



Función Pública

Sentencia 01218 de 2016 Consejo de Estado

ACCIÓN DE TUTELA - No se configura vulneración a los derechos de acceso a cargos y funciones públicas e igualdad / EDAD DE RETIRO FORZOSO - La vacancia del cargo por el cumplimiento de la edad de retiro forzoso no se produce de manera automática / ACCIÓN DE TUTELA - Procede para proteger derechos fundamentales vulnerados en procesos de selección y nombramiento para proveer cargos en la rama judicial

[A]legó el accionante que en su caso se produjo la presunta vulneración de su derecho a la igualdad, por cuanto en los casos de los Magistrados (...) las vacantes respectivas se publicaron por parte de la Unidad de Administración de Carrera Judicial de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, tan pronto los funcionarios llegaron a la edad de retiro forzoso, independientemente de la fecha en que hicieron dejación efectiva del cargo. Al respecto dirá la Sala sin mayores disquisiciones que no se advierte vulneración alguna pues conforme al formato aportado por el accionante a folios (...), la publicación de tales vacantes se produjo en mayo y noviembre de 2014, es decir, con una considerable antelación a la culminación de la vigencia del registro de elegibles para el cargo de Magistrado de la Sala Laboral del Tribunal Superior, a través de la Resolución No. PSAR11-684 de 19 de julio de 2011, situación totalmente disímil a la que acá se plantea. Por las anteriores razones, se impone revocar la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en cuanto consideró improcedente la acción de tutela. En su lugar, se negará el amparo solicitado por el accionante.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLITICA - ARTÍCULO 86 / CONSTITUCIÓN POLITICA - ARTÍCULO 125 / LEY 270 DE 1996 - ARTÍCULO 149 / LEY 270 DE 1996 - ARTÍCULO 165 / LEY 270 DE 1996 - ARTÍCULO 166 / LEY 270 DE 1996 - ARTÍCULO 167 / LEY 270 DE 1996 - ARTÍCULO 204 / LEY 909 DE 2004 / DECRETO 2400 DE 1968 - ARTÍCULO 25 / DECRETO 2400 DE 1968 - ARTÍCULO 29 / DECRETO 2400 DE 1968 - ARTÍCULO 31 / DECRETO 546 DE 1971 / DECRETO 1950 DE 1973 / DECRETO 1660 DE 1978 - ARTÍCULO 130 / DECRETO 1382 DE 2000 - ARTÍCULO 1 NUMERAL 2

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la procedencia de la acción de tutela en procesos de selección y nombramiento para proveer cargos en la rama judicial, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 8 de octubre de 2014, exp. 2014-00005-01, C.P. Alberto Yepes Barreiro y Sección Segunda, sentencia del 6 de mayo de 2010, exp. 2010-00238-01, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Sobre la procedencia de la acción de tutela en procesos de selección y nombramiento para proveer cargos en la rama judicial, ver: Corte Constitucional, sentencia T-319 de 3 de junio de 2014, M.P. Alberto Rojas Ríos. Sobre la declaración de exequibilidad del artículo 149 de la Ley 270 de 1996, ver: Corte Constitucional, sentencia C-037 de 5 de febrero de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa y sentencia C-351 de 9 de agosto de 1995, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Sobre la edad de retiro forzoso, ver: Corte Constitucional, sentencia T-1031 de 10 de diciembre de 2010, M.P. Mauricio González Cuervo. Sobre la vacancia, ver: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 23 de abril de 2015, exp. 2014-01732-01, C.P. Alberto Yepes Barreiro.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de abril de dos mil dieciséis (2016)

Rad. No.: 25000-23-42-000-2016-01218-01(AC)

Actor: LUIS ARTURO HERRERA HERRERA

Demandado: RAMA JUDICIAL - CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA - SALA ADMINISTRATIVA - UNIDAD DE ADMINISTRACIÓN DE CARRERA JUDICIAL

I. ANTECEDENTES

La Sala de Subsección decide la impugnación interpuesta por el accionante, contra la sentencia de 16 de marzo de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C", que consideró improcedente el amparo de los derechos fundamentales invocados en protección.

1. HECHOS

Los presupuestos fácticos sobre los cuales descansa la presente solicitud de protección constitucional de los derechos de acceso a cargos y funciones públicas, igualdad, “ingreso a la carrera judicial en razón del mérito, trabajo y escoger profesión u oficio”, son los siguientes:

1.1. El señor LUIS ARTURO HERRERA HERRERA participó dentro del concurso de méritos de la Rama Judicial, adelantado por Acuerdo PSAA08-4528 de 2008 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura; entidad que una vez superadas las etapas del mismo, conformó el registro de elegibles para el cargo de Magistrado de la Sala Laboral del Tribunal Superior, a través de la Resolución No. PSAR11-684 de 19 de julio de 2011.

1.2. En atención a que la Ley 270 de 1996, señaló en su artículo 165 que la inscripción individual en el registro tendría una vigencia de 4 años, la vigencia del registro de elegibles se mantuvo hasta el 19 de julio de 2015. Sin embargo, dentro de la acción de tutela instaurada por el señor FRANCISCO ALBERTO GONZÁLEZ MEDINA radicada con el No. 01-001-22-08-000-2015-00065-00, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Arauca, a través de sentencia de 19 de julio de 2015, dispuso que el registro de elegibles para el cargo de Magistrado de Tribunal Superior, estuvo vigente hasta el 19 de agosto de 2015 y esa decisión fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral.

1.3. En atención a que cumplieron la edad de retiro forzoso los Doctores EFRAÍN ALFONSO YAÑEZ RIVEROS y ETHEL CECILIA MESA DE MARIÑO, quienes venían desempeñándose como Magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín y Bucaramanga, la Corte Suprema de Justicia expidió los correspondientes actos de retiro del servicio, comunicándolos oportunamente a la Unidad de Administración de Carrera Judicial del Consejo Superior de la Judicatura, pero en cumplimiento de los artículos 130 y 131 del Decreto 1660 de 1968, les concedió una prórroga para permanecer en el cargo por seis meses más, es decir, hasta el 16 de noviembre de 2015

1.4. Pese a que las vacantes de los mencionados magistrados se produjeron en el mes de mayo de 2015, con anterioridad al 19 de agosto de 2015 y dentro de la vigencia del registro de elegibles conformado por la Resolución PSAR11-689 de 19 de julio de 2011, la Unidad de Administración de Carrera Judicial se abstuvo de publicar dichas vacantes, con lo que impidió que quienes hacían parte del registro de elegibles pudieran optar por ella.

1.5. Sólo hasta el mes de diciembre de 2015, fueron publicadas las vacantes para efectos exclusivos de traslado, con lo que no se les permitió optar por ellas a los integrantes de la lista de elegibles, de modo que se vulneraron sus derechos fundamentales de ingreso a la carrera judicial en razón del mérito, el acceso a los cargos públicos y la igualdad, pues en casos similares (Magistrados Gabriel Raúl Castañeda Blandón y José Gildardo Valencia Hernández) se ha considerado que la vacante se genera con el cumplimiento del hecho que prevé la ley, que es la fecha en que el servidor público cumple la edad de retiro forzoso y no la fecha en que se hace dejación del cargo.

2. PRETENSIONES

El accionante solicitó:

“Primera.- Que en el término de 48 horas, contadas a partir de la notificación del fallo, el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, Unidad de Administración de Carrera Judicial, proceda a publicar las vacantes dejadas por los doctores EFRAÍN ALFONSO YAÑEZ RIVEROS y ETHEL CECILIA MESA DE MARIÑO, en los Tribunales Superiores de Medellín y Bucaramanga, respectivamente, y, en general, las de todos los magistrados de Tribunal, Sala Laboral, cuya edad de retiro forzoso se haya dado con anterioridad al 20 de agosto de 2015, y adelante los procedimientos administrativos necesarios para que tales vacantes sean provistas con los integrantes del Registro de elegibles conformado mediante la Resolución PSAR11-684 de 19 de julio de 2011, expedida por la Presidencia de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, elaborando las listas correspondientes y enviarlas a la Honorable Corte Suprema de Justicia para que se proceda a los nombramientos correspondientes, dentro de los plazos fijados por la ley.

Segunda.- Que se ordene la indemnización de los perjuicios causados a quienes finalmente resulten nombrados en las vacantes mencionadas, pues de haberse publicado oportunamente tales personas ocuparán (sic) los cargos por lo menos desde el mes de mayo del año anterior.

Tercera.- Que se advierta a las autoridades accionadas para que en lo sucesivo se abstengan de tomar decisiones o ejecutar actos, como loe (sic) mencionados, que impliquen la vulneración de derechos fundamentales”

3. TRÁMITE

Por auto de 8 de marzo de 2016, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la acción de tutela; ordenó correr traslado al Consejo Superior de la Judicatura – Sala Administrativa - Unidad de Administración de Carrera Judicial, para que se pronunciara sobre los hechos que la sustentan. De igual manera, negó la medida cautelar solicitada concerniente a ordenar la suspensión de todo acto administrativo expedido para proveer en propiedad los cargos de Magistrado de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín y Bucaramanga. (fls. 39 y s.s.).

4. INFORMES

La Directora de la Unidad de Administración de Carrera Judicial de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura¹, señaló que la acción interpuesta es improcedente, pues no busca la protección de derechos fundamentales sino que busca la inaplicación de normas generales tales como la Resolución No. PSAR11864 de 19 de julio de 2011 y el Acuerdo PSAA08-4536 de 2008, los cuales gozan de presunción de legalidad y son susceptibles de control por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, mediante el ejercicio de la acción de nulidad, con solicitud de suspensión provisional de los actos acusados.

Según la Directora, el accionante no demostró siquiera de manera sumaria el perjuicio irremediable e insistió en que el objeto de la acción constitucional no es suplantar los mecanismos ordinarios establecidos por el legislador.

De conformidad con las previsiones de la Ley estatutaria de la administración de justicia y del reglamento, la provisión de vacantes definitivas en la Rama Judicial por el sistema de listas se hace con el registro de elegibles vigente al momento en que las mismas se producen y la determinación y publicación de vacantes definitivas para los cargos de funcionarios de carrera de la Rama Judicial está sujeta a lo establecido en los artículos 167 de la Ley 270 de 1996 y 2º del Acuerdo PSAA08-4536 de 2008.

Además, la conformación de las listas de candidatos para los despachos que dan origen a la publicación de sedes, se efectúa por parte de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, en estricto orden del registro de elegibles vigente al momento en que se presenten las vacantes, conforme al artículo 166 de la Ley 270 de 1996 y el Acuerdo 4536 de 2008, modificado por los Acuerdos PSAA13-9941 de 2013 y PSAA14-10269 de 2014.

Sin embargo, las vacantes que se presenten con posterioridad a la fecha de pérdida de vigencia del registro de elegibles deben ser provistas con el nuevo registro nacional de elegibles que para el efecto se conforme por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

Adicionalmente, explicó que la disponibilidad de la vacante está directamente relacionada con la cesación definitiva de funciones del servidor judicial, por las causales previstas en el artículo 149 de la Ley 270 de 1996, entre las que se encuentra la renuncia y el retiro forzoso por edad.

En este sentido la vacante ocupada por ETHEL CECILIA MESA DE MARIÑO en el Tribunal Superior de Bucaramanga se produjo el 28 de noviembre de 2015, con base en la causal 1º del artículo 149 de la Ley 270 de 1996, por renuncia aceptada a partir de esa fecha, tal como lo informó la autoridad nominadora a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura mediante el Oficio PCSJ No. 1298 de 27 de agosto de 2015, del cual se anexa copia como prueba. Que según las bases de datos que reposan en esta Unidad, la edad de retiro forzoso se cumplió con posterioridad a ello, es decir, el 9 de diciembre de 2015.

En relación con la vacante del Dr. EFRAÍN ALFONSO YAÑEZ RIVEROS en el Tribunal Superior de Medellín, si bien es cierto cumplió la edad de retiro forzoso, el 17 de mayo de 2015, la cesación de funciones se produjo efectivamente el 17 de noviembre de 2015, fecha a partir de la cual le fue aceptada la renuncia, tal como lo informó la entidad nominadora a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura a través de los Oficios PCSJ No. 1300 de 27 de agosto de 2015.

Por esto, como las vacantes se produjeron con posterioridad al 18 de agosto de 2015, cuando expiró el registro de elegibles para el cargo de Magistrado del Tribunal Superior Sala Laboral, conformado por la Resolución No.11-684 de 19 de julio de 2011, no pueden ser provistas con ese registro y por ello, durante los primeros 5 días del mes de diciembre de 2015 se publicaron sólo para efectos de traslado conforme a lo señalado por el artículo 132-1 de la Ley 270 de 1996 y el procedimiento establecido en el art. 2º del Acuerdo 4536 de 2008.

Con base en dicha publicación se emitieron tres conceptos favorables de traslado que fueron remitidos a la Corte Suprema de Justicia para la correspondiente decisión sobre la provisión de las vacantes.

Finalmente agregó que para el caso de las vacantes que ocupaban los doctores GABRIEL EDUARDO CASTAÑEDA y GILDARDO VALENCIA, la prolongación del tiempo en la ocupación de los cargos, obedeció estrictamente al cumplimiento de fallos de tutela que les ampararon el derecho a permanecer en sus empleos más allá del plazo establecido en la norma para la cesación definitiva de funciones por cumplimiento de la edad de retiro forzoso.

5. LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “C”, mediante sentencia de 16 de marzo de 2016 consideró improcedente la protección de los derechos fundamentales invocados por el accionante².

Para tales efectos, consideró que si para el mes de diciembre de 2015 el señor HERRERA HERRERA, tenía pleno conocimiento que las vacantes fueron publicadas en la página web de la Rama Judicial para efectos exclusivos de traslado, debió objetar dicho acto en ese momento en razón a que si bien es un “acto general cuya naturaleza, en principio, es de trámite” dicho acto de publicación generó una afectación de sus intereses, por lo que era controvertible en carrera administrativa.

Entonces, bien pudo demandar esa actuación y objetarla ante la entidad accionada, en vía administrativa y provocar una respuesta que pudiera ser objeto de control de legalidad por parte de la jurisdicción.

El problema que se pretende solucionar en sede de tutela se trata de una discusión de rango legal, interpretativa de la ley estatutaria de la administración de justicia respecto del momento procesal en que debía comunicarse una vacante frente a la causal de retiro forzoso. Que el hecho de formar parte del registro de elegibles no otorga derecho adquirido alguno sino una mera expectativa, con lo que no es procedente la acción.

4. LA IMPUGNACIÓN

El accionante impugnó la decisión de primera instancia³ con base en los siguientes argumentos:

La negativa de publicar las vacantes dejadas por los doctores EFRAÍN ALFONSO YÁÑEZ RIVEROS y ETHEL CECILIA MESA DE MARIÑO, para que los integrantes del registro de elegibles pudieran optar por ellas, no puede considerarse como un acto administrativo, menos de carácter general pues tal negativa no regula una situación de manera abstracta e impersonal sino que sólo afecta los derechos de quienes hacen parte del registro de elegibles para el cargo de Magistrado de Tribunal Superior, Sala Laboral, conformado mediante la Resolución No. PSAR 11-684 de 19 de julio de 2011.

Las consideraciones efectuadas por el Tribunal frente a la naturaleza del acto demandado, contradicen el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia que de antaño consideran que los actos susceptibles de impugnación son sólo los definitivos, vale decir los que resuelven de fondo del asunto.

Además, la interpretación que efectúa el Tribunal llega al extremo de exigir una especie de agotamiento de la vía gubernativa como requisito de procedibilidad de la acción constitucional y desconoce el precedente establecido por la Corte Constitucional (T-319/14) que considera que la acción de tutela es el mecanismo idóneo para controvertir la negativa a proveer cargos de carrera de la administración judicial, de conformidad con los concursos de méritos.

Entonces, la acción de la tutela es procedente para la protección de los derechos fundamentales invocados y, con ella, se pretende evitar un perjuicio irremediable como es que el registro de elegibles para el cargo de Magistrado de la Sala Laboral del Tribunal Superior venció el 18 de agosto de 2015, sin que se haya agotado, razón por la cual las vacantes que se generaron durante su vigencia, entre las que se encuentran las dejadas por los Magistrados que llegaron a la edad de retiro forzoso antes de esa fecha deben ser provistas con los integrantes del mismo.

Recibido el expediente en el Despacho sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala de Subsección a desatar la presente controversia.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política y numeral 2º del artículo 1º del Decreto 1382 de 2000, esta Sala es competente para conocer la presente impugnación contra el fallo proferido por el Tribunal, dentro de la acción de tutela de la referencia.

2. Problema jurídico

En primer lugar, debe la Sala de Subsección determinar la procedencia de la presente acción de tutela. En caso afirmativo deberá determinar, si la Nación - Rama Judicial - Consejo Superior de la Judicatura - Sala Administrativa - Unidad de Administración de Carrera Judicial, trasgredieron los derechos fundamentales al debido proceso, el acceso a cargos y funciones públicas e igualdad del señor LUIS ARTURO HERRERA HERRERA, al abstenerse de remitir el registro de elegibles para los cargos de Magistrados de la Sala Laboral de Tribunal Superior de Distrito Judicial en la Rama Judicial.

3. Procedencia de la acción de tutela en procesos de selección y nombramiento para proveer cargos en la Rama Judicial.

En primer lugar se debe indicar que en varias oportunidades esta Corporación ha indicado que la acción de tutela es el mecanismo idóneo para proteger derechos fundamentales conculcados en el proceso de selección y nombramiento para proveer cargos de carrera en la Rama Judicial, originados en la utilización indebida de la lista de elegibles por parte del nominador al nombrar a un candidato incluido en la lista de elegibles que no se encontraba en el primer lugar de la misma, o porque excluyó a una determinada persona de la lista de manera inmotivada.

En efecto, ante situaciones como las descritas, los medios de control de simple nulidad, de nulidad y restablecimiento del derecho o electoral, carecen de eficacia para proveer la protección que se brinda a través de la tutela, pues, muchas veces el agotamiento de dichas acciones implica la prolongación en el tiempo de la vulneración *iusfundamental* a la igualdad o el acceso oportuno a cargos públicos, habida cuenta que, en la práctica, algunas veces se obtiene una compensación económica del daño causado a través de una indemnización, pero no se efectiviza el derecho de acceso a cargos públicos, principalmente para casos en los que no se respeta la lista de elegibles frente a la provisión de un empleo de carrera⁴.

Así mismo, en asuntos similares, la jurisprudencia constitucional ha señalado que se configura un perjuicio irremediable y es procedente el amparo de los derechos fundamentales del afectado por esta vía judicial excepcional⁵, en casos tales como (i) cuando se corre el riesgo de que en el trámite de una de las vías con que pueda contar el tutelante, la lista de elegibles pierda vigencia y *“la hipotética protección que deba extenderse quede sin sustento”*⁶; (ii) cuando el accionante se acerca a la edad de retiro o la edad máxima para desempeñar el cargo, lo que hace *“ilusorio el ejercicio de la acción ordinaria”*⁷ o, (iii) cuando el lugar ocupado por el demandante en la lista de elegibles está por fuera del rango de cargos a proveer⁸.

En el *sub lite* el posible perjuicio irremediable se concreta en que la Corte Suprema de Justicia, debe proveer el cargo de Magistrado de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, ocupado por el Dr. EFRAÍN ALFONSO YÁÑEZ RIVEROS, y el registro de elegibles del que hace parte el accionante para proveer cargos vacantes de las Salas Laborales de los Tribunales Superiores venció el 18 de agosto de 2015 y no fue remitido por la Unidad de Administración de Carrera Judicial, situación que evidencia a todas luces la procedencia de la acción, pues ni siquiera existe un acto administrativo cuestionable ante la jurisdicción, al contrario de lo señalado por el *A quo*.

En consecuencia, pasa la Sala a examinar si en efecto, por parte de la accionada debía remitirse a la Corte Suprema de Justicia el registro de elegibles para el cargo de Magistrado de Tribunal Superior, Sala Laboral, conformado mediante la Resolución No. PSAR 11-684 de 19 de julio de 2011, ante la vacancia de los cargos de magistrados ocupados por los Doctores EFRAÍN ALFONSO YAÑEZ RIVEROS y ETHEL CECILIA MESA DE MARIÑO.

4.- Análisis del fondo del asunto.

4.1. De lo probado en el proceso.

En el expediente se encuentra probado lo siguiente:

4.1.1. Mediante Resolución No. PSAR11-684 de 19 de julio de 2011, suscrita por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se conformó el registro de elegibles para el cargo de Magistrado de Tribunal Superior de Distrito Judicial – Sala Laboral, “como resultado del concurso de méritos convocado mediante el Acuerdo PSAA08-4528 de 2008”, listado en el que el accionante fue clasificado en el puesto 33. (fls. 10-11).

4.1.2. El vencimiento del mencionado registro se produjo el 18 de agosto de 2015, de conformidad con sentencia de tutela, dentro de la acción de tutela interpuesta por FRANCISCO ALBERTO GONZÁLEZ MEDINA, radicado No 81-001-22-08-000-2015-00065, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Arauca - Sala Única de Conjuces⁹.

4.1.3. A través de Acuerdo No. 635 de 27 de agosto de 2015, el Presidente de la Corte Suprema de Justicia aceptó la renuncia presentada por la Dra. ETHEL CECILIA MESA DE MARIÑO, como Magistrada del Tribunal Superior de Distrito Judicial – Sala Laboral, de Bucaramanga, a partir del 28 de noviembre de 2015, fecha en la que se autorizó la dejación del cargo. (fl. 33).

4.1.4. A través de Acuerdo No. 637 de 27 de agosto de 2015, el Presidente de la Corte Suprema de Justicia aceptó la renuncia presentada por el Dr. EFRAÍN ALFONSO YAÑEZ RIVEROS, como Magistrado del Tribunal Superior de Distrito Judicial – Sala Laboral, de Medellín, a partir del 17 de noviembre de 2015, fecha en la que se autorizó la dejación del cargo. (fl. 34).

4.1.5. Mediante oficios Nos. PCSJ-1300 y 1298 de 27 de agosto de 2015, el Presidente de la Corte Suprema de Justicia solicitó al Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura el envío de la lista de elegibles para la provisión de los cargos de Magistrado de Tribunal Superior de Distrito Judicial – Sala Laboral, en reemplazo de los Doctores EFRAÍN ALFONSO YAÑEZ RIVEROS y ETHEL CECILIA MESA DE MARIÑO. (fls. 29 y vto.)

4.1.6. En el mes de diciembre de 2015, la Unidad de Administración de Carrera Judicial publicó para efectos de traslado¹⁰ las vacantes de Magistrados de Sala Laboral de Tribunal Superior de Distrito Judicial, donde figuran los cargos de los Doctores EFRAÍN ALFONSO YAÑEZ RIVEROS y ETHEL CECILIA MESA DE MARIÑO, en Medellín y Bucaramanga, respectivamente. (fl. 12).

4.1.7. En la respuesta de la Unidad de Administración de Carrera Judicial se aclaró que la vacante del cargo que ocupaba la Dra. ETHEL CECILIA MESA DE MARIÑO, en el Tribunal Superior de Bucaramanga, se produjo el 28 de noviembre de 2015, por efectos de su renuncia al cargo, por cuanto la edad de retiro forzoso sólo se cumplió hasta el 9 de diciembre de 2015. En cambio, la edad de retiro forzoso del Dr. EFRAÍN YAÑEZ RIVEROS se produjo el 17 de mayo de 2015, pero la vacancia del cargo se produjo a partir de la fecha en la que se aceptó la renuncia.

Con base en la información señalada en el numeral anterior, la impugnación del accionante insistió únicamente frente al cargo Magistrado de Tribunal en Medellín, vacante que era ocupada por el Dr. EFRAÍN YAÑEZ RIVEROS y centró su discusión en la fecha a partir de la cual debe entenderse que ocurrió su vacancia, para efectos de atender la provisión del mismo, con base en la lista de elegibles vigente hasta el 18 de agosto de 2015.

Por ende, se impone a ésta Sala referirse únicamente a la provisión del cargo que ocupara el mencionado Magistrado atendiendo a los parámetros de discusión que refiere la demanda y la impugnación.

4.2. Procesos de nombramiento para proveer cargos de carrera en la Rama Judicial, en casos de vacancia de cargo por retiro motivado por edad.

Frente a la especial situación de la provisión de cargos de funcionarios y empleados de carrera de la Rama Judicial, la Ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, dispuso en su artículo 165 que la Sala Administrativa de los Consejos Superior o Seccional de la Judicatura conformará con quienes hayan superado las etapas de los concursos de méritos allí señaladas, el correspondiente registro de elegibles, con una vigencia de cuatro años.

Además, el artículo 167 *ibídem* dispone que cada vez que se presente una vacante en un cargo de funcionario, la entidad nominadora comunicará la novedad, a más tardar dentro de los tres días siguientes, a la correspondiente Sala Administrativa del Consejo Superior o Seccional de la Judicatura, según el caso. Recibida la lista de candidatos, procederá al nombramiento dentro de los diez días siguientes.

El artículo 165 mencionado, fue reglamentado a través del Acuerdo No. PSAA08-4536 de 2008¹¹, que a su vez, fue modificado por el artículo 1º del Acuerdo PSAA14-10269 de 2014. Dicha norma dispuso en su artículo 2º¹² que dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la ocurrencia de una vacante definitiva, la autoridad nominadora correspondiente, lo informará a la Presidencia de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y a la del respectivo Consejo Seccional y, definidas las sedes donde se presenten vacantes definitivas, la Unidad de Administración

de la Carrera Judicial, publicará, a través de la página web de la Rama Judicial (www.ramajudicial.gov.co), durante los cinco (5) primeros días hábiles de cada mes, las sedes que correspondan a los despachos donde se presenten dichas vacantes, indicando las categorías y especialidades de los cargos, con el fin de que los integrantes del registro de elegibles manifiesten su interés en formar parte de las listas de candidatos.

Por su parte el artículo 59¹³ del mismo Acuerdo, señala que, con base en las relaciones de aspirantes por sedes y de conformidad con lo establecido en el artículo 166 de la Ley 270 de 1996, las Salas Administrativas del Consejo Superior y Seccional de la Judicatura, integrarán en estricto orden del registro de elegibles vigente al momento en que se presenten las vacantes, las listas de candidatos para los despachos que dieron origen a la publicación de sedes.

Conforme a la norma en mención se advierte que es determinante el momento de la ocurrencia de la vacancia para efectos de establecer el registro de elegibles que debe ser remitido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

Sin embargo debe aclararse que la vacancia del cargo por el cumplimiento de la edad de retiro forzoso no se produce de manera automática como parece entenderlo de manera equivocada el accionante.

En efecto, la Constitución consagra en el artículo 125 inciso 4º que el retiro del servicio de los funcionarios públicos se hará por las causales previstas en la Constitución o la Ley.

Ahora bien, desde el mismo Decreto 2400 de 1968 en sus artículos 25 literal f) y 31, se estableció que la cesación definitiva de funciones de los empleados públicos se produce por edad y que todo empleado que cumpla 65 años será retirado del servicio y no podrá ser reintegrado, con excepción de los empleos señalados en el inciso 2º del artículo 29. Similares disposiciones se consagraron en los Decretos 1950 de 1973 y en la Ley 909 de 2004.

Específicamente para el caso de la Rama Judicial, la Ley 270 de 1996 señaló en su artículo 149¹⁴, numeral 4º, que la cesación definitiva de las funciones se produce entre otros casos, por “Retiro forzoso motivado por edad”, sin embargo, al revisar la exequibilidad del proyecto de Ley 58/94 Senado y 264/95 Cámara, la Corte Constitucional, a través de sentencia de C-037 de 1996, con ponencia del Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, declaró condicionalmente exequible el artículo 149 del mismo, bajo el entendido que el numeral 4º debía interpretarse según los lineamientos fijados por la Corte Constitucional en la Sentencia C- 351 de 1995, en la que se analizó la constitucionalidad del artículo 31 del Decreto 2400 de 1968 y en la que señaló:

“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”.

Ahora bien, es pertinente señalar que la Ley 270 de 1996 no establece el término para que se produzca la dejación del cargo una vez verificada la causal de cesación de funciones por cumplimiento de la edad de retiro. Empero, el Decreto 546 de 1971, por el cual se establece el régimen de seguridad y protección social de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional”, establece en su artículo 12 lo siguiente:

“ Ninguno de los funcionarios a que se refiere este Decreto, que por razones de edad y tiempo de servicio , vejez o invalidez, desee retirarse o deba ser retirado del servicio, será remplazado mientras la entidad correspondiente de Previsión Social no haga el reconocimiento de sus prestaciones sociales y manifiesta estar en condiciones de pagarles , especialmente la pensión, de suerte que no haya solución de continuidad entre la percepción del sueldo y la pensión , pero la permanencia en el cargo no podrá pasar de 6 meses de ocurrida la causal.”

Ese mismo término se contempló en el Decreto 1660 de 1978 “Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 15 y 20 de 1972, los Decretos 250 y 762 de 1970, 546 de 1971 y 717 de 1978, y otras disposiciones sobre administración del personal de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de las Direcciones de Instrucción Criminal”. Dicha norma en su artículo 130 dispuso “El retiro forzoso se producirá a solicitud del interesado o del Ministerio Público, o se decretará de oficio por la autoridad nominadora en cuanto haya sido reconocida la pensión que le corresponda. Seis meses después de ocurrida la causal de retiro, este deberá producirse necesariamente, aunque no se haya reconocido la pensión”. Además, es pertinente señalar que por disposición expresa del artículo 204 de la Ley 270 de 1996, dicha norma conserva su vigencia hasta que se cumpla la condición allí anotada¹⁵.

En este caso, el accionante señala que la Corte Suprema de Justicia concedió una prórroga de seis meses a los Magistrados YÁÑEZ RIVEROS y MESA DE MARIÑO, precisamente en virtud de lo señalado por el Decreto 1660 de 1978, sin embargo, no obra prueba de dicha situación, pero para el primer caso, es evidente que la aceptación de renuncia y autorización de dejación del cargo operó a partir del 17 de noviembre de 2015, a los seis meses después del cumplimiento de la edad de retiro, situación autorizada por la norma en mención.

Ahora, pese al término que consagra el Decreto 1660 de 1978 para la dejación del cargo, es claro que jurisprudencialmente se ha advertido que no puede darse una aplicación literal de la norma para proceder a la desvinculación de un funcionario del servicio, pues debe efectuarse una valoración de su situación particular conforme a los mandatos constitucionales, en donde es de vital importancia establecer si se le reconoció la pensión de jubilación y se le incluyó en nómina de pensionados, sin que baste la sola notificación del acto de reconocimiento pensional, pues lo contrario podría poner en riesgo derechos tales como el mínimo vital, la seguridad social y el derecho a la vida en condiciones dignas.

Al respecto, la Corte Constitucional, en sentencia T-1031 de 2010¹⁶ indicó que el cumplimiento de la edad de retiro forzoso no conlleva

necesariamente que surja de manera automática para la persona el derecho a la pensión, ya que el reconocimiento del mismo se encuentra sujeto al cumplimiento de requisitos de edad y tiempo de cotización exigidos por el respectivo régimen al cual se encuentre afiliado el trabajador; además, la verificación del cumplimiento de los mismos demora, en el mejor de los casos, por lo menos 6 meses, siempre y cuando los empleadores hayan realizado cumplidamente los respectivos aportes a las Cajas de Previsión Social. Por esto, precisó además la Corte que el citado término puede ser extendido, hasta el momento en el cual la entidad de previsión respectiva se pronuncie de fondo respecto al reconocimiento pensional.

En este orden de ideas, si bien, tanto el Decreto 546 de 1971 y el Decreto 1660 de 1978 contemplan como término máximo para la dejación del cargo por cumplimiento de la edad de retiro forzoso, 6 meses o hasta el momento en el cual la Caja de Previsión Social se pronuncie de fondo en relación con el reconocimiento de la pensión de vejez del funcionario, independientemente del reconocimiento o no de la pensión. No obstante, deben verificarse las condiciones señaladas por la Corte, como son que se haya producido el reconocimiento pensional y la inclusión en nómina de pensionados, so pena de poner en riesgo derechos fundamentales del ex servidor.

Ahora bien, como se advierte de este panorama normativo y jurisprudencial, es evidente que son dos situaciones diferentes, la configuración de la causal de cesación de funciones y el momento en que dicha cesación se efectiviza, tanto por efectos del término consagrado en el Decreto 1660 de 1978, como por las exigencias que la jurisprudencia constitucional impone para estos casos de retiro por cumplimiento de la edad de retiro forzoso.

Además, no se puede perder de vista que frente a la figura de la vacancia existen dos tipologías referidas al objeto sobre el que recae, como son la vacancia subjetiva, en la cual el titular no está ocupando el cargo, es decir, dejó de ser el titular de ese empleo, y una objetiva, en la cual, el sujeto no se desprende del mismo, pero sí de las funciones propias de este¹⁷.

Como vemos en este caso, ninguna de las dos tipologías se presentó, en atención a que al Magistrado EFRAÍN YÁÑEZ RIVEROS, se le aceptó la renuncia hasta el 17 de noviembre de 2015, fecha a partir de la cual la Corte Suprema de Justicia le autorizó la dejación del cargo, por lo que no puede entenderse de ninguna manera que se haya producido la vacancia del cargo con anterioridad, pues continuó en el ejercicio del cargo, sin desprenderse de sus funciones propias de Magistrado.

Finalmente, alegó el accionante que en su caso se produjo la presunta vulneración de su derecho a la igualdad, por cuanto en los casos de los Magistrados GABRIEL RAÚL CASTAÑEDA BLANDÓN y JOSÉ GILDARDO VALENCIA HERNÁNDEZ las vacantes respectivas se publicaron por parte de la Unidad de Administración de Carrera Judicial de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, tan pronto los funcionarios llegaron a la edad de retiro forzoso, independientemente de la fecha en que hicieron dejación efectiva del cargo.

Al respecto dirá la Sala sin mayores disquisiciones que no se advierte vulneración alguna pues conforme al formato aportado por el accionante a folios 78 y 79, la publicación de tales vacantes se produjo en mayo y noviembre de 2014, es decir, con una considerable antelación a la culminación de la vigencia del registro de elegibles para el cargo de Magistrado de la Sala Laboral del Tribunal Superior, a través de la Resolución No. PSAR11-684 de 19 de julio de 2011, situación totalmente disímil a la que acá se plantea.

Por las anteriores razones, se impone revocar la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en cuanto consideró improcedente la acción de tutela. En su lugar, se negará el amparo solicitado por el accionante.

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

III. FALLA

PRIMERO.- REVÓCASE la sentencia de 16 de marzo de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “C”, que consideró improcedente la acción interpuesta por el señor LUIS ARTURO HERRERA HERRERA, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. En su lugar se dispone:

SEGUNDO.- NIÉGASE el amparo *iusfundamental* invocado por el accionante, por las razones señaladas en la parte considerativa de este proveído.

TERCERO.- NOTIFÍQUESE la presente decisión a los interesados, por telegrama o por cualquier otro medio expedito.

CUARTO.- ENVÍESE a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Folios 25 y s.s.

2 Folios 50 y s.s.

3 Folios 68 y s.s.

4 Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 8 de octubre de 2014, C.P. Alberto Yepes Barreiro, radicado: 25000-23-41-000-2014-00005-01. Sección Quinta, sentencia del 12 de septiembre de 2013, C.P. Alberto Yepes Barreiro, radicado: 11001-03-28-000-2012-00060-00. Sección Primera, auto del 24 de mayo de 2008, C.P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta, radicado: 73001-23-31-000-2008-00018-01. Sección Segunda, sentencia del 6 de mayo de 2010, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, radicado: 25000-23-15-000-2010-00238-01. Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 4 de febrero de 2010, C.P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo, radicado: 11001-03-06-000-2009-00066-00.

5 Cfr. Corte Constitucional, sentencias T-315 de 1998, SU-133 de 1998, SU-613 de 2002, SU-913 de 2009, T-829 de 2012 y T-319 de 2014.

6 Corte Constitucional, Sentencia T-319 de 2014.

7 Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 6 de mayo de 2010, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, radicado: 25000-23-15-000-2010-00238-01.

8 *Ibídem*.

9 Información señalada en la página web <https://www.ramajudicial.gov.co/registros-de-elegibles> consultada el 27 de abril de 2016.

10 Así se especifica conforme al formato reportado en la página web de la entidad consultada el 27 de abril de 2016: <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/7227621/7343308/C18-VAC-1215-5.pdf/db42caf0-729b-49b2-9e71-72a2e4a96c40>.

11 Por medio del cual se reglamenta el parágrafo del artículo 165 de la Ley 270 de 1996 y se dictan otras disposiciones relacionadas con la actualización de los registros de elegibles y listas de candidatos para los cargos de carrera de funcionarios judiciales.

12 “ARTÍCULO SEGUNDO.- DETERMINACIÓN Y PUBLICACIÓN DE SEDES. Dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la ocurrencia de una vacante definitiva, la autoridad nominadora correspondiente, lo informará a la Presidencia de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y a la del respectivo Consejo Seccional.

Por su parte, las Salas Administrativas de los Consejos Seccionales de la Judicatura, en ejercicio de sus funciones, tienen la obligación de reportar en los formatos diseñados al efecto, a la Presidencia de esta Sala, las vacantes que les hayan sido comunicadas por las autoridades nominadoras en el ámbito de su competencia territorial.

De igual manera, las Direcciones Seccionales de Administración Judicial, en ejercicio de sus funciones, y como quiera que en las respectivas oficinas de Recursos Humanos o las que hagan sus veces, se reportan todas las novedades de personal, tienen la obligación de comunicar en forma inmediata a esta Sala, las novedades administrativas relacionadas con el retiro y posesión en propiedad de los funcionarios vinculados a despachos judiciales ubicados en su circunscripción territorial.

Definidas las sedes donde se presenten vacantes definitivas, la Unidad de Administración de la Carrera Judicial, publicará, a través de la página web de la Rama Judicial (www.ramajudicial.gov.co), durante los cinco (5) primeros días hábiles de cada mes, las sedes que correspondan a los despachos donde se presenten las vacantes definitivas, indicando las categorías y especialidades de los cargos, con el fin de que los integrantes del Registro de Elegibles manifiesten su interés en formar parte de las listas de candidatos.

La publicación de sedes de Distrito Judicial se hará previo concepto de la Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico, en el que se indique si la plaza vacante se encuentra o no en un programa de reordenamiento judicial.

De manera adicional, a título informativo, la Unidad de Administración de la Carrera Judicial, comunicará por correo electrónico, a los integrantes de los respectivos Registros de Elegibles, las sedes donde exista vacante, siempre que lo hayan registrado en la citada Unidad.

PARÁGRAFO La publicación de la que trata éste Artículo, se hará también con el fin de que los funcionarios de carrera puedan solicitar traslado en la forma y términos señalados en el correspondiente reglamento.

PARÁGRAFO TRANSITORIO.- Los integrantes de los Registros de Elegibles interesados en información adicional vía correo electrónico, deberán reportar su correo electrónico personal a la Unidad de Administración de la Carrera judicial, dentro de los treinta (30) días siguientes a la publicación del presente Acuerdo, con el fin de que durante el término de publicación de sedes, se les comunique las que correspondan a los despachos en los que se presentó vacancia definitiva de la especialidad y categoría para los cuales concursaron.

13 “ARTÍCULO QUINTO.- CONFORMACIÓN DE LISTAS DE CANDIDATOS. Con base en las relaciones de aspirantes por sedes y de conformidad con lo establecido en el artículo 166 de la Ley 270 de 1996, las Salas Administrativas del Consejo Superior y Seccional de la Judicatura, integrarán en estricto orden del Registro de Elegibles vigente al momento en que se presenten las vacantes las listas de candidatos para los despachos que dieron origen a la publicación de sedes.

Las Salas Administrativas de los Consejos Seccionales de la Judicatura, previamente a conformar las listas de candidatos, deberán consultar a través de la página web de la Rama Judicial www.ramajudicial.gov.co, si los integrantes de las relaciones de aspirantes tienen vigente su inscripción en el Registro de Elegibles. Si ello no es así, deberán abstenerse de considerar los nombres de quienes ya fueron excluidos del respectivo registro.

En el evento que se deban conformar listas de candidatos para más de un cargo de idéntica especialidad y categoría, siempre que correspondan a una misma sede territorial, la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura correspondiente, elaborará una única lista de candidatos para la cantidad de cargos de que se trate, pero incrementará el número de integrantes con el fin de garantizar que en todos los casos la autoridad nominadora cuente con más de cinco (5) candidatos.”.

¹⁴ “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. <Numeral CONDICIONALMENTE exequible> 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.”

15 “ARTICULO 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.”

16 M.P. Mauricio González Cuervo.

17 Consejo de Estado, Sección Quinta, Consejero Ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO (e), sentencia de 23 de abril de 2015, dentro del proceso radicado con el No. 11001-03-15-000-2014-01732-01(Ac) actor: JOSE ÉLVER BARBOSA HERNÁNDEZ.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 13:55:41