

RAMA JUDICIAL - Empleador. Concepto

En el Derecho del Trabajo, la doctrina, desde hace mucho tiempo, tiene entendido como 'patrono' la persona natural o jurídica que contrata trabajadores, sobre los que ejerce la subordinación en la prestación personal de servicios por una remuneración. La denominación 'empleador' fue incorporada a la legislación por el artículo [107](#) de la ley 50 de 1990 que dispuso: “La denominación “patrono” utilizada en las disposiciones de trabajo vigentes se entiende reemplazada por el término “empleador”. Esta noción de empleador suele aplicarse a personas particulares y cuando se trata del servicio oficial se distingue entre el vínculo laboral establecido mediante relación contractual, en cuyo uno de sus extremos se halla el denominado 'trabajador oficial' y en el otro el 'Estado patrono', de quienes prestan servicios personales remunerados, con vinculación legal y reglamentaria, en los organismos y entidades de la administración pública que conforman la función pública, para asegurar la atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad (art. 1o ley 909 de 2003). Dentro de nuestro sistema jurídico “La administración de justicia es la parte de la función pública que cumple el Estado encargada por la Constitución Política y la ley de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en ellas, con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional (art. [1o](#) ley 270 de 1996). Dada la trascendencia de la noción 'Estado' como un marco convencional dentro del que se desarrollan las relaciones de poder en una sociedad, la normatividad administrativa no utiliza el término 'empleador', ni precisa quién es él, sino que se dirige a regular el 'sistema de empleo público'. Mientras tanto la Constitución de 1991 determina en su artículo [123](#) que: “Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios”. Dentro de estas definiciones constitucionales y legales, quienes laboran en la rama judicial son empleados del Estado, tal como lo reitera la ley [909](#) de 2004 al referirse expresamente a quienes prestan sus servicios en la Rama Judicial del Poder Público. Por ende el empleador es el Estado, quien por definición constitucional, legal y por simple lógica emplea los servicios de quienes laboran en la rama judicial. Para la Sala no cabe duda que la facultad discrecional otorgada por el parágrafo 3o del artículo [9](#) de la ley 797 de 2003 a los empleadores oficiales para dar por terminada la relación legal o reglamentaria de los servidores públicos cuando les sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones e incorporados en la nómina de pago de las mesadas, en el caso de los servidores de la rama judicial la ejerce la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, de conformidad con las decisiones asumidas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

EDAD DE RETIRO FORZOSO - Límite para la permanencia de un cargo en la rama judicial

Los funcionarios judiciales tienen derecho a permanecer en sus cargos hasta la edad de retiro forzoso y quien hace las veces de empleador puede desvincularlos desde que hayan sido incorporados a la nómina de pago de sus pensiones, siempre que esta decisión obedezca a fines tales como democratizar el acceso al empleo, mejorar la función judicial en cuanto a eficacia y eficiencia, darles un merecido descanso a quienes estén en disminución de su producción laboral, sin violar el respeto de los derechos y la dignidad humana de estos servidores (art. [53](#) C. P.).

PENSION DE JUBILACION / REGIMEN DE TRANSICION - Concepto / PENSION - Justa causa para terminar la relación laboral. Pensión de Vejez y Pensión de Jubilación

El régimen de transición es un mecanismo de protección para que los cambios producidos por un

tránsito legislativo no afecten desmesuradamente a quienes, si bien no han adquirido el derecho a la pensión, por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa legítima de adquirir ese derecho, por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionarse, en el momento del tránsito legislativo. Es justa causa de terminación del contrato de trabajo o de la relación legal y reglamentaria ser incorporado en la nómina de pago de pensiones de vejez, mas no de jubilación que obedece a elementos diferentes.

NOTA DE RELATORIA: Autorizada la publicación con oficio de 24 de mayo de 2006.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Conjuez ponente: MARCEL SILVA ROMERO

Bogotá D. C., veintinueve (29) de marzo de dos mil seis (2006)

Radicación número: 11001 - 03 - 06 - 000 - 2006 - 00014 - 00(1715)

Actor: MINISTRO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA

Referencia: Aplicación del párrafo 3o del art. [9](#) de la ley 797 de 2003. Servidores de la Rama Judicial.

El Ministerio del Interior y de Justicia, a solicitud del Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, desea conocer el concepto de esta Sala, relacionado con la facultad establecida en la Ley [797](#) de 2003, para dar por terminada la relación legal o reglamentaria respecto de los servidores judiciales cuando hayan cumplido los requisitos para acceder a la pensión.

1. INTERROGANTES.

El señor Ministro pregunta:

“1. En atención a que en la Rama Judicial los conceptos de empleador y nominador no coinciden, ¿a quien de estos corresponde ejercer la facultad otorgada por el párrafo 3 del artículo [9](#) de la Ley 797 de 2003, para efectos de dar por terminada la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones, a los servidores de la Rama Judicial?.

2. Como quiera que los anteriores conceptos no coinciden, en definitiva, ¿Quién es el empleador en la Rama Judicial?.

3. Es aplicable por parte del empleador la facultad otorgada por el párrafo 3 del artículo [9](#) de la Ley 797 de 2003 respecto de los servidores judiciales que se encuentran amparados por el régimen de transición?.

4. Es aplicable por parte del empleador la facultad otorgada por el párrafo 3 del artículo [9](#) de la Ley 797 de 2003 respecto de los servidores judiciales que se encuentran cobijados por el régimen de la carrera judicial?.

5. La Ley [797](#) de 2003 derogó el párrafo único del artículo [150](#) de la Ley 100 de 1993?.”.

2. ANTECEDENTES.

El párrafo único del artículo [150](#) de la ley 100 de 1993 es del siguiente tenor:

“No podrá 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”

La ley [797](#) de 2003 dispone:

ARTICULO [9o](#). El artículo [33](#) de la Ley 100 de 1993 quedará así:

Artículo [33](#). Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

PARAGRAFO 1o. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta:

a) El número de semanas cotizadas en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones;

b) El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados, incluyendo los tiempos servidos en regímenes exceptuados;

c) El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley [100](#) de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley [100](#) de 1993.

d) El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador.

e) El número de semanas cotizadas a cajas previsionales del sector privado que antes de la Ley [100](#) de 1993 tuviesen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión.

En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional.

Los fondos encargados reconocerán la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho. Los Fondos no podrán aducir que las diferentes cajas no les han expedido el bono pensional o la cuota parte.

PARAGRAFO 2o. Para los efectos de las disposiciones contenidas en la presente ley, se entiende por semana cotizada el periodo de siete (7) días calendario. La facturación y el cobro de los aportes se harán sobre el número de días cotizados en cada período.

PARAGRAFO 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.

PARAGRAFO 4o. Se exceptúan de los requisitos establecidos en los numerales 1 y 2 del presente artículo, las personas que padezcan una deficiencia física, síquica o sensorial del 50% o más, que cumplan 55 años de edad y que hayan cotizado en forma continua o discontinua 1000 o más semanas al régimen de seguridad social establecido en la Ley [100](#) de 1993.

La madre trabajadora cuyo hijo ~~menor de 18 años~~ padezca invalidez física o mental, debidamente calificada y hasta tanto permanezca en este estado y continúe como dependiente de la madre, tendrá derecho a recibir la pensión especial de vejez a cualquier edad, siempre que haya cotizado al Sistema General de Pensiones cuando menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez. Este beneficio se suspenderá si la trabajadora se reincorpora a la fuerza laboral. Si la madre ha fallecido y el padre tiene la patria potestad del menor inválido, podrá pensionarse con los requisitos y en las condiciones establecidas en este artículo <Aparte tachado INEXEQUIBLE>

La Corte Constitucional mediante sentencia C - [1037](#) de 2003 declaró:

“... EXEQUIBLE el parágrafo 3o del artículo [9o](#) de la Ley 797 de 2003, mediante sentencia

aditiva, pues además de la notificación del reconocimiento de la pensión exigirá, para hacerla conforme con la constitución, la notificación de su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente. En síntesis la Corte adiciona a la primera notificación, otra, la de su inclusión en la nómina de pensionados”.

En lo que respecta a la consulta esta Sala trae a colación algunos apartes de la sentencia:

“4. - Respecto a la terminación de la relación laboral de servidores públicos y de trabajadores particulares, la Constitución no le indica ninguna pauta o restricción al Legislador para el establecimiento de las causales para la procedencia de dicha terminación. En relación con los primeros, la Carta sólo precisa que el retiro del servicio se hará “por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley” (art. [125](#)). En cuanto a los segundos, el artículo [53](#) Superior al enunciar los principios mínimos fundamentales que debe contener el estatuto del trabajo, no instituye ningún principio al que tenga que sujetarse el Legislador para establecer las causales de terminación de la relación laboral privada.

“En ese orden, tanto el Constituyente como el Legislador pueden disponer el término durante el cual las personas pueden ocupar los cargos públicos. Así, la Constitución como estatuto fundamental del Estado, establece el período de duración de los cargos de elección popular y de las altas Corporaciones judiciales. La menor o mayor duración de ellos no puede entenderse como un menoscabo de los derechos y libertades de las personas que los ocupen. Es característico de los Estados modernos, conforme a la teoría de la institucionalización del poder público, la separación entre la función y la persona, de suerte que aquélla no es un patrimonio de éstas, tal como acontecía en las monarquías absolutas, donde los cargos eran de propiedad de individuos o familias, que se trasmitían por la herencia o por enajenación.

“9. - Además de lo anterior, en anteriores oportunidades cuando esta Corporación estudió las disposiciones legales sobre edad de retiro forzoso, manifestó que era legítimo ese retiro por cuanto permitía la realización de varios derechos. Al servidor público se le hacía efectivo su derecho al descanso, con el disfrute de la pensión. Se permitía, asimismo, el acceso de las nuevas generaciones a los cargos públicos. Y a la función pública enrumbarse por caminos de eficacia y eficiencia, al contar con nuevo personal”.

Esta circunstancia permite a la Corte concluir que no puede existir solución de continuidad entre la terminación de la relación laboral y la iniciación del pago efectivo de la mesada pensional, precisamente para asegurar al trabajador y a su familia los ingresos mínimos vitales, así como la efectividad y primacía de sus derechos (C.P., arts. [2o](#) y [5o](#)). Por tanto, la única posibilidad de que el precepto acusado devenga constitucional es mediante una sentencia aditiva para que el trabajador particular o servidor público sea retirado sólo cuando se le garantice el pago de su mesada pensional, con la inclusión en la correspondiente nómina, una vez se haya reconocido su pensión.

La Corte constata que con este condicionamiento no se incurre en la prohibición constitucional conforme a la cual no se pueden recibir dos asignaciones que provengan del tesoro público (C.P., art. [128](#)), en relación con los pensionados del sector público, pues una vez se incluye en la nómina correspondiente el pago de la mesada pensional respectiva debe cesar la vinculación laboral.

En sentencia del veintisiete (27) de octubre de dos mil cinco (2005), el Consejo de Estado - Sala

de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Cons. Pon. Jesús María Lemus Bustamante, denegó la pretensión de nulidad del Acuerdo 1911 del 16 de julio de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura que pone en ejecución la causal contemplada en el parágrafo 3 del artículo [9](#) de la ley 797 de 2003 para los servidores de la rama judicial. Algunos apartes de esta pieza jurídica son:

“La circunstancia de que los destinatarios de la norma se encuentren en carrera judicial y aun no hayan cumplido la edad de retiro - forzoso no puede considerarse como argumento válido para estimar infringido el artículo [25](#) de la Carta, toda vez que el derecho al trabajo puede ser razonablemente limitado siempre que ello no constituya una restricción desproporcionada a los intereses de la persona afectada.

“El acto acusado prevé que el retiro se producirá al cabo del reconocimiento de la respectiva pensión de jubilación y, como debe atenderse lo dispuesto por la Corte Constitucional en el sentido de que el retiro se hará efectivo una vez haya sido incluido el pensionado en la respectiva nómina de - pago, la restricción impuesta por el acuerdo atacado resulta proporcionada y justificada por razones de interés general, si se tiene en cuenta que 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 funcionarios y empleados próximos al reconocimiento y pago de su pensión de jubilación para que se les garantice en forma su debido derecho”.

“La actora considera que se infringió la norma anterior - porque el Consejo Superior de la Judicatura debe limitarse a administrar la carrera judicial no a sustituir la voluntad de - los servidores de carrera de la Rama Judicial forzando su retiro.

La Sala desestimara este argumento por cuanto - la expedición del Acuerdo 1911 del 16 de julio de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, constituye una manifestación propia de la función de administrar la carrera judicial. Corresponde a las normas de carrera establecer, entre otros aspectos, las condiciones de ingreso, permanencia y retiro del servicio, según se infiere del artículo [125](#) de la Constitución, pues son aspectos nucleares en - el desarrollo de toda carrera d servicio público. En consecuencia fijar, mediante acuerdo, la reglamentación para que proceda una de las causales de retiro del servicio ordenadas por la ley corresponde a la facultad confiada al Consejo Superior de la Judicatura de administrar la carrera judicial”.

3. CONSIDERACIONES.

La Sala comparte algunos de los anteriores razonamientos formulados por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, encontrándose en ellos la respuesta a la mayoría de los interrogantes planteados por el señor Ministro del Interior, pero le parece oportuno agregar algunos.

El parágrafo 3o del artículo [9](#) de la ley 797 de 2003 ha consagrado una nueva causal para dar por terminada la relación legal y reglamentaria de todos los servidores oficiales comprendidos dentro de su mandato, que se suma a las establecidas en las normas de la ley estatutaria de administración de justicia.

3.1. Noción de empleador en la Rama Judicial.

En el Derecho del Trabajo, la doctrina, desde hace mucho tiempo, tiene entendido como 'patrono' la persona natural o jurídica que contrata trabajadores, sobre los que ejerce la subordinación en la prestación personal de servicios por una remuneración.

La denominación 'empleador' fue incorporada a la legislación por el artículo [107](#) de la ley 50 de 1990 que dispuso: “La denominación “patrono” utilizada en las disposiciones de trabajo vigentes se entiende reemplazada por el término “empleador”.

Esta noción de empleador suele aplicarse a personas particulares y cuando se trata del servicio oficial se distingue entre el vínculo laboral establecido mediante relación contractual, en cuyo uno de sus extremos se halla el denominado 'trabajador oficial' y en el otro el 'Estado patrono', de quienes prestan servicios personales remunerados, con vinculación legal y reglamentaria, en los organismos y entidades de la administración pública que conforman la función pública, para asegurar la atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad (art. 1o ley 909 de 2003).

Dentro de nuestro sistema jurídico “La administración de justicia es la parte de la función pública que cumple el Estado encargada por la Constitución Política y la ley de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en ellas, con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional (art. [1o](#) ley 270 de 1996).

Dada la trascendencia de la noción 'Estado' como un marco convencional dentro del que se desarrollan las relaciones de poder en una sociedad, la normatividad administrativa no utiliza el término 'empleador', ni precisa quién es él, sino que se dirige a regular el 'sistema de empleo público'.

Mientras tanto la Constitución de 1991 determina en su artículo [123](#) que: “Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios”.

Dentro de estas definiciones constitucionales y legales, quienes laboran en la rama judicial son empleados del Estado, tal como lo reitera la ley [909](#) de 2004 al referirse expresamente a quienes prestan sus servicios en la Rama Judicial del Poder Público

Por ende el empleado es el Estado, quien por definición constitucional, legal y por simple lógica emplea los servicios de quienes laboran en la rama judicial.

Como en definitiva la abstracción Estado sólo se puede manifestar a través de seres humanos, que actúan en la función pública, la ley debe establecer con toda precisión quiénes designa a cada uno de los empleados, en nuestro caso a los jueces, magistrados y demás servidores de la rama.

No hay lugar a confundir empleador con nominador, como no puede presentarse confusión en el sector privado cuando el 'empleador' es una persona jurídica y quien suscribe los contratos de trabajo puede ser su representante legal o cualquier otro subordinado que esté delegado para el efecto.

La claridad es mucho más reluciente en la rama judicial cuando los jueces y magistrados, son autónomos, no son subalternos de sus nominadores, ni de ellos pueden recibir órdenes, ni son sus subordinados:

“Ningún superior jerárquico en el orden administrativo o jurisdiccional podrá insinuar, exigir,

determinar o aconsejar a un funcionario judicial para imponerle las decisiones o criterios que deba adoptar en sus providencias” (art. [5](#) ley estatutaria de la justicia).

Si la permanencia de un juez o magistrado dependiera del criterio de su Superior o de su nominador, por más ponderación o autorregulación de unos u otros, no serían autónomos en sus decisiones. Así lo confirma la Carta Política:

“Artículo [230](#). Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.

La representación del Estado en la rama judicial la lleva la Nación - Rama Judicial, a través de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial cuya función es poner en ejecución las decisiones asumidas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura:

La Constitución Política señala:

Artículo [75](#). Funciones Básicas. Al Consejo Superior de la Judicatura le corresponde la administración de la rama judicial y ejercer la función disciplinaria, de conformidad con la constitución política y lo dispuesto en esta ley.

Y la ley estatutaria de administración de justicia preceptúa:

“artículo [98](#). De la Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial. La Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial es el órgano técnico y administrativo que tiene a su cargo la ejecución de las actividades administrativas de la Rama Judicial, con sujeción a las políticas y decisiones de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura”.

Para la Sala no cabe duda que la facultad discrecional otorgada por el parágrafo 3o del artículo [9](#) de la ley 797 de 2003 a los empleadores oficiales para dar por terminada la relación legal o reglamentaria de los servidores públicos cuando les sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones e incorporados en la nómina de pago de las mesadas, en el caso de los servidores de la rama judicial la ejerce la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, de conformidad con las decisiones asumidas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

En primer lugar, aunque parezca innecesario, es preciso aclarar que los magistrados de las Altas Cortes tienen derecho a permanecer en sus funciones durante el lapso establecido en la Constitución para ejercer su mandato.

En segundo lugar se debe registrar con meridiana claridad que no es obligatorio para los administradores de la rama judicial ni dar por terminada la relación legal y reglamentaria de los servidores judiciales inmediatamente cumplan los requisitos para acceder a la pensión de que trata el artículo [9](#) de la ley 797 de 2003, ni tampoco lo es el solicitar el reconocimiento de la misma si el funcionario no ha procedido a hacerlo, pues el legislador al utilizar en ambas oportunidades la expresión 'podrá' está indicando que esa facultad no debe ejercerse automáticamente, porque deja un amplio campo de discrecionalidad, a quien toma la decisión.

En el sector oficial mal podría predicarse que el legislador le ha entregado a los empleadores una facultad a ejercerse caprichosa o arbitrariamente, pues la discrecionalidad siempre debe ir en la búsqueda de objetivos superiores, que en la sentencia C [1037](#) de 2003 son enunciados como el enrumbar la función pública por caminos de eficacia y eficiencia al contar con nuevo personal,

permitir el merecido descanso a los servidores en condiciones dignas, cuando la disminución de su producción laboral es evidente cuando han cumplido los requisitos de pensión, lograr el relevo generacional y permitir la democratización del acceso a los empleos.

No se puede desconocer la enorme trascendencia que tiene para el país y para la rama judicial la utilización de la facultad establecida en el parágrafo 3 del artículo [9](#) de la ley 797 de 2003 por parte del Consejo Superior de la Judicatura, hasta el punto de que podría determinar la composición de los Tribunales y los juzgados por la vía de tramitar el reconocimiento de las pensiones cuando el respectivo servidor no haya querido hacerlo, pero es conveniente recordar que en estas y otras materias de integración de los organismos e instituciones del poder público el constituyente recurrió a un sistema de pesos y contrapesos, para que no fuera una única autoridad quien interviniera en la definición última sobre designaciones.

Los funcionarios judiciales tienen derecho a permanecer en sus cargos hasta la edad de retiro forzoso y quien hace las veces de empleador puede desvincularlos desde que hayan sido incorporados a la nómina de pago de sus pensiones, siempre que esta decisión obedezca a fines tales como democratizar el acceso al empleo, mejorar la función judicial en cuanto a eficacia y eficiencia, darles un merecido descanso a quienes estén en disminución de su producción laboral, sin violar el respeto de los derechos y la dignidad humana de estos servidores (art. [53](#) C. P.).

3.2. Régimen de transición.

Esta misma Sala de Conjuces hizo un detenido estudio del régimen pensional de los servidores de la rama judicial, a propósito de dos consultas elevadas sobre el régimen de pensiones de los magistrados de las Altas Cortes, acaparando especial atención el régimen de transición y en concepto del 27 de septiembre de 2005, con ponencia del conjuce Dr. Juan Manuel Charry Urueña, analizó:

“Para absolver los interrogantes, la Sala se sustenta en las siguientes disposiciones y pronunciamientos judiciales:

I. REGIMEN DE TRANSICION. Artículo [36](#) de la Ley 100 de 1993.

A. Disposiciones Legales.

El texto del artículo [36](#) señala:

“La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o mas años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior

que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.[Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciera falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente Ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos.

Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.

Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida.

Quienes a la fecha de vigencia de la presente Ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez, conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho, en desarrollo de los derechos adquiridos, a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes, al momento en que cumplieron tales requisitos.

PARAGRAFO. Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1o) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las Cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio.”

Sin perjuicio de precisiones que se incorporan más adelante, para los efectos de esta consulta, se destacan los siguientes elementos de la norma:

La edad para acceder a la pensión de vejez es de 55 años para las mujeres y de 60 años para los hombres, hasta el año 2014.

i) La edad, ii) el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas y iii) el monto de la pensión, serán las establecidas en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados, quienes al momento de entrar en vigencia el sistema, habían cumplido 35 años de edad o más si son mujeres, o 40 años o más si son hombres, o contaban con 15 años o más de servicios cotizados. Las demás condiciones y requisitos se regirán por esta ley.

El ingreso base de liquidación para las personas mencionadas en la letra (b) anterior, anterior, en caso de faltarles menos de 10 años, será el promedio del devengado en el tiempo que les hiciera falta, o el cotizado durante todo el tiempo si fuere superior, actualizado.

Este régimen de transición no será aplicable cuando las personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual decidan cambiarse al de prima media.

Posteriormente, las leyes [797](#) y [860](#) modificaron el inciso segundo de la disposición, a la postre declarados INEXEQUIBLES, por vicios de trámite, mediante sentencia C - [1056](#) de 2003 y por la C - [754](#) de 2004, también por vicios de trámite y por no tener armonía con los criterios expuestos en la sentencia C - [789](#) de 2002, El inciso cuarto y quinto fueron declarados EXEQUIBLES CONDICIONADOS según sentencia C - [789](#) de 2002, en la cual la Corte Constitucional señaló:

“En tal medida, la Corte establecerá que los incisos 4o y 5o del artículo [36](#) de la Ley 100 de 1993 resultan exequibles en cuanto se entienda que los incisos no se aplican a las personas que tenían 15 años o más de trabajo cotizados para el momento de entrada en vigor del sistema de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993, conforme a lo dispuesto en el artículo [151](#) del mismo estatuto.

Por supuesto, esto no significa que las personas con más de 15 años cotizados, y que se encuentran en el sistema de ahorro individual con solidaridad, se les calcule su pensión conforme al régimen de prima media, pues estos dos regímenes son excluyentes. Como es lógico, el monto de la pensión se calculará conforme al sistema en el que se encuentre la persona.”

B. Jurisprudencia Constitucional.

La Sala considera importante citar algunas de las sentencias de la Corte Constitucional, relacionadas con la disposición anteriormente transcrita.

1. - Sentencia C - [754](#) de 2004, en la que reiteró lo expuesto en sentencia C - 789 de 2000, así:

“De las consideraciones transcritas se desprende, sin lugar a dudas, que el régimen de transición previsto en el artículo [36](#) de la Ley 100 de 1993 i)“(c)onstituye entonces un mecanismo de protección para que los cambios producidos por un tránsito legislativo no afecten desmesuradamente a quienes, si bien no han adquirido el derecho a la pensión, por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa legítima de adquirir ese derecho, por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionares, en el momento del tránsito legislativo”; ii) que este instrumento ampara a los trabajadores, hombres y mujeres, “que al momento de entrar en vigencia el sistema de pensiones”, tuvieran más de cuarenta años o treinta y cinco años respectivamente, y a quienes, “independientemente de su edad, tuvieran más de quince años de servicios cotizados”; y iii) que los amparados por este régimen “si bien no han adquirido el derecho a la pensión, por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa legítima de adquirir ese derecho, por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionares, en el momento del tránsito legislativo”.” (Se subraya)

Se destaca que el régimen de transición protege legalmente la expectativa de quienes están próximos a adquirir el derecho, en el momento de tránsito legislativo.

Y más adelante recordó:

1. - El Decreto Ley [546](#) de 1971 estableció el régimen de seguridad y protección social de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de sus familiares. El artículo [6o](#) del citado Decreto señala:

“Artículo [6o](#). Los funcionarios y empleados a que se refiere este decreto - léase de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público - tendrán derecho, al llegar a los 55 años de edad, sin son

hombres, y 50 si son mujeres, y cumplir 20 años de servicios continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este decreto, de los cuales por lo menos 10 lo hayan sido exclusivamente a la rama jurisdiccional o al ministerio público, o a ambas actividades, a un pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al 75 % de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio en las citadas actividades.”

2. - El Decreto 104 de 1994, dictado en desarrollo de la Ley [4](#) de 1992, en su artículo 28, dispuso:

“A los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado se les reconocerán las pensiones teniendo en cuenta los mismos factores salariales y cuantías de los Senadores de la República y Representantes a la Cámara en los términos establecidos en las normas legales vigentes.”

No sobra anotar que este decreto dictó disposiciones en materia salarial y prestacional de la Rama Judicial y del Ministerio Público, con efectos fiscales a partir del 1 de enero de ese mismo año.

La Ley [4](#)^a de 1992 contiene normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos de conformidad con el Artículo [150](#), numeral 19, literales e) y f), en su artículo [4](#)o dispone que el Gobierno anualmente modifique el sistema salarial correspondiente.

Si bien es cierto que es discutible la vigencia anual o permanente de la disposición transcrita, en los años siguientes el Gobierno expidió decretos de esta misma naturaleza consignando la disposición en términos similares con algunas modificaciones.

3. - El Decreto 691 de 1994, en su artículo [1](#), incorporó al Sistema de General de Pensiones de la Ley [100](#) a los servidores públicos de la Rama Judicial, así:

“Incorporación de servidores públicos. Incorpórase al Sistema General de Pensiones previsto en la Ley [100](#) de 1.993 a los siguientes servidores públicos:

(..)

b) Los servidores públicos del Congreso de la República, de la Rama Judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la organización electoral y la Contraloría General de la República.

Parágrafo. La incorporación de los servidores públicos de que trata el presente Decreto se efectuará sin perjuicio de lo establecido en el artículo [279](#) de la Ley 100 de 1.993, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 28 del Decreto 104 de 1.994, Decreto [314](#) de 1.994 y Decreto [1359](#) de 1.993 y las normas que los modifiquen y adicionen.” (Se subraya)”.

Se puede concluir, después de las anteriores anotaciones:

1o El régimen de transición es un mecanismo de protección para que los cambios producidos por un tránsito legislativo no afecten desmesuradamente a quienes, si bien no han adquirido el derecho a la pensión, por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa legítima de adquirir ese derecho, por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionarse, en

el momento del tránsito legislativo

2o Los funcionarios de la rama judicial fueron incorporados al Sistema General de Pensiones por el decreto [691](#) de 1994.

3o El párrafo 3o del artículo [9o](#) de la ley 797 según su misma expresión, solamente se dirige a quienes se pensionen por vejez de acuerdo a los requisitos señalados en el mismo artículo, pero al mismo tiempo ordena que se aplique a todos quienes estén afiliados al sistema general de pensiones.

De tal manera que no es justa causa para dar por terminada la relación legal y reglamentaria de un servidor de la rama judicial, que se beneficie del régimen de transición consagrado en el artículo [36](#) de la ley 100 de 1993, por haber cumplido los requisitos para acceder a una pensión consagrada en régimen anterior distinto al delineado para la pensión de vejez en el artículo [9](#) de la ley 797 de 2003 que modificó el artículo [33](#) de la ley 100 de 1993.

Tampoco podrá la administración ejecutiva de la rama judicial tramitar la pensión

del servidor que se haya negado a hacerlo después de los 30 días de haber cumplido con los requisitos establecidos en su régimen anterior distinto al consagrado en el artículo [9](#) de la ley 797 de 2003, en virtud del beneficio establecido por el régimen de transición.

3.3. Pensiones de Jubilación.

Como es bien sabido en la normatividad se establecen: a) pensiones de vejez, causadas por cotizaciones y edad, b) pensiones de jubilación, se tiene en cuenta el tiempo de servicios a un empleador c) pensiones de invalidez, d) pensiones de sobrevivientes.

El artículo [11](#) de la ley 100 de 1993 reconoce las diferencias entre las dos primeras:

“ARTICULO [11](#). CAMPO DE APLICACION. (Modificado por el artículo [1](#) de la Ley 797 de 2003). El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.”

Ahora bien, el párrafo tercero del artículo [9](#) de la ley 797 de 1993, como tantas veces se ha insistido con anterioridad, solamente es aplicable a quienes cumplen los requisitos para acceder a la pensión de vejez, por él regulada, mas no a la pensión de jubilación: “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”.

En este entendido, es apenas obvio que el párrafo único del artículo [150](#) de la ley 100 de 1993 no ha sido derogado por el párrafo tercero del artículo [9](#) de la ley 797 de 1993, pues aquél refiérese a las pensiones de jubilación y éste a las de vejez.

“No podrá 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”

Es decir, es justa causa de terminación del contrato de trabajo o de la relación legal y reglamentaria ser incorporado en la nómina de pago de pensiones de vejez, mas no de jubilación que obedece a elementos diferentes.

4. LA SALA RESPONDE.

4.1. La facultad discrecional otorgada por el párrafo 3o del artículo [9](#) de la ley 797 de 2003 a los empleadores oficiales para dar por terminada la relación legal o reglamentaria de los servidores públicos cuando les sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones e incorporados en la nómina de pago de las mesadas, en el caso de los servidores de la rama judicial la ejerce la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, de conformidad con las decisiones asumidas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

Los Magistrados y Consejeros de periodo constitucional no le es aplicable la mentada disposición.

4.2. El empleador de los servidores públicos de la rama judicial es el Estado a través de la Nación - Rama Judicial.

4.3. Haber cumplido los requisitos para acceder a una pensión consagrada en régimen anterior distinto al delineado para la pensión de vejez en el artículo [9](#) de la ley 797 de 2003 que modificó el artículo [33](#) de la ley 100 de 1993, no es justa causa para dar por terminada la relación legal y reglamentaria de un servidor de la rama judicial, que se beneficie del régimen de transición consagrado en el artículo [36](#) de la ley 100 de 1993.

Tampoco podrá la administración ejecutiva de la rama judicial tramitar la pensión del servidor que se haya negado a hacerlo después de los 30 días de haber cumplido con los requisitos establecidos en su régimen anterior distinto al consagrado en el artículo [9](#) de la ley 797 de 2003, en virtud del beneficio establecido por el régimen de transición.

4.4. Sí es aplicable. El empleador tiene la facultad otorgada por el párrafo 3 del artículo [9](#) de la Ley 797 de 2003 respecto de los servidores judiciales que se encuentran cobijados por el régimen de la carrera judicial.

4.5. El párrafo único del artículo [150](#) de la ley 100 de 1993 no ha sido derogado por el párrafo tercero del artículo [9](#) de la ley 797 de <sic, es 2003> 1993, pues aquél refiérese a las pensiones de jubilación y éste a las de vejez.

Transcríbase al señor Ministro del Interior. Igualmente envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

MARTHA CEDIEL DE PEÑA JUAN MANUEL CHARRY URUEÑA

Conjuez Presidente Conjuez

MARCEL SILVA ROMERO AUGUSTO TRUJILLO MUÑOZ

Conjuez Conjuez

LIDA YANNETTE MANRIQUE ALONSO

Secretaria



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 5 de febrero de 2021 - Diario Oficial No. 51567 - Enero 24 de 2021

