del servicio para los empleados públicos, diferentes a las contenidas en la Carta Política.

2. Es objetivo y razonable que se prevea la terminación de la relación laboral, cuando un trabajador particular o un servidor público han laborado durante el tiempo necesario para acceder a la pensión, porque: i) la persona no quedara desamparada, en la medida que disfrutara de su pensión, y ii) se crea la posibilidad de que el cargo sea ocupado por otra persona, haciéndose efectivo el derecho de acceso a la función pública en igualdad

---

<sup>8</sup> M.P. Jaime Araújo Rentería

de oportunidades, *“pues no puede perderse de vista que los cargos públicos no son patrimonio de las personas que lo ocupan”*.

3. El legislador evaluó las tendencias en el sector productivo, destacando que el desempleo para el año 2000 llegó al 20% en el área urbana, con más de tres millones de desempleados, siendo los más afectados *“las personas de menor educación, los más pobres, los más jóvenes y las mujeres, grupos en los que se registran altas tasas de desocupación (...)”*<sup>9</sup>.

4. Dicha causal de retiro se lee en consonancia con los artículos 54 de la Constitución Política *“el Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar”* y el 334 relativo a las facultades genéricas de intervención del Estado en la economía con la finalidad de *“dar pleno empleo a los recursos humanos”*.

Por otra parte, la Sala destaca que el artículo 150 de la Ley 100 de 1993 dispone que los funcionarios y empleados públicos que hubiesen sido notificados de la resolución de jubilación y que no se hayan retirado del cargo tienen derecho a la reliquidación del ingreso base con la inclusión de los sueldos devengados con posterioridad a la fecha de notificación de la resolución. Y, en el párrafo indica que *“No podrá obligarse a ningún funcionario o empleado público a retirarse del cargo por el sólo hecho de haberse expedido a su favor la resolución de jubilación, si no ha llegado a la edad de retiro forzoso”*.

Sin embargo, en criterio de esta Corporación el referido párrafo fue derogado tácitamente por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, en efecto en sentencia del 29 de febrero de 2016, la Sección Segunda, Subsección B, precisó que:

*“Finalmente, debe decirse que el párrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003 derogó tácitamente el párrafo único del artículo 150 de la Ley 100 de 1993, toda vez que este último, contrario a lo señalado en la Ley 797 de 2003, dispone que ‘no puede obligarse a ningún funcionario o empleado público a retirarse del cargo por el solo hecho de haberse expedido a su favor la resolución de jubilación, si no ha llegado a la edad de retiro forzoso’”*<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Frente a este aspecto, la Corte Constitucional citó la Gaceta del Congreso 579 del 10 de diciembre de 2002, pág. 6. Ponencia para segundo debate al Proyecto de Ley 57 de 2002 Senado y 56 de 2002 Cámara, Representante a la Cámara Carlos Ignacio Cuervo Valencia.

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, M.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez, proceso con radicado 05001-23-33-000-2012-00285-01 (3685-13).



En el mismo sentido, el Consejo de Estado, en la sentencia del 27 de octubre de 2005, se indicó que la Ley 797 de 2003 reformó el párrafo del artículo 150 de la Ley 100 de 1993, al radicar *“en cabeza de la administración la facultad de retirar en forma unilateral al empleado o funcionario que haya cumplido los requisitos de jubilación, tenga reconocida la pensión correspondiente y haya sido incluido en nómina para el pago de las mesadas correspondientes”*<sup>11</sup>.

A su turno, el régimen general de carrera la Ley 909 de 2004, al regular las causales de retiro de los empleados públicos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa, incluyó la desvinculación por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez, en el literal e) del artículo 41. Norma que fue declarada exequible condicionalmente por la Corte Constitucional, en 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”*<sup>12</sup>.

Al analizar la constitucionalidad de esta norma, la Corte reiteró que conforme el artículo 125 de la Constitución Política, el legislador tiene amplias facultades para establecer causales de retiro del servicio, por razones diferentes al régimen disciplinario o al sistema de evaluación del desempeño, así:

*“Dada la amplia potestad que le reconoce el artículo 125 de la Carta al legislador para determinar otras causales de retiro de la carrera, distintas al régimen disciplinario o al sistema de evaluación del desempeño, puede este establecer razones ajenas a la conducta de los funcionarios que de presentarse pueden afectar la eficaz y eficiente prestación de los servicios públicos y el cumplimiento de los fines de la función pública, siempre y cuando respete los límites, principios y valores constitucionales que pretende promover a través del sistema de carrera. Tal es el caso de la causal de retiro por la obtención de la pensión de jubilación”*<sup>13</sup>.

**En la Rama Judicial, la Ley 270 de 1996 prevé el retiro del servicio por reconocimiento de pensión pero no como una potestad del empleador sino del servidor.**

---

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, M.P. Jesús María Lemos Bustamante, proceso con radicado 11001-03-25-000-2003-00393-01 (4773-03).

<sup>12</sup> M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

<sup>13</sup> Ídem

Ahora bien, en la **Rama Judicial** –que tiene un régimen de carrera especial acorde con el artículo 256.1 de la Carta Política - la Ley Estatutaria de Administración de Justicia 270 de 1996, en el artículo 149, prevé que la cesación definitiva de funciones se produce, entre otros, por “*retiro con derecho a pensión de jubilación*” (numeral 6). La Corte Constitucional, en la sentencia C-037 de 1996, revisó la constitucionalidad del proyecto ley, y declaró lo exequible, para el efecto señaló que “*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*”<sup>14</sup>. (Texto resaltado por la Sala).

La Ley Estatutaria de Administración de Justicia igualmente prevé en el artículo 204 que “*Hasta tanto se expida la ley ordinaria que regule la carrera judicial y establezca el régimen para las situaciones laborales administrativas de los funcionarios y empleados judiciales, continuarán vigentes, en lo pertinente el Decreto-ley 052 de 1987 y Decreto 1660 de 1978, siempre que sus (las) disposiciones (que) no sean contrarias a la Constitución Política y a la presente ley*”.

**¿La Ley 797 de 2003 podía modificar la Ley 270 de 1996, para implementar una nueva causal por reconocimiento de pensión, como una facultad unilateral de empleador? Acuerdos expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura, que reglamentaron la causal de retiro del artículo 9º, parágrafo 3º, de la Ley 797 de 2003 y los pronunciamientos de Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, sobre si procede o no la aplicación de esta causal para la Rama Judicial.**

El Consejo Superior de la Judicatura en el Acuerdo 1911 de 2003, reglamentó la aplicación del artículo 9º, parágrafo 3º, de la Ley 797 de 2003 para los servidores de la Rama Judicial. Así, dispuso que la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial debería comunicar al servidor que cumplió los requisitos legales exigidos para el reconocimiento pensional, para efectos de lo ordenado en la norma citada, “*con la advertencia de que si en el plazo señalado en la norma no eleva la solicitud*

---

<sup>14</sup> M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

*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” (art. 2).*

Igualmente, precisó que la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura ejercería **la facultad de ordenar el retiro de los servidores judiciales incursos en la causal en cita** (art. 3 ídem), y que la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial ejecutaría un plan de retiro, comunicando para caso la decisión al nominador, para efectos de sus legalización, de conformidad con lo previsto por los artículos 173 y 174 de la Ley 270 de 1996 (art. 4 ídem).

El referido Acuerdo 1911 de 2003 fue demandado mediante la acción de simple nulidad ante el Consejo de Estado quien negó las pretensiones, en el fallo del 27 de octubre de 2005, al considerar en síntesis que<sup>15</sup>:

1. La Ley 797 de 2003 se expidió para garantizar el relevo generacional.
  
2. El acto acusado no vulnera el derecho al trabajo, toda vez que éste se puede limitar razonadamente siempre que no se restrinjan desproporcionadamente los intereses de la persona. En este sentido anotó que la causal de retiro cuando el pensionado haya sido incluido en nómina de pago *“busca conciliar los intereses jurídicos relevantes en el acto objeto de ataque, el de la administración de justicia por lograr un adecuado servicio y el de los funcionarios y empleados próximos al reconocimiento y pago de su pensión de jubilación para que se les garantice en forma debida su derecho”*<sup>16</sup>.
  
3. El legislador puede determinar las causales de retiro del servicio, puesto que la Carta Política le da la prerrogativa para regularlas en el artículo 125 al indicar que el retiro se produce por *“las demás causales previstas en la Constitución o la ley”*.
  
4. La limitación de autonomía de la voluntad del servidor prevista en el acto acusado es un desarrollo de la nueva causal de retiro contenida en la Ley 797 de 2003.

---

<sup>15</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, M.P. Jesús María Lemos Bustamante, proceso con radicado 11001-03-25-000-2003-00393-01 (4773-03).

<sup>16</sup> Ídem

5. La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura sí tiene competencia para reglamentar y aplicar a la Rama Judicial el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, porque le compete administrar la carrera judicial (arts. 256.1 de la C.P. y 85 numerales 17 y 22 de la Ley 270 de 1996). Así el fallo en cita expresó que:

*“La Sala desestimaré esta acusación porque, según el artículo 256, numeral 1, de la Constitución, corresponde al Consejo Superior de la Judicatura o a los Consejos Seccionales, según el caso y de acuerdo con la ley, “Administrar la carrera judicial”. De acuerdo con dicha norma le corresponde al Consejo Superior de la Judicatura la facultad general de ordenar, disponer y organizar la carrera en el servicio público de la administración de justicia. A su turno, el artículo 85, numerales 17 y 22, de la Ley 270 de 1996 radica en la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura la responsabilidad de “Administrar la carrera judicial de acuerdo con las normas constitucionales y la presente ley” y “Reglamentar la carrera judicial”. En estas condiciones, el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, bien podía expedir la reglamentación requerida para disponer lo necesario en orden a aplicar, en el caso de la Rama Judicial, la Ley 797 de 2003, artículo 9, parágrafo 3. En este sentido puede apreciarse que el artículo 1 del Acuerdo 1911 del 16 de julio de 2003, acto cuestionado, ordena efectuar un censo general para la aplicación del acuerdo a los “servidores en carrera judicial”. Esto es, con la definición de la población destinataria de la medida, el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, precisó que la expedición de la norma se ajustaba a su ámbito de competencia, la administración de la carrera judicial”.*

6. La aplicación de la causal de retiro no viola el artículo 256, numeral 1 de la Constitución Política, ni se sustituye la voluntad de los servidores de la Rama Judicial forzando su retiro. En este sentido se consideró que la expedición Acuerdo 1911 de 2003 es una manifestación de la función de administrar la carrera judicial, la cual comprende la prerrogativa de dictar normas sobre el ingreso, permanencia y retiro del servicio.

7. El Acuerdo tampoco desconoce el numeral 6 del artículo 149 de la Ley 270 de 1996, relativo al retiro del servicio de los servidores de la Rama Judicial cuando tienen derecho a pensión, que según el fallo de constitucionalidad condicionada supone la aquiescencia del trabajador para ser retirado. Al respecto, para el Consejo de Estado la norma en cita no inhibe la facultad del legislador *“para establecer una nueva causal de retiro o de cesación definitiva de las funciones, el retiro del servicio por voluntad de la administración cuando el servidor público cumple los requisitos de pensión de jubilación”*. Igualmente, agregó que el Acuerdo no contraviene la Ley Estatutaria de Administración de Justicia porque se trata de una causal diferente, en la que se otorga la facultad a la administración para retirar del servicio a los servidores judiciales.

8. El Acuerdo reglamenta una causal de retiro prevista en el párrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, norma que fue declarada exequible por la Corte Constitucional.

9. La Ley 797 de 2003, artículo 9, párrafo 3, es aplicable a los servidores judiciales porque el Decreto 691 de 1994 (art. 1, lit. b), los incorporó al Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, por lo tanto, les son aplicables la Ley 797 de 2003 y el Acuerdo 1911 de 2003.

10. El Acuerdo demandado también se aplica a los servidores beneficiarios del régimen de transición, regulado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues a aquéllos se les aplica el régimen anterior al que encontraban afiliadas, en cuanto a la edad, tiempo de servicios y el monto de la pensión, pero frente a los demás aspectos se aplica la citada Ley 100. Así pues, aseveró que *“Se trata, en realidad, de la instauración de una nueva causal para el retiro del servicio, es decir, corresponde a una materia distinta de la pensional. El acuerdo cuestionado no fija requisitos y condiciones para obtener la pensión de vejez, fija las condiciones que permiten a la administración prescindir de los servicios de un funcionario o empleado de la Rama Judicial, o sea, regula cuestiones atinentes a la administración de la carrera”*.

**Posteriormente, la Corte Constitucional, en sede de tutela** mediante la sentencia SU 938 del 23 de noviembre de 2010<sup>17</sup>, conoció el caso de un magistrado de Tribunal que había sido desvinculado del cargo con fundamento en la causal de retiro del párrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003 y el Acuerdo 1911 de 2003, cuya legalidad fue declarada por el Consejo de Estado, en el fallo previamente citado del 27 de octubre de 2005.

En dicha providencia se precisó que las causales de retiro del cargo de juez o magistrado vinculado a la carrera judicial es un aspecto que afecta la concreción principios esenciales de la Rama Judicial y los derechos fundamentales del servidor, por consiguiente, la Corte estimó que este tema es propio de la ley estatutaria como lo prevé el artículo 152 de la Constitución Política. Como fundamento de la reserva estatutaria explicó:

*“Como se mencionó en el numeral anterior, la Constitución dedica algunas disposiciones a establecer los elementos que garanticen la estabilidad en el*

---

<sup>17</sup> Sala Cuarta de Revisión, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

cargo de estos funcionarios. Así, el artículo 233 de la Constitución establece que los magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado serán elegidos para períodos individuales de ocho años y permanecerán en sus cargos mientras observen buena conducta, tengan rendimiento satisfactorio y no hayan llegado a la edad de retiro forzoso (...).

*Las causales de remoción de los funcionarios y empleados de la rama judicial son manifestación de los elementos establecidos por el ordenamiento constitucional para garantizar su estabilidad, otorgándoles la libertad funcional necesaria para que su permanencia en el poder judicial no dependa del sentido de las decisiones que tomen y, por consiguiente, creando un conjunto de elementos que les permite actuar con la independencia requerida en ejercicio de sus funciones como empleados o funcionarios de la Rama Judicial del poder público.*

*En parte, muestra de esta estabilidad está en que las causales para que puedan ser removidos de sus cargos se encuentran reservadas a la fuente infra constitucional de mayor legitimidad: la ley, siendo las propias disposiciones constitucionales las que consagran esta reserva, primero de forma general para todos los servidores que vinculados a la administración —artículo 125 y 150 numeral 23 de la Constitución— y, para el caso concreto de la administración de justicia, estableciéndola a favor de la ley estatutaria —artículo 152 literal b—, lo que adiciona legitimidad a la regulación que de la materia se haga en cuanto se exige un mayor consenso y plena adecuación a las disposiciones constitucionales.*

*Desde su inicio la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que la ley estatutaria de la administración de justicia debería ocuparse de la estructura general y de las disposiciones que concreten principios axiales a ella<sup>(21)</sup>. Pues bien, el sistema de carrera, al concretar los principios de independencia, eficacia y eficiencia en la función pública de administrar justicia, resulta la aplicación de principios axiales a la administración de justicia y, por consiguiente, su desarrollo debe estar a cargo de la fuente a la que la Constitución reservó dicho tema, que, como se determinó, no es otra que la ley estatutaria”<sup>18</sup>.*

---

<sup>18</sup> Sentencia SU 938 de 2010

Así pues, la Corte Constitucional censuró la adecuación constitucional del Acuerdo 1911 de 2003, resaltando que si bien el Consejo de Estado en el fallo del 27 de octubre de 2005 negó su nulidad, lo cierto fue que en esa oportunidad no se analizó la violación de la reserva estatutaria, frente a lo establecido en el artículo 152 de la Constitución Política. Por ende, la Corte estableció que el referido acuerdo violó la reserva estatutaria, argumentando que *“la regulación de las causales de retiro de los servidores de la rama judicial deben acatar lo establecido en el artículo 149 de la LEAJ, de la forma en que la Corte lo interpretó en la Sentencia C-037 de 1996. **Esto en el caso concreto significa que los empleados y funcionarios de la rama judicial, en caso de reunir los requisitos para obtener la pensión de jubilación o de vejez, deberán manifestar su voluntad de retirarse para que pueda procederse válidamente a su retiro de la administración de justicia**”*<sup>19</sup> (Texto resaltado por la Sala).

Bajo esta línea hermenéutica concluyó que *“la regulación aplicable a los funcionarios de la rama judicial es la contenida en el artículo 149 de la ley estatutaria, que, aunque contiene una causa idéntica, implica un mecanismo de retiro distinto al previsto en el párrafo 3º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003”*<sup>20</sup>.

En suma, la Corte determinó que el Acuerdo 1911 de 2003 es violatorio de la Constitución Política, por los siguientes argumentos:

*“i. Aplicar el Acuerdo 1911 de 2003 de la forma en que lo entiende la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura vulneraría el artículo 152 de la Constitución que reserva la regulación de la estructura y principios de la administración de justicia a la ley estatutaria.*

*ii. Aplicar el Acuerdo 1911 de 2003 de la forma en que lo entiende la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura vulnera el artículo 243 de la Constitución, en la medida en que reproduce una norma declarada inconstitucional por la Corte Constitucional en la Sentencia C-037 de 1996 y, como consecuencia, desconoce los efectos de cosa juzgada que se derivan de la mencionada providencia”*<sup>21</sup>.

Igualmente, la Corte hizo énfasis en que según la sentencia C-037 de 1996 solo es procedente del retiro del servidor de la Rama Judicial cuando manifieste su

---

<sup>19</sup> *Ídem*

<sup>20</sup> *Ídem*

<sup>21</sup> *Ídem*

voluntad de desvincularse, al cumplir los requisitos para obtener la pensión, pues “Sólo así se estarán garantizando los principios de supremacía constitucional, interpretación conforme a la Constitución, cosa juzgada constitucional y los derechos fundamentales de empleados y funcionarios de la rama judicial”.

En el año 2013, el Consejo de Estado retomó la aplicación de la causal de retiro por reconocimiento de pensión en la Rama Judicial, así mediante sentencia del 7 de febrero de 2013, la Sección Segunda, Subsección A, declaró la nulidad del artículo 1º del Acuerdo PSAA06-3360 del 15 de marzo de 2006<sup>22</sup>, que señalaba:

***"ARTÍCULO 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" (texto resaltado por la Sala).*

Se concluyó que el artículo 1º del Acuerdo demandado está viciado de nulidad, porque el Consejo Superior de la Judicatura tiene la facultad de administrar la carrera judicial, pero no de expedir el acto de retiro de los servidores judiciales que cumplen los requisitos para tener derecho a la pensión de vejez. La decisión de anulación en el fallo del 7 de febrero de 2013 se basó, en suma, en los siguientes argumentos:

1. La Carta Política (arts. 256.1 y 257.3) y la Ley 270 de 1996 (arts. 85.17, 174) prevén la competencia del Consejo Superior de la Judicatura de administrar la carrera judicial, que comprende la facultad de ordenarla y organizarla.

---

<sup>22</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero, proceso con radicado 11001-03-25-000-2008-00062-00 (1778-08).



2. La causal de retiro por cumplir los requisitos pensionales está regulada en el numeral 6 del artículo 149 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia 270 de 1996, cuya constitucionalidad se condicionó bajo el entendido que el trabajador debe decidir voluntariamente su retiro del servicio (C-037 de 1996); así el fallo en comento resaltó que *“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”*.

3. En la sentencia C-1037 de 2003 la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada del parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, al advertir que el retiro del servicio solo podía operar previa notificación al trabajador de la inclusión en nómina de pensionados.

4. *“[E]l 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”*.

5. Precisó que, si bien la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura tiene la prerrogativa de administrar, ordenar y reglamentar la carrera judicial, lo cierto es que la competencia para expedir el acto de retiro corresponde al nominador del servidor judicial, cuando se encuentre incurso en la causal del parágrafo 3, del artículo 9 de la Ley 797 de 2003. Así, el nominador debe emitir el acto y comunicarlo a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura para que proceda a la exclusión de la carrera judicial. En cuanto al vicio de falta de competencia resaltó 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 incursos en la causal contemplada por el artículo 9°, parágrafo 3° de la Ley 797 de 2003”*.

6. Censuró que el acuerdo confunde la facultad del Consejo Superior de la Judicatura como administrador de la carrera judicial de expedir el acto de exclusión de la carrera, con la competencia del nominador para proferir el acto de retiro de servicio.

Nótese entonces que el Consejo de Estado, en sede de simple nulidad, en la sentencias de 2005 y 2013, no excluyó la aplicación para la Rama Judicial de la causal de retiro del servicio contenida en el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003. Sin embargo, se evidencia que no en ninguna de las providencias se hizo un estudio a profundidad sobre la reserva estatutaria.

Tampoco se realizó un análisis sobre el mandato de la Corte Constitucional al Consejo Superior de la Judicatura contenido en la sentencia SU 938 de 2010, en los siguientes términos: “se *PREVIENE a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura para que en lo sucesivo no desvincule a funcionario alguno de la rama judicial con base, exclusivamente, en el cumplimiento de los requisitos para acceder al pago de la pensión de jubilación o vejez*”. Esta prevención está dirigida a que el Consejo Superior de la Judicatura aplique la interpretación prevista en dicho fallo, es decir, que en la Rama Judicial hay reserva estatutaria para la regulación de las causales de retiro del servicio, por lo tanto, por tratarse de una norma ordinaria el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003 no comprende a los servidores de la Rama Judicial.

El Consejo de Estado en fallo del 2013 en todo caso adoptó una interpretación intermedia, porque entendió que si bien el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003 sí se aplica a los servidores de la Rama Judicial, en todo caso asumió que se requería la voluntariedad del trabajador para retirarse del servicio. Criterio del cual se difiere, ya que esta norma realmente regula la facultad unilateral del empleador de retirar al empleado, siendo el único condicionamiento la inclusión en nómina de pensionados (C-1037 de 2003).

Ahora bien, en criterio de esta Sala el ámbito de aplicación del parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003 fue demarcado por la Corte Constitucional en la sentencia C-1037 de 2003, quien solo exigió para la operancia de la causal de retiro, se insiste, la inclusión en la nómina de pensionados. Nótese entonces que el numeral 6 del artículo 149 de la Ley 270 de 1996 es una causal diferente de retiro, que no regula la misma situación de hecho, en la medida que denota una prerrogativa del trabajador.

En suma, para la Sala, en virtud de los criterios de interpretación de especialidad y jerarquía normativa, la causal de retiro del servicio del numeral 6 del artículo 149 de la Ley 270 de 1996, como expresión de la voluntad del servidor, en sana lógica excluye la aplicación en la Rama Judicial de la facultad unilateral del empleador de retiro por reconocimiento pensional, contenida en el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

Adicionalmente, aunque el artículo 204 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia 270 de 1996<sup>23</sup>, indique que una ley ordinaria puede regular la carrera judicial, no se puede pasar por alto que en la sentencia C-037 de 1996, que estudió su constitucionalidad, se dijo aquélla solo puede regular los aspectos que no fueron regulados en la ley estatutaria y que en todo caso no podría modificar o derogar las normas estatutarias<sup>24</sup>.

Dada la ausencia de una interpretación pacífica frente a la causal de retiro por reconocimiento de pensión para los servidores de la Rama Judicial, a manera de ilustración se expuso su desarrollo normativo y jurisprudencial, para concluir que el párrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, no se aplica a la Rama Judicial.

Por último, se precisa que en el año 2008, el Consejo Superior de la Judicatura dictó el Acuerdo PSAA08-5160 (que modificó el Acuerdo PSAA06-3360 del 15 de marzo de 2006), relativo al trámite a seguir por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura para ordenar la desvinculación de los servidores con resolución de reconocimiento pensional en firme. Empero para esta fecha no se había expedido el fallo del Consejo de Estado (2013) que anuló el numeral 1 del citado Acuerdo PSAA06-3360 del 15 de marzo de 2006.

Por consiguiente, en razón de la declaratoria de nulidad del numeral 1 del citado Acuerdo, por falta de competencia de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura para expedir el acto de retiro de los servidores de la Rama Judicial;

es improcedente aplicar el referido Acuerdo PSAA08-5160 de 2008, comoquiera que modifica un acto administrativo anulado parcialmente. Así las cosas, aunque

---

<sup>23</sup> **“ARTÍCULO 204.** *Hasta tanto se expida la ley ordinaria que regule la carrera judicial y establezca el régimen para las situaciones laborales administrativas de los funcionarios y empleados judiciales, continuarán vigentes, en lo pertinente el Decreto-ley 052 de 1987 y Decreto 1660 de 1978, siempre que sus (las) disposiciones (que) no sean contrarias a la Constitución Política y a la presente ley”.*

<sup>24</sup> *“(…) el Congreso de la República sí puede expedir una ley ordinaria sobre carrera judicial que se ocupe de los aspectos que no fueron regulados en la ley estatutaria sobre administración de justicia, aunque, atendiendo el régimen jerárquico de las leyes, las disposiciones ordinarias que se expidan no podrán modificar, adicionar, reemplazar o derogar las normas contenidas en esta ley estatutaria, pues para ello deberá someterse la respectiva ley al trámite previsto en los artículos 152 y 153 de la Carta Política”.*

al consultarse en la página electrónica oficial se indique que está vigente, ha perdido fuerza ejecutoria y no tiene efectos.

### **De los perjuicios morales**

Acorde con la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación en la valoración de los perjuicios morales el juez tiene un amplio margen de apreciación, ya que no hay un parámetro objetivo para determinar el grado de afectación interna del individuo. Sin embargo, toda afectación moral causada por la ilegalidad de una actuación no es susceptible de ser compensada, pues aquella debe tener un grado tal de intensidad que habilite el pago de los perjuicios morales para menguar el dolor causado al afectado. Sobre el particular, se dijo en providencia del 22 de abril de 2009:

*“el daño moral es un perjuicio inmaterial que comprende el aspecto interno del individuo, la afección directa a los sentimientos del ser humano, como la congoja, la tristeza, etc., y para que haya lugar a su indemnización, es necesario que la afectación sea intensa, pues no cualquier contratiempo o contrariedad puede ser moralmente compensado, máxime si se tiene en cuenta que el único patrimonio de los demandantes no se destruyó ni se perdió, sino que, por el contrario, los daños generados al inmueble se repararon”<sup>25</sup>.*

### **3.2 Pruebas relevantes**

#### **Vinculación laboral**

- La señora Bertha Lucía Luna Martínez se vinculó a la Rama Judicial desde el 23 de mayo de 1973 y para el 10 de febrero de 2009, se desempeñaba como magistrada del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca<sup>26</sup>.

#### **Retiro del servicio y aplicación de la Ley 797 de 2003**

---

<sup>25</sup> Consejo de Estado, Sección 3ª, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 22 de abril de 2009 (C.P. Ramiro Saavedra Becerra) (Rad. 05001-23-24-000-1992-00231-01(17000)).

<sup>26</sup> Folio 45

- Resolución PSAR07-628 de 2007, expedida por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, que retiró del servicio a la accionante, magistrada de Tribunal Administrativo del Valle, por cuanto Cajanal EICE, a través de la Resolución 25311 del 3 de noviembre de 2000 le reconoció una pensión mensual vitalicia por vejez. Este acto administrativo se fundó en el Acuerdo PSAA06-3360 de 2006, modificado por el Acuerdo PSAA07-4043 de 2007, que implementaron la facultad contenida en el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003<sup>27</sup>.

- Resolución PSAR08-247 de 2008, dictada por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, que confirmó la anterior decisión al resolver un recurso de reposición<sup>28</sup>.

### **Reconocimiento pensional**

La Caja Nacional de Previsión Social, en la Resolución 025311 del 3 de noviembre de 2008, reconoció y ordenó el pago de una pensión *de vejez* para la accionante, condicionada al retiro del servicio<sup>29</sup>.

### **Pruebas sobre perjuicios morales**

Testimonios de las señoras Carolina Guiffo Gamba<sup>30</sup>; Elvia Rodríguez de Tesone<sup>31</sup> y María Cristina Quintero Pasiminio<sup>32</sup>.

### **3.3 Caso concreto**

En el asunto bajo estudio, la actora solicita la nulidad de los actos administrativos, dictados por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, que la retiraron del servicio en aplicación de la causal regulada en el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, por tener reconocida una pensión de vejez. Como fundamento de la demanda alegó que su régimen está previsto en la Ley

---

<sup>27</sup> Folios 6-9

<sup>28</sup> Folios 23-33.

<sup>29</sup> Folios 107-110

<sup>30</sup> Folios 304-305

<sup>31</sup> Folios 327-329

<sup>32</sup> Folios 334-336

Estatutaria de Administración de Justicia 270 de 1996, en el que debe mediar la voluntad del servidor para que sea procedente la desvinculación del servicio.

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, Sala de Conjuces, declaró la nulidad de los actos administrativos demandados y ordenó el pago de 30 SMLMV, por concepto de perjuicios morales.

Inconforme con esta decisión, la entidad demandada solicita que se revoque parcialmente la providencia de primera instancia, al considerar que no está probado que el daño causado a la actora sea cierto, ya que nunca fue desvinculada del servicio.

Siendo este objeto del recurso de apelación, la Sala destaca que para el *a quo* los testimonios practicados en el proceso probaron el daño moral causado a la accionante con ocasión del retiro, pues presuntamente sufrió una mala imagen ante la comunidad jurídica.

Con el objeto de revisar la valoración probatoria realizada en la decisión apelada, se traen a colación las pruebas testimoniales practicadas en el proceso, empezando por la declaración de la señora Carolina Guiffo Gamba, quien señaló que conocía a la actora porque fue su auxiliar judicial del 1º de septiembre de 2002 hasta el 20 de junio de 2010 e indicó:

*“La doctora Luna se vio muy afectada con los actos administrativos, pues ella sentía que luego de haber laborado por tantos años al servicio de la Rama Judicial era injusto que se le declara insubsistente (sic), (...) su estado anímico durante esos meses fue muy agobiante, estaba triste (...), había adquirido obligaciones conforme al tiempo que pensaba estar con la Rama Judicial como Magistrada por lo que aunque se le reconociera la pensión no alcanzaría a cumplir alguna de esas obligaciones que había proyectado pagar durante el tiempo de su vinculación que era hasta la edad de retiro forzoso. También le daba mucho pesar el hecho de que la gente dijera que la habían declarado insubsistente o mejor, que las habían echado, afectándole su buen nombre que con tanto esfuerzo y durante*

*tantos años ha mantenido en la Rama Judicial (...) esos meses fueron terribles para todos, a los meses entre febrero y octubre del 2008 (...)*<sup>33</sup>.

La señora Elvia Rodríguez de Tesone expresó que también se desempeñó como magistrada, siendo retirada del servicio por reconocimiento de la pensión, y se pronunció sobre la afectación de la actora, así:

*“(...) cuando tuvimos conocimiento de los actos administrativos de desvinculación, el impacto emocional, moral, fue muy grande, pues no nos cabía (sic), después de tantos años de servicio, con una hoja de vida impecable, se nos separara del servicio de la Rama por el mero hecho de tener la resolución de jubilación. En muchas oportunidades la doctora BERTHA LUNA y yo conversamos de nuestro retiro y decíamos que nuestra intención era de llegar a la edad de retiro forzoso tal como lo prevé el Estatuto de Justicia y no se imagina lo que sentimos cuando nos notificaron dicho acto, pues tanto ella como yo nos sentíamos despedidas, nunca fuimos informadas de las intenciones que tenía el Consejo Superior, por lo mismo teníamos planeada nuestra vida en relación con el tiempo que íbamos a permanecer laborando, además, el clamor general ante esas decisiones del Consejo fue que habíamos sido despedidas por ineptas, nunca porque teníamos una resolución de jubilación. Tanto ella, la doctora BERTHA LUNA como yo, sufrimos bastante, pues teníamos planeada la Vida, pues, habíamos hecho créditos a largo plazo con el convencimiento que íbamos a estar hasta la edad de retiro forzoso (...)*<sup>34</sup>.

La señora María Cristina Quintero Pasiminio, amiga de la actora, sostuvo frente a su afectación por la desvinculación:

*“Desde el momento en que la doctora BERTHA LUCIA LUNA tuvo conocimiento de los actos administrativos donde la declaraban insubsistente, se vio bastante afectada y muy preocupada pues le parecía completamente injusto que después de haber laborado por tantos años en la rama judicial y en diferentes cargos fuera declarada insubsistente, la vi muy deprimida y triste por los comentarios tanto de las personas vinculadas a la rama judicial, como de terceros, quienes en verdad ni siquiera tenían conocimiento de cual había sido el motivo real por el cual se ordenaba su retiro del cargo. Este comentario me lo hizo en muchas oportunidades la doctora LUNA, quien también me manifestó que su señora madre, sus hermanos, sus hijos, se encontraban muy afectados con esta determinación y por el estado anímico en que ella se encontraba. Otro aspecto que le preocupó grandemente era su situación económica, porque tenía varios*

---

<sup>33</sup> Folios 304-305

<sup>34</sup> Folios 327-329

*compromisos crediticios y contaba para su pago con el salario completo que ella venía devengando y al ser pensionada solamente iba a recibir el SETENTA Y CINCO POR CIENTO (75%) de su salario y no iba a contar con las prestaciones de ley y estas estaban incluidas para dar cumplimiento a sus obligaciones. Esta situación fue considerada por ella y siempre la vi yo también así, de que era un acto de injusticia que se estaba cometiendo con ella quien era una persona totalmente dedicada a su trabajo y que tantos años había dedicado a la Rama Judicial”<sup>35</sup>.*

De la lectura y valoración de los tres testimonios, la Sala concluye que la accionante le comentó a las personas de su círculo cercano sobre su tristeza al haber sido retirada del servicio y la preocupación ya que serían reducidos sus ingresos. Igualmente, estaba angustiada por los comentarios sobre su retiro del servicio.

La Sala destaca que la accionante para el momento en que se expidió el acto de retiro en el año 2007 llevaba trabajando para la Rama Judicial más de 30 años, tenía 60 años de edad, y desde el año 2000 le había sido reconocida una pensión de jubilación, reliquidada en el año 2008, por lo cual se elevó al monto de \$10.600.047.

Visto lo anterior, cabe preguntarse si están probados los perjuicios morales sufridos por la demandante en razón de los testimonios de tres personas de su círculo personal: una empleada de su despacho judicial: una colega del Tribunal, que fue retirada del servicio por la misma causal, y una amiga de la universidad. Esto teniendo en cuenta que la valoración de esta clase de perjuicios, depende de las situaciones subjetivas de cada caso, por ello, el juez debe acudir a las reglas de la sana crítica y la experiencia para abordar el material probatorio.

En este contexto, para la Sala se evidencia que si bien la accionante sufrió una afectación emocional en razón de los actos administrativos demandados; también es importante resaltar que, pese a la ilegalidad del retiro, no se puede pasar por alto que la demandante tenía una pensión de jubilación reconocida. Así, aunque no se desconoce la tristeza y preocupación por su imagen ante la comunidad jurídica, dicho estado de ánimo no tiene la envergadura suficiente para tener por demostrados los perjuicios morales, pues éstos deben ser de una intensidad tal

---

<sup>35</sup> Folios 334-336



más allá de un contratiempo, que finalmente fue solucionado, pues la decisión de retiro no se ejecutó.

Por otra parte, la Sala no observa que se haya probado la afectación de la imagen y buen nombre de la actora, en tanto en los testimonios se habla de la existencia de unos comentarios de terceros, pero este hecho no está acreditado.

Por consiguiente, se debe revocar el numeral tercero del fallo apelado que ordenó el reconocimiento de perjuicios morales, por el valor equivalente a 30 SMLMV.

### **III. DECISIÓN**

En atención a las anteriores consideraciones, se revocará el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, y en su lugar, se negará el pago de perjuicios morales.

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

### **FALLA**

**PRIMERO.- REVOCAR** el numeral tercero de la sentencia del 24 de agosto de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, Sala de Conjuces. En su lugar, se dispone **NEGAR** el reconocimiento y pago de perjuicios morales.

**SEGUNDO.- CONFIRMAR** en lo demás la sentencia recurrida.

Sin lugar a condena en costas en esta instancia.

Ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen.  
Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

**CÉSAR PALOMINO CORTÉS**

**CARMELO PERDOMO CUÉTER**

**SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ**