

ACCION DE CUMPLIMIENTO - Objeto y finalidad / RENUENCIA - Requisito de procedibilidad

La finalidad de la presente acción, consagrada en el artículo 87 de la Constitución Política, a la cual puede acudir cualquier persona natural o jurídica, es hacer efectivo el cumplimiento de una norma con fuerza material de ley o de un acto administrativo que impone determinada actuación u omisión a la autoridad. Su objeto es la observancia del ordenamiento jurídico existente. En desarrollo de este mandato constitucional, la Ley 393 de 29 de julio de 1997 que reglamenta esta acción, exige como requisito de procedibilidad la renuencia (artículo 8), esto es, haber reclamado en sede administrativa antes de ejercitar la demanda la atención de la norma o del acto administrativo que se considera desacatado, y que la autoridad no responda transcurridos 10 días o se niegue a atender su cumplimiento.

FUENTE FORMAL: LEY 393 DE 1997 - ARTICULO 8

ACCION DE CUMPLIMIENTO - Requisitos de procedibilidad

Para que la demanda proceda, se requiere: a) Que la norma legal o acto administrativo contenga un mandato imperativo e inobjetable radicado en cabeza de una autoridad pública o de un particular en ejercicio de funciones públicas, al cual se reclama el cumplimiento; y que, en efecto, se establezca que existe la desatención de la norma o acto; b) Que el actor pruebe que antes de presentar la demanda exigió al que consideró como obligado, el cumplimiento de su deber legal (constitución en renuencia); c) Que el afectado no haya podido ejercer otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento del deber jurídico contenido en el acto administrativo (subsidiaridad), salvo el caso que, de no proceder el juez, se produzca un perjuicio grave e inminente para quien ejerció la acción; que no se trate de una norma que establezca gastos, ni tampoco del reclamo de un derecho que pueda garantizarse por la vía de la acción de tutela.

AGOTAMIENTO DEL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD - Constitución en renuencia de la autoridad / RENUENCIA - No es un simple derecho de petición sino una solicitud realizada con el propósito de cumplir el requisito de la renuencia para los fines de la acción de cumplimiento

La procedencia de la acción de cumplimiento se supedita a la constitución en renuencia de la autoridad, que consiste en el reclamo previo y por escrito que debe elevarle el interesado exigiendo atender un mandato legal o consagrado en acto administrativo con citación precisa de éste y que ésta se ratifique en el incumplimiento o no conteste en el plazo de diez días siguientes a la presentación de la solicitud. Para el cumplimiento de este requisito de procedibilidad la Sala, ha señalado que... el reclamo en tal sentido no es un simple derecho de petición sino una solicitud expresamente hecha con el propósito de cumplir el requisito de la renuencia para los fines de la acción de cumplimiento.

NOTA DE RELATORIA: la Sala ha explicado que con el fin de constituir en renuencia a una entidad pública o a un particular que actúe o deba actuar en ejercicio de funciones públicas, es necesario haber reclamado de éste el cumplimiento del deber legal o administrativo, para lo cual se deberá precisar la norma o normas en que se consagró su deber inobjetable y, por ende, exigible, pues lo contrario conduce a la improcedencia de la acción por carecer del requisito de renuencia. Al respecto, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, providencia del 20 de octubre de 2011, exp. 2011-01063, M.P. Mauricio Torres

Cuervo y sentencia del 9 de junio de 2011, exp. 47001-23-31-000-2011-00024-01, M.P. Susana Buitrago.

OMISION EN EL AGOTAMIENTO DEL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD - Rechazo de la acción de cumplimiento respecto de los artículos 127 y 131 del Decreto 1660 de 1978

Advierte la Sala que, como lo concluyó el a quo, el actor no agotó el requisito de procedibilidad de la acción de cumplimiento respecto de los artículos 127 y 131 del Decreto 1660 de 1978, ya que en su petición no aludió a su contenido; por tanto, el rechazo de la acción respecto de estos preceptos deberá confirmarse.

IMPROCEDENCIA DE LA ACCION DE CUMPLIMIENTO - No contiene una obligación clara, expresa y exigible / DIRECTORA EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL - En ejercicio del cargo con edad superior a los 65 años de edad / EDAD DE RETIRO FORZOSO - Normativa aplicable / CARGO DE DIRECTOR EJECUTIVO DE ADMINISTRACION JUDICIAL - Es de creación posterior al Decreto 1660 de 1978 / INTEGRACION NORMATIVA - Juez de cumplimiento puede efectuar una integración normativa solo cuando aquella no tenga por finalidad crear la obligación que se pretende cumplir

Resta a la Sala establecer si la normativa de la cual se pide ordenar su cumplimiento, a saber numeral 4 del artículo 149 de la Ley 270 de 1996 y artículos 128 y 130 de Decreto 1660 de 1978, contiene una obligación clara, expresa y actualmente exigible, en caso afirmativo, se abordará el fondo del debate del presente asunto, de lo contrario será necesario declarar la improcedencia de la acción ejercida por el actor. En este sentido, considera la Sala que la normativa señalada no contiene una obligación clara, expresa y exigible por las razones que pasan a explicarse: Conviene precisar que del análisis de las pretensiones de la demanda y teniendo en consideración la conclusión a la cual se arribó al analizar el agotamiento del requisito de procedibilidad, se tiene que el demandante, con el ejercicio de la presente acción pretende que, en cumplimiento del numeral 4 del artículo 149 de la Ley 270 de 1996 y los artículos 128 y 130 del Decreto 1660 de 1978, la accionada retire de su cargo a la Directora Ejecutiva de Administración Judicial, por haber alcanzado la edad de retiro forzoso... Así las cosas, al analizar el contenido del numeral 4 del artículo 149 de la Ley 270 de 1996, se advierte que una de las causales de retiro es la de alcanzar la edad de retiro forzoso, por su parte, el Decreto 1660 de 1978 en su artículo 128 señala que a los 65 años se alcanza la edad de retiro forzoso y el 130 dispone que el funcionario o empleado que llegue a la mencionada edad deberá comunicárselo a su nominador, en caso contrario, el retiro lo puede pedir el Ministerio Público o decretarse de oficio por el empleador, pasados seis meses, después de alcanzar la edad requerida. De entrada, podría afirmarse que no existe duda respecto de la obligación contenida en la normativa expuesta por el demandante; sin embargo, la Sala no puede desconocer que en el presente caso existe un debate jurídico sin definir, respecto de si el Decreto 1660 de 1978 aplica para el cargo de Director Ejecutivo de Administración Judicial, en razón de que cuando se profirió dicho acto administrativo, el referido cargo no existía, prueba de ello se evidencia al analizar el ámbito de aplicación del mentado decreto... no resulta claro que la anterior normativa deba aplicarse al cargo de Director Ejecutivo de Administración Judicial, pues se insiste ese cargo fue creado con posterioridad al citado acto administrativo y del análisis de las normas invocadas en la demanda, tampoco es dable afirmar, sin asomo de duda, que tenga la virtualidad de afectar la situación de la doctora Celinea Oróstegui, circunstancia que también pone en tela de juicio la exigibilidad de dicha normativa pues de su contenido literal, lo que primero se

advierde, es que las disposiciones del Decreto 1660 de 1978, que se citan desatendidas, en nada tienen que ver con el cargo de Director Ejecutivo... Lo anterior implica que no hay certeza en cuanto a la existencia del deber jurídico de retirar de su cargo al Director Ejecutivo de Administración Judicial por haber llegado a la edad de 65 años, ya que justamente está en discusión si la norma que establece dicha causal es o no aplicable al referido cargo. En otras palabras, lo que impide a la Sala ordenar el retiro pretendido por el actor, es la ausencia de un mandato imperativo frente a la aplicación de la causal de retiro por edad ya que le está vedado al juez de cumplimiento crear la obligación cuyo cumplimiento se reclama, ya que al hacerlo se despojaría de tal calidad para convertirse en legislador o administrador. Cosa distinta, es que el mandato sea claro, imperativo e inobjetable y que no quede duda sobre su aplicación al caso concreto, evento en el cual el juez de cumplimiento, naturalmente, podrá consultar, aplicar y tener en consideración otras normas, con el fin de materializar ese mandato ya existente. En suma, al juez de cumplimiento solo le está permitido efectuar una integración normativa cuando aquella no tenga por finalidad construir el mandato, la obligación que se pretende cumplir, es decir, solo en eventos en que el mandato resulte claro y de su existencia no se tenga ninguna duda.

FUENTE FORMAL: LEY 270 DE 1996 - ARTICULO 149 NUMERAL 4 / DECRETO 1660 DE 1978 - ARTICULO 128 / DECRETO 1660 DE 1978 - ARTICULO 130

NOTA DE RELATORIA: en la sentencia C-351 de 1995 la Corte Constitucional expuso que el artículo 31 del Decreto Ley 2400 de 1968 en lo concerniente a la edad de retiro forzoso no se extiende a la rama judicial. Así mismo, señaló que si el constituyente no definió sobre la edad de retiro forzoso dicha potestad queda deferida al legislador. Esta tesis se reitera en la sentencia C-616 de 2015.

IMPROCEDENCIA DE LA ACCION DE CUMPLIMIENTO - En lo referente al numeral 4 del artículo 149 de la Ley 270 de 1996 y de los artículos 128 y 130 del Decreto 1660 de 1978 / CARGO DE DIRECTOR EJECUTIVO DE ADMINISTRACION JUDICIAL - Es de creación posterior a la Constitución Política de 1991 y tiene periodo fijo de 4 años / AUSENCIA DE MANDATO IMPERATIVO - No hay certeza en cuanto a la existencia del deber jurídico de retirar del cargo a la Directora Ejecutiva de Administración Judicial por haber superado la edad de 65 años

La Corte Constitucional determinó que el legislador debe determinar la edad de retiro forzoso de sus magistrados y de los del Consejo Superior de la Judicatura ...en consideración a los cambios introducidos en la Constitución Política de 1991, pues la normativa vigente, en lo concerniente a la Rama Judicial, solo aplica para los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado. Tesis que fue reiterada en la sentencia C-616 de 2015 en la que se decidió estarse a lo resuelto en la Sentencia C-351 de 1995, ante la existencia de cosa juzgada constitucional respecto del 1er inciso del artículo 31 del Decreto 2400 de 1968, respecto de la presunta vulneración de los artículos 13 y 25 de la Constitución Política. Así las cosas, teniendo en consideración que el cargo de Director Ejecutivo de Administración Judicial, como también ocurre con los magistrados de la Corte Constitucional y del Consejo Superior de la Judicatura, es de creación posterior a la Constitución Política de 1991 y tiene periodo fijo de 4 años, no resulta claro, si para la fijación de la edad de retiro forzoso se debe aplicar la normativa expuesta en la presente demanda de cumplimiento o como lo dispuso la Corte Constitucional en las sentencias antes enunciadas, requiere de regulación por parte del legislador. Así las cosas, en sede de acción de cumplimiento, la obligación normativa que reclama la accionante, y respecto de las cuales se agotó

el requisito de procedibilidad de constitución en renuencia, no es clara pues se hace evidente que no es suficiente con acudir a su contenido para identificar el mandato imperativo exigido, sino que por el contrario se requiere del estudio de otra normativa, e incluso de fallos judiciales, para poder abordar su análisis de fondo. Lo antes expuesto, deja en claro que las normas presuntamente desacatadas no contienen un mandato claro en cabeza de la entidad demandada respecto a si es o no aplicable el retiro forzoso por edad, sino que requiere de un profundo estudio normativo y jurisprudencial que permita concluir que hay lugar a la existencia de una obligación que debe ser atendida por el Consejo Superior de la Judicatura, Sala administrativa. Lo anterior resulta plausible en razón, por cuanto en sede de medio de control de cumplimiento, el juez constitucional carece de competencia para realizar análisis normativos dirigidos a dar claridad a los preceptos que en la demanda se citan como desacatados, pues se insiste, esta acción está prevista para ordenar a la autoridad renuente cumplir una obligación que sea clara, expresa y exigible, lo que como antes se demostró no se cumple en el presente caso y lo que se evidencia con el estudio legal y jurisprudencial, que no solicitó el demandante pero que el a quo adelantó de manera oficiosa, labor propia del juez ordinario en la acción correspondiente. Así las cosas, la presente acción constitucional no resulta procedente para definir la controversia que se presenta en torno al retiro por edad de retiro forzoso de la actual Directora Ejecutiva de Administración Judicial, ya que se insiste la única finalidad de la acción de cumplimiento es obligar el acatamiento de deberes imperativos e inobjetables que resulten omitidos.

EXHORTO - Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, debe resolver de fondo la petición presentada por el Presidente de ASONAL JUDICIAL SI

Debe manifestar la Sala que, si bien, el oficio por medio del cual el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, sirvió para tener como cumplido el requisito de procedibilidad de la presente acción de cumplimiento, es claro, como de su contenido se desprende, que omitió resolver de fondo la petición que se le elevó, por falta del respectivo quorum. A pesar de lo anterior y toda vez que la situación de integración de la Sala Administrativa ya se encuentra superada, la Sala considera que esa Corporación le corresponde pronunciarse de fondo respecto del requerimiento presentado desde el 5 de agosto de 2015 y de la cual hasta la fecha no ha expresado su postura. En este orden de ideas se exhortará al Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, para que resuelva la solicitud suscrita por el señor Luis Fernando Otálvaro Calle de la cual se le remitirá copia. Lo anterior adquiere relevancia, primero, porque al ser el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, el nominador del cargo de Director Administrativo de Administración Judicial, es el competente para pronunciarse respecto de la circunstancia expuesta por el peticionario relacionada con la aplicación de la causal de retiro forzoso para el mentado cargo y, segundo, en razón de que su respuesta bien podría ser pasible del control jurisdiccional, con el ánimo de que sea el juez ordinario quien resuelva la problemática jurídica planteada.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMUDEZ BERMUDEZ

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 25000-23-41-000-2015-02309-01(ACU)

Actor: ASOCIACION DE TRABAJADORES DEL SISTEMA JUDICIAL COLOMBIANO Y AFINES ASONAL JUDICIAL SI

Demandado: CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, SALA ADMINISTRATIVA

Conoce la Sala de los recursos de apelación interpuestos por la Presidencia de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y la doctora **Celinea Oróstegui de Jiménez**, contra el fallo de 2 de marzo de 2016, por medio del cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “A” accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

1.1. La demanda

El señor **LUIS FERNANDO OTÁLVARO CALLE**, Presidente de la Asociación Nacional de Trabajadores del Sistema Judicial Colombiano y Afines, en adelante, “*ASONAL JUDICIAL SI*” ejerció acción de cumplimiento contra el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, con el fin de obtener el cumplimiento del numeral 4º del artículo 149 de la Ley 270 de 1996 y de los artículos 127, 128, 130 y 131 del Decreto 1660 de 1978.

1.2. Hechos

Al respecto, la Sala destaca los siguientes supuestos fácticos:

Según la parte actora, la doctora **Celinea Oróstegui de Jiménez** fue nombrada Directora Ejecutiva de Administración Judicial el 7 de mayo de 2013, por el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa; sin embargo, advierte que para la fecha de la presentación de esta demanda la citada funcionaria ya cumplió la edad de retiro forzoso -65 años-.

Sostuvo que la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura prorrogó su desempeño en el cargo por 6 meses más, plazo que feneció el 21 de junio de 2015, “...pero su desvinculación por haber llegado a la edad de retiro forzoso y la prórroga, no se produjo...”.

Ante esta circunstancia, el 22 de julio de 2015 solicitó a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura que en cumplimiento del numeral 4º del artículo 149 de la Ley 270 de 1996 hiciera *“...cesar en sus funciones a la Directora Ejecutiva de Administración Judicial, atendiendo a que se encontrara dentro de la causal de retiro forzoso por haber cumplido la edad de 65 años”*.

La anterior petición fue contestada el 10 de agosto de 2015 mediante Oficio PSA 15-3396 por la presidencia de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura *“...manifestando que no era posible realizar lo solicitado, debido a que uno de los magistrados se declaró impedido y los tres restantes no hacían quorum para decidir, lo que implicaba una limitación de la Sala por el mínimo número legal de Magistrados para adoptar una decisión”*.

De acuerdo con lo anterior, solicitó:

“...ordenar a la Sala Administrativa del H. Consejo Superior de la Judicatura que de inmediato proceda a dar cumplimiento al claro e imperativo mandato contenido en el artículo 149 de la Ley 270 de 1996 y los contenidos en los artículos 127, 128, 130 y 131 del Decreto 1660 de 1978 en consecuencia, proceda a emitir el acto administrativo de desvinculación de la servidora, quien goza hoy de una prerrogativa que le es esquivia a todo funcionario público por mandato legal”.

1.3. Actuación procesal

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “A”, por auto de 17 de noviembre de 2015, admitió la demanda y ordenó notificar al Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

Luego, mediante providencia de 25 de enero de 2016, dispuso la vinculación al proceso y ordenó la notificación personal de la doctora **Celinea Oróstegui de Jiménez**, en su condición de Directora Ejecutiva de Administración Judicial¹.

1.4. Contestaciones

1.4.1. Del Consejo Superior de la Judicatura

El Presidente de la Sala Administrativa manifestó que no ha sido renuente al cumplimiento de mandatos normativos o constitucionales, como erradamente lo afirma el demandante, para el efecto reiteró apartes de la respuesta dada a la petición presentada por la parte actora en el sentido de informarle que para esa

¹ Folio 574

Corporación no era posible tomar decisiones sin tener el quorum legalmente requerido (fl. 52).

1.4.2. De la doctora Celinea Oróstegui de Jiménez

Mediante apoderado, expuso su oposición a las pretensiones de la demanda por considerar que “...no se está incumpliendo norma legal alguna” pues en este caso “...no se aplica es la edad de retiro forzoso a la cual se refieren los artículos 127 al 137 del Decreto 1660 de 1978”.

Previo a sustentar su afirmación, afirmó que la acción deviene en improcedente, que impone su rechazo, por dos circunstancias, a saber:

La primera, ante el incumplimiento del requisito de procedibilidad de la acción de cumplimiento, derivada de la falta de constitución en renuencia a la doctora **Oróstegui de Jiménez**.

Y, la segunda, por considerar que la parte actora cuenta con otro mecanismo de defensa judicial², el cual puede ejercer contra el acto administrativo de nombramiento de la doctora **Oróstegui de Jiménez**, Directora Ejecutiva de Administración Judicial, dada la presunta inhabilidad sobreviniente derivada de alcanzar la edad de retiro forzoso.

En lo que respecta al fondo de la controversia, advirtió que el hecho de que el cargo de Director Ejecutivo de Administración Judicial carezca de fuero especial para su juzgamiento, por la incursión en faltas o delitos, como si lo tienen los Magistrados de las Altas Cortes o el Presidente de la República, “...no significa que se le deban aplicar normas o criterios diferentes para determinar sus situaciones administrativas, las cuales se encuentran reguladas por la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270 de 1996), y ante vacíos de dicha reglamentación, por expresa remisión de lo dispuesto en el artículo 204 de dicha normatividad, se aplicará lo dispuesto en el Decreto 1660 de 1978, con excepción de los cargos de período de funcionarios o empleados de la Rama Judicial creados con posterioridad a la vigencia de la Constitución Política de 1991”³.

² Medio de control de nulidad electoral

³ Folio 590.

En lo demás, transcribió el artículo 99 de la Ley 270 de 1996 y de su contenido concluye que al *“...Director Ejecutivo de Administración Judicial, se le deben aplicar, criterios diferentes a los que se aplican a los señores magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, frente a sus situaciones administrativas”*.

Además, expuso que el “status” de magistrado de alta corporación no se equipara con la calidad de Director Ejecutivo de Administración de Justicia, pues este último cargo cumple *“...funciones técnico administrativas tendientes a ejecutar las actividades administrativas de la Rama Judicial, con sujeción eso sí, a las políticas y decisiones de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.*

De lo anterior se tiene que, en relación con el status, el Director Ejecutivo de Administración Judicial, no puede constitucional o legalmente ser llamado o distinguido como un magistrado del consejo superior de la judicatura, pero sí goza de los mismos privilegios o prerrogativas administrativas, laborales, prestacionales y salariales”.

Adujo que el numeral 4º del artículo 149 de la Ley 270 de 1996 dispone que la cesación definitiva de las funciones se produce con ocasión del retiro forzoso motivado por la edad. Sin embargo, dicha normativa no establece cuál es esa edad, que debe aplicarse a los servidores o funcionarios de la Rama Judicial.

Por lo anterior, esa misma ley en el artículo 204, señala que las situaciones administrativas se regirían por los Decretos 052 y 1660 de 1978, normas que por ser anteriores a la Constitución Política de 1991 sólo resultan aplicables a quienes ejercen cargos de funcionarios o empleados creados con anterioridad, lo cual fundamentó en apartes de las sentencias C-351 de 1995 y C-616 de 2015, de los cuales concluyó que *“...la Carta Política de 1991 creó una serie de organismos con características y funciones que no existían, entre ellos el Consejo Superior de la Judicatura y posteriormente por virtud de la ley el cargo de Director Ejecutivo de la Rama Judicial, es necesario que el legislador determine el régimen de situaciones laborales administrativas para los servidores de los nuevos entes estatales...”*.

Sumado a lo anterior, sostuvo que: *“...el accionante no puede pretender que se retire a la Directora Ejecutiva de Administración Judicial de dicho cargo, perdiendo de vista que la normativa a que hace alusión, no es aplicable a esta, tal y como lo*

ha indicado la Corte Constitucional en diferentes decisiones, lo que permite concluir que en el presente caso, no se cumplen los presupuestos procesales para el inicio de acción, precisamente como se ha venido reiterando por cuanto es la misma Corte Constitucional el organismo que ha determinado que para quienes ejercen este tipo de cargos NO EXISTE NORMA APLICABLE, por lo cual, la acción de cumplimiento pierde toda procedibilidad por simple sustracción de materia”.

Sostuvo que prueba de lo anterior es que, incluso en la actualidad existen cargos ocupados en la Corte Constitucional, Consejo Superior de la Judicatura y Fiscalía General de la Nación “...después de haber cumplido 65 años (...) dentro de los que se destaca el Dr. Jorge Iván Palacio Palacio, actual magistrado de nuestra alta Corte Constitucional”. Además, citó a manera de ejemplo a los doctores Jorge Antonio Castillo Rugeles “quien se retiró a los 69 años de edad, cabe advertir que cuando se posesionó tenía más de 65 años”, Marco Gerardo Monroy Cabra “se retiró a los 68 años”, Elías Nilson Pinilla Pinilla “se retiró a los 68 años”, Fabio Morón Díaz “se retiró a los 69 años”, Hernando Torres Corredor “se retiró cerca de cumplir los 66 años” y Gustavo de Greiff “se desempeñó en la Fiscalía después de haber cumplido 65 años”.

Para finalizar, propuso como excepción la que tituló como “ausencia de causa petendi para demandar”, con fundamento en que el demandante cita como desacatadas normas que no resultan aplicables al cargo de Director Ejecutivo de Administración Judicial y solicitó que, de conformidad con el numeral 2º del artículo 187 del C.P.A.C.A., se declarara probada cualquier otra que se encuentre demostrada (fls. 581 al 601).

1.5. Sentencia impugnada

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “A”, mediante sentencia de 2 de marzo de 2016, resolvió:

“PRIMERO: RECHÁZASE POR IMPROCEDENTE el presente medio de control de cumplimiento respecto de los artículos 127 y 131 del Decreto No. 1660 de 1978, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLÁRASE que la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura ha incumplido los artículos 149 de la Ley 270 de 1996 y 128 y 130 del Decreto 1660 de 1978.

TERCERO: ORDÉNASE a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, el cumplimiento del deber consagrado en el artículo 149 de la Ley 270 de 1996 y en los artículos 128 y 130 del Decreto 1660 de 1978. En tal sentido la accionada deberá: (i) dentro de las 72 horas siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, expedir el respectivo acto administrativo de retiro, desvinculación y cesación definitiva de funciones de la señora **Celinea Oróstegui de Jiménez**, del cargo de Director Ejecutivo de Administración Judicial, por cumplimiento de la edad de retiro forzoso y (ii) notificar la decisión al interesado”.

Como fundamento de su decisión concluyó que el demandante omitió constituir en renuencia al Consejo Superior de la Judicatura en lo relacionado con los artículos 127 y 131 del Decreto 1660 de 1978 porque en el “...escrito de 5 de agosto de 2015, el Presidente de Asonal Judicial SI no solicita expresa ni tácitamente el cumplimiento de dichas normas”.

Para resolver la propuesta del apoderado de la doctora **Celinea Oróstegui**, en cuanto que no se constituyó en renuencia, el Tribunal aclaró que su vinculación al presente proceso se hizo en virtud de que es un tercero con interés directo en las resultas del proceso mas no como demandada, pues es claro que esta calidad, en este preciso asunto solo le puede ser endilgada al Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, por ser el nominador del Director Ejecutivo de Administración Judicial, razón por la cual la citada doctora **Oróstegui** no debía ser constituida en renuencia.

En lo referente al argumento de que la acción de cumplimiento deviene improcedente porque la parte actora, cuenta con otro mecanismo de defensa judicial, el cual puede ejercer atacando la legalidad del nombramiento de la doctora **Oróstegui** como Directora Ejecutiva de Administración Judicial, “por la ocurrencia de una inhabilidad sobreviniente por cumplir la edad de retiro forzoso”, el a quo afirmó que “...no se puede considerar una inhabilidad sino que es un instrumento de racionalización del empleo ofrecido por el Estado (...) porque el acto administrativo de nombramiento no dispuso nada en torno al problema que hoy resuelve la Sala...”.

Sumado a la anterior el Tribunal afirmó que “...el ente no ha emitido un acto administrativo que resuelva la situación objeto de cumplimiento, esto es, un acto administrativo a través del cual la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura disponga sobre la separación o permanencia en el cargo de Director

*Ejecutivo de Administración Judicial de la doctora **Celinea Oróstegui de Jiménez** pese al cumplimiento de la edad de retiro forzoso; acto administrativo que sí impediría que proceda este medio de control de cumplimiento”.*

Respecto al fondo del asunto el a quo analizó el numeral 4º del artículo 149 de la Ley 270 de 1996 y la sentencia C-037 de 1996 que estudió su constitucionalidad y lo declaró exequible “...bajo el entendido que (...) deberá interpretarse según los lineamientos fijados por dicha Corte en la sentencia C-351 de 1995”.

Así mismo, refirió al contenido del artículo 204 de la Ley 270 de 1996 para señalar que los Decretos 52 de 1987 y 1660 de 1978 están vigentes.

Todo lo anterior para concluir que, “...contrario a lo manifestado por el tercero vinculado, en el caso concreto no existe ningún vacío normativo en torno a la regulación de la edad de retiro forzoso aplicable a empleados y funcionarios de la Rama Judicial pues, si bien, los Decretos Nos. 052 de 1987 y 1660 de 1978 son anteriores a la Constitución, las sentencias C-351 de 1995 y C-037 de 1996 fueron coincidentes al señalar que dicha normativa no se encuentran derogadas por la sola entrada en vigencia de la Constitución de 1991.

Así mismo, es claro que la normativa (Decretos Nos. 052 de 1987 y 1660 de 1978) es aplicable a todos los empleos de creación anterior y posterior a la Constitución de 1991 porque así lo dispone el artículo 204 de la Ley 270 de 1996 y porque finalmente pese a la existencia de otros proyectos de ley que pretenden modificar la edad de retiro forzoso, a la fecha, la Ley Estatutaria de Administración de Justicia es la aplicable al caso concreto”.

Acto seguido el Tribunal adujo que los artículos 149 de la Ley 270 de 1996, 128 y 130 del Decreto 1660 de 1978, cuyo cumplimiento se solicita, contienen un mandato imperativo e inobjetable según el cual:

“(i) La edad de retiro forzoso es una causal de retiro y cesación definitiva de funciones para todos los empleados y funcionarios de la Rama Judicial; (ii) La edad de retiro forzoso de los empleos de la Rama Judicial se establece en los 65 años; (iii) Cumplidos los 65 años, el empleado o funcionario deberá manifestarlo al nominador; (iii) El retiro forzoso se producirá a petición del interesado, del Ministerio Público o será decretado de oficio por la autoridad nominadora en cuanto haya sido reconocida la pensión y, finalmente, (v) pasados seis (6) meses después de ocurrida la causal de retiro, la

separación del cargo deberá producirse aun cuando no se haya reconocido pensión”.

De acuerdo con lo expuesto, determinó que “...se encuentra probado que la doctora **Celinea Oróstegui de Jiménez** se encuentra desempeñando el cargo de Directora Ejecutiva de Administración Judicial y que no ha sido relevada del empleo para el cual fue designada a través de Acuerdo PSAR 13-116 de 2013. Así mismo, según consta a folio 73 del expediente, la doctora **Celinea Oróstegui de Jiménez** nació el 21 de diciembre de 1949; luego, actualmente tiene más de 66 años de edad”.

En consecuencia, declaró que el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa “...debe proceder con el retiro de sus funcionarios o empleados una vez éstos cumplan con la edad de 65 años”. (fls. 610 al 640).

1.6. Impugnaciones

1.6.1. Del Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa

Su presidenta adujo que no resulta plausible haber tenido como cumplido el requisito de renuencia, porque la respuesta que dio el entonces Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura fue oportuna y no puede ser calificada como “evasiva”, en la medida en que se expuso el motivo por el cual no era posible pronunciarse de fondo sobre la solicitud presentada, aspecto que en su criterio no fue analizado por el Tribunal.

Como tampoco el *a quo* realizó un estudio de las circunstancias particulares de la Sala Administrativa, respecto de su quorum, desconociendo que sólo contaba con cuatro miembros y que uno de ellos manifestó su impedimento, por encontrarse próximo a cumplir 65 años. (fls. 647 al 653).

1.6.2. De la doctora Celinea Oróstegui de Jiménez

Su apoderado judicial, expuso su inconformidad con el fallo del Tribunal, fundada en que: *i)* no se agotó en debida forma el requisito de procedibilidad de la acción de cumplimiento respecto de la doctora **Oróstegui de Jiménez**; *ii)* la parte actora cuenta con otro mecanismo de defensa judicial y; *iii)* al cargo de Director Ejecutivo

de Administración Judicial no le son aplicables las normas que se cita en la demanda.

i) No se agotó en debida forma el requisito de procedibilidad de la acción de cumplimiento respecto de la doctora Oróstegui de Jiménez

En este aspecto insistió que se debió constituir en renuencia a la citada directora, pues de conformidad con el artículo 127 del Decreto 1660 de 1978 el funcionario o empleado debe retirarse cuando alcance la edad de retiro forzoso; por tanto, el demandante debió acudir directamente a la doctora **Oróstegui de Jiménez** invocando su retiro y ante la negativa de esta acudir al Consejo Superior de la Judicatura para procurar de oficio su salida del cargo.

Sumado a lo anterior, afirmó que en la medida que la edad de retiro forzoso tiene la entidad suficiente de afectar el acto de nombramiento de la doctora **Oróstegui de Jiménez** *“...lo procedente es cuestionar su legalidad a través de la acción de nulidad, lo cual hace improcedente este medio de control de cumplimiento...”*.

En lo demás, sostuvo que de conformidad con el artículo 5º de la Ley 270 de 1996 el Director Ejecutivo *“...solo será removible por causales de mala conducta”* y por el cumplimiento de su periodo, norma que en su criterio *“...prevalece sobre cualquiera otra norma de carácter general”*.

Reiteró que fue la Constitución Política de 1991 la que creó la Corte Constitucional y el Consejo Superior de la Judicatura, por tanto mediante ley posterior se deberá determinar el régimen de las situaciones administrativas de estos cargos. Así las cosas, el Decreto 1660 de 1978 *“...solo aplica en cuanto a restricciones (edad de aspiración o retiro) a los magistrados de las Cortes que existían antes de la Constitución de 1991”*, postura que apoyó en las sentencias C-35 de 9 de agosto de 1995.

Luego, se refirió al artículo 99 de la Ley 270 de 1996 para destacar que dispone que la categoría, prerrogativas y remuneración del cargo de director ejecutivo serán las mismas de los magistrados del Consejo Superior de la Judicatura. En consecuencia, en su criterio, *“...si la edad de retiro forzoso como causal de desvinculación del cargo, en ausencia de norma legal que la establezca, no es aplicable a los magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, por mandato del precitado artículo 99 de la Ley 270 de 1996, tampoco es predicable respecto del*

Director Ejecutivo de la Administración Judicial”. Para lo cual repitió los ejemplos que citó en la contestación de la demanda de magistrados de la Corte Constitucional y del Consejo Superior de la Judicatura que estuvieron en sus cargos luego de cumplidos los 65 años. (fls. 683 al 693).

Sumado a lo anterior, el 4 de mayo de 2016, el apoderado de la tercera interviniente allegó el concepto jurídico emitido por un abogado ex consejero de Estado sobre el tema objeto de análisis, el cual solicitó tener en cuenta como argumento de impugnación⁴.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1.- Competencia

Esta Sala es competente para conocer de esta impugnación con fundamento en lo dispuesto en el artículo 150 del C.P.A.C.A., y en el Acuerdo 015 de 22 de febrero de 2011 emanado de la Sala Plena del Consejo de Estado⁵, que asignó a esta Sección el conocimiento de la segunda instancia en este tipo de acciones, cuando se dirijan contra organismos y entidades del **orden nacional**⁶.

2.2.- Generalidades sobre la acción de cumplimiento

La finalidad de la presente acción, consagrada en el artículo 87 de la Constitución Política, a la cual puede acudir cualquier persona natural o jurídica, es hacer efectivo el cumplimiento de una norma con fuerza material de ley o de un acto administrativo que impone determinada actuación u omisión a la autoridad. Su objeto es la observancia del ordenamiento jurídico existente.

En desarrollo de este mandato constitucional, la Ley 393 de 29 de julio de 1997⁷ que reglamenta esta acción, **exige como requisito de procedibilidad “la renuencia”** (artículo 8°), esto es, **haber reclamado en sede administrativa antes de ejercitar la demanda la atención de la norma o del acto administrativo que se considera desacatado**, y que la autoridad no responda

⁴ Folios 706 a 711, concepto signado por el doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

⁵ Acuerdo de Sala Plena que continúa vigente.

⁶ De igual manera destaca la Sala que el asunto fue conocido en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en razón al domicilio del accionante. Lo anterior, de acuerdo con lo previsto en el artículo 3° de la Ley 393 de 1997.

⁷ “Por la cual se desarrolla el artículo 87 de la Constitución Política”.

transcurridos 10 días o se niegue a atender su cumplimiento.

Para que la demanda proceda, se requiere:

- a) Que la norma legal o acto administrativo contenga un **mandato imperativo e inobjetable** radicado en cabeza de una autoridad pública o de un particular en ejercicio de funciones públicas, al cual se reclama el cumplimiento; y que, en efecto, se establezca que existe la desatención de la norma o acto;
- b) Que el actor pruebe que antes de presentar la demanda exigió al que consideró como obligado, el cumplimiento de su deber legal (**constitución en renuencia**);
- c) Que el afectado no haya podido ejercer otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento del deber jurídico contenido en el acto administrativo (**subsidiaridad**), salvo el caso que, de no proceder el juez, se produzca un perjuicio grave e inminente para quien ejerció la acción; que **no** se trate de una norma que establezca **gastos**, ni tampoco del reclamo de un derecho que pueda garantizarse por la vía de la acción de tutela.

2.3.- Normas que se solicita acatar

a) Numeral 4º del artículo 149 de la Ley 270 de 1996⁸

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

(...)

4. Retiro forzoso motivado por edad”.

b) Decreto 1660 de 1978⁹:

“ARTÍCULO 127. El funcionario o empleado debe retirarse cuando se encuentre en situación de retiro forzoso.

ARTÍCULO 128. La edad de retiro forzoso es de sesenta y cinco (65) años.

⁸ Estatutaria de la Administración de Justicia

⁹ 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

ARTÍCULO 130. *El funcionario o empleado que llegue a encontrarse en circunstancia de retiro forzoso deberá manifestarla a la corporación o funcionario a quien compete proveer el empleo, tan pronto como ella ocurra.*

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 (6) meses después de ocurrida la causal de retiro, este deberá producirse necesariamente, aunque no se haya reconocido la pensión.

ARTÍCULO 131. *Las personas retiradas forzosamente por incapacidad física o mental, podrán volver a ser designadas como funcionarios o empleados, siempre que acrediten plenamente su completa recuperación o rehabilitación, no hayan llegado a la edad de retiro forzoso y reúnan los requisitos propios del empleo”.*

2.4. Del agotamiento del requisito de procedibilidad

La procedencia de la acción de cumplimiento se supedita a la constitución en renuencia de la autoridad, que consiste en el reclamo previo y por escrito que debe elevarle el interesado exigiendo atender un mandato legal o consagrado en acto administrativo **con citación precisa de éste**¹⁰ y que ésta se ratifique en el incumplimiento o no conteste en el plazo de diez días siguientes a la presentación de la solicitud.

Para el cumplimiento de este requisito de procedibilidad la Sala, ha señalado que *“...el reclamo en tal sentido no es un simple derecho de petición sino una solicitud expresamente hecha con el propósito de cumplir el requisito de la renuencia para los fines de la acción de cumplimiento”*¹¹ (Subrayas fuera de texto), e igualmente que¹²:

¹⁰ Sobre el particular esta Sección ha dicho: “La Sala también ha explicado que con el fin de constituir en renuencia a una entidad pública o a un particular que actúe o deba actuar en ejercicio de funciones públicas, es necesario haber reclamado de éste el cumplimiento del deber legal o administrativo, para lo cual se **deberá precisar la norma o normas en que se consagró su deber inobjetable y, por ende, exigible, pues lo contrario conduce a la improcedencia de la acción por carecer del requisito de renuencia.** Como el accionante reclamó de la Superintendencia de Puertos y Transporte el cumplimiento de los artículos 41 del Decreto 101 de 2000; 14 del Decreto 1016 de 2000 y 3, 4 y 10 del Decreto 2741 de 2001, los cuales constan, en su orden, de 4, 14, 4, 6 y 9 numerales, **sin indicar con claridad en cuál de ellos se consagra el deber legal que pedía cumplir, en criterio de la Sala, atendiendo la ley y la jurisprudencia que sobre la materia se ha fijado, estima que no se cumplió con el requisito de procedibilidad de la acción, por lo que así se debió declarar por el Tribunal a quo**”¹⁰. (Negrita fuera de texto)

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, providencia del 20 de octubre de 2011, Exp. 2011-01063, C.P. Dr. Mauricio Torres Cuervo.

¹² Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia del 9 de junio de 2011, expediente 47001-23-31-000-2011-00024-01. Consejera Ponente: Doctora Susana Buitrago.

“Para entender a cabalidad este requisito de procedencia de la acción es importante tener en cuenta dos supuestos: La reclamación del cumplimiento y la renuencia.

*El primero, se refiere a la solicitud dirigida a la autoridad o al particular que incumple la norma, la cual constituye la base de la renuencia, que **si bien no está sometida a formalidades especiales, se ha considerado que debe al menos contener: La petición de cumplimiento de una norma con fuerza material de ley o de un acto administrativo; el señalamiento preciso de la disposición que consagra una obligación y la explicación del sustento en el que se funda el incumplimiento.***

Por su parte, la renuencia al cumplimiento puede configurarse en forma tácita o expresa, puesto que se presenta cuando el destinatario del deber omitido expresamente ratifica el incumplimiento o si transcurridos 10 días desde la presentación de la solicitud, la entidad o el particular guardan silencio con relación a la aplicación de la norma. Esto muestra que el requisito de procedencia de la acción prueba la resistencia del destinatario de la norma a cumplir con ella.

Así las cosas, para probar la constitución de la renuencia expresa es necesario analizar tanto la reclamación del cumplimiento como la respuesta del destinatario del deber omitido, puesto que la primera delimita el marco del incumplimiento reclamado. Y, para demostrar la renuencia tácita es necesario estudiar el contenido de la petición de cumplimiento que previamente debió formular el demandante, pues, como se dijo, aquella define el objeto jurídico sobre el cual versará el procedimiento judicial para exigir el cumplimiento de normas con fuerza material de ley o actos administrativos¹³” (Negritas fuera de texto).

En efecto, el inciso segundo del artículo 8º de la Ley 393 de 1998 establece lo siguiente:

“Con el propósito de constituir la renuencia, la procedencia de la acción requerirá que el accionante previamente haya reclamado el cumplimiento del deber legal o administrativo y la autoridad se haya ratificado en su incumplimiento o no contestado dentro de los diez (10) días siguientes a la presentación de la solicitud”.

Por otra parte, para dar por satisfecho este requisito no es necesario que el solicitante en su petición haga mención explícita y expresa que su objetivo es constituir en renuencia a la autoridad, pues el artículo 8º de la Ley 393 de 1997 no lo prevé así; por ello, basta con advertir del contenido de la petición que lo pretendido es el cumplimiento de un deber legal o administrativo y, que de este pueda inferirse el propósito de agotar el requisito en mención.

¹³ Sobre el tema, Consejo de Estado, Sección Quinta, providencia del 24 de junio de 2004, exp. ACU-2003-00724, MP.: Darío Quiñones Pinilla.

En esa medida, el Consejo de Estado no ha dado por demostrado el requisito de procedibilidad cuando la petición “...*tiene una finalidad distinta a la de constitución en renuencia*”.¹⁴

1. En este caso, obra en el expediente copia de la petición suscrita por el demandante y dirigida al Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa¹⁵, por medio del cual solicitó “...*el cumplimiento al mandato contenido en el artículo 149 de la Ley 270 de 1996 (...) en concordancia con lo mandado en los artículos 128 y 130 del Decreto 1660 de 1978 (...) y, en consecuencia con ello, se declare la insubsistencia inmediata de sus funciones de la doctora **Celinea Oróstegui de Jiménez***”.

También se allegó al plenario el Oficio No. PSA 15-3396 de 10 de agosto de 2015¹⁶, por medio de la cual se le informa el solicitante que:

“Su petición de este cinco (05) de agosto no ha podido ser abordada por la Sala Administrativa, por cuanto uno de los H. Magistrados se declaró impedido y los tres restantes no hacemos el quórum requerido para decidir por encontrarse la Sala limitada por el número legal de Magistrados, desde cuando el año pasado el H. Consejo de Estado declaró la nulidad de las dos (2) elecciones conferidas a los dos (2) señores Ex Presidentes de la Corte Suprema de Justicia, en la Sala Administrativa.

*Con todo, honro su petición informándole que la doctora **CELINEA ORÓSTEGUI DE JIMÉNEZ** arguyó no encontrarse obligada al retiro por usted pedido, por estar ocupando una dignidad de creación posterior a la Constitución de 1991; siendo invocable su fuerza para las instituciones de origen anterior a la Constitución. En apoyo de su tesis trajo el debate a su edad hecho en el seno de la comisión interinstitucional a la hora de ternarla.*

En la confección de la terna no tuvo ni tiene ninguna injerencia la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura”.

De las anteriores transcripciones advierte la Sala que, como lo concluyó el *a quo*, el actor no agotó el requisito de procedibilidad de la acción de cumplimiento respecto de los artículos 127 y 131 del Decreto 1660 de 1978, ya que en su petición no aludió a su contenido; por tanto, el rechazo de la acción respecto de estos preceptos deberá confirmarse.

De igual manera se tiene que la respuesta proferida por la demandada, incluso en

¹⁴ Sobre el tema, Consejo de Estado, Sección Quinta, providencias del 21 de noviembre de 2002, exp. ACU-1614 y del 17 de marzo de 2011, exp. 2011-00019.

¹⁵ Radicada el 5 de agosto de 2015 que obra a folios 35 al 38

¹⁶ Folio 34

los términos allí descritos, en los que por razones de su funcionamiento interno no pudo dar respuesta de fondo, resulta suficiente para tener como acreditado el requisito de renuencia que impone el ejercicio de la acción de cumplimiento, en los términos descritos en la parte considerativa de la presente providencia. Mismo argumento que sirve de fundamento para resolver la impugnación del Consejo Superior de la Judicatura pues para acreditar el cumplimiento de la exigencia de la procedibilidad basta con no atender las normas que se dicen desacatadas, ya que las razones que esgrime para no atender la normativa exigida, es objeto de análisis de fondo en los casos que la acción de cumplimiento superare los requisitos de procedibilidad.

2. En este mismo sentido, resulta conveniente señalar que no le asiste razón al apoderado de la doctora **Oróstegui de Jiménez** cuando expone que el actor debió constituir en renuencia a su poderdante, ya que su vinculación se ordenó por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “A”, por auto de 25 de enero de 2016, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 5° de la Ley 393 de 1997, al concluir que tenía interés en las resultas del proceso, en razón de que se trata de la funcionaria que se pide separar de su cargo.

Así las cosas, no hay lugar a exigir al demandante la constitución en renuencia que pide el recurrente porque se insiste su vinculación obedece a orden judicial y porque en este asunto las obligaciones legales exigidas, al menos desde la óptica del demandante, se imponen en cabeza del Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, por ser autoridad nominadora, y la llamada a acatar con el deber jurídico reclamado por el demandante, por estas razones este reparo carece de vocación de prosperidad.

2.5. Solución del caso

2.5.1. Cuestión previa

2.5.2. La Sala manifiesta que no hay lugar a tener en consideración el escrito presentado el 4 de mayo de 2016, por el apoderado judicial de la tercera interviniente, porque se allegó por fuera del término de tres días, siguientes a la notificación del fallo de primera instancia, dispuesto para su impugnación –art. 26 de la Ley 393 de 1997- y en razón de que el artículo 27 de misma ley no prevé la posibilidad de presentar nuevos elementos de juicio durante el trámite de la segunda instancia.

2.5.2. Respecto de la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, expuesta por el apoderado judicial de la tercera interviniente, la Sala manifiesta que el mismo no está llamado a prosperar pues cuando la Ley 393 de 1997, artículo 9º, establece esta causal de improcedencia la prevé para el cumplimiento de las normas que en la demanda se citan como desatendidas; es decir, lo que se debe tener en consideración es si la parte actora cuenta con otra acción judicial para lograr el cumplimiento de las normas que invoca en su demanda.

Sin embargo, en este caso lo que pretende exponer el recurrente es que se cuestione un acto de nombramiento que data de 2013 donde se debata una presunta inhabilidad por el advenimiento de la edad de retiro forzoso de su poderdante, situación que no guarda relación con el objeto de la acción de cumplimiento, pues se insiste mediante este medio de control se pretende el cumplimiento de normas o actos administrativos que contengan una obligación clara, expresa y exigible, pero no es el escenario jurídico previsto para resolver situaciones que impongan algún grado de debate que no sea en lo referente a que el deber legal reclamado este vigente, sea exigible al demandado y no exista duda de su aplicación al caso sometido a estudio. Además, se destaca que el demandante no le atribuye ningún vicio contra el acto de nombramiento de la doctora **Oróstegui de Jiménez**, por tanto, no se advierte la subsidiariedad alegada.

En conclusión, la Sala no advierte que para el cumplimiento de las normas que se citan como desatendidas en la demanda, la parte actora cuente con otro mecanismo de defensa judicial.

2.6. Resuelto lo anterior resta a la Sala establecer si la normativa de la cual se pide ordenar su cumplimiento, a saber numeral 4º del artículo 149 de la Ley 270 de 1996 y artículos 128 y 130 de Decreto 1660 de 1978, contiene una obligación clara, expresa y actualmente exigible, en caso afirmativo, se abordará el fondo del debate del presente asunto, de lo contrario será necesario declarar la improcedencia de la acción ejercida por el actor.

En este sentido, considera la Sala que la normativa señalada no contiene una obligación clara, expresa y exigible por las razones que pasan a explicarse:

Conviene precisar que del análisis de las pretensiones de la demanda y teniendo en consideración la conclusión a la cual se arribó al analizar el agotamiento del requisito de procedibilidad, se tiene que el demandante, con el ejercicio de la presente acción pretende que, en cumplimiento del numeral 4° del artículo 149 de la Ley 270 de 1996 y los artículos 128 y 130 del Decreto 1660 de 1978¹⁷, **la accionada retire de su cargo a la Directora Ejecutiva de Administración Judicial, por haber alcanzado la edad de retiro forzoso.**

Por su parte, la doctora **Celinea Oróstegui** señala que **la normativa invocada en la demanda no resulta aplicable al cargo de Director Ejecutivo de Administración Judicial**, que desempeña, porque su creación fue posterior a la Constitución Política de 1991 y la edad de retiro forzoso no le aplica, como sucede en los cargos de Magistrados de Corte Constitucional, Consejo Superior de la Judicatura e incluso el de Fiscal General de la Nación.

Así las cosas, al analizar el contenido del numeral 4° del artículo 149 de la Ley 270 de 1996, se advierte que una de las causales de retiro es la de alcanzar la edad de retiro forzoso, por su parte, el Decreto 1660 de 1978 en su artículo 128 señala que a los 65 años se alcanza la edad de retiro forzoso y el 130 dispone que el funcionario o empleado que llegue a la mencionada edad deberá comunicárselo a su nominador, en caso contrario, el retiro lo puede pedir el Ministerio Público o decretarse de oficio por el empleador, pasados seis meses, después de alcanzar la edad requerida.

De entrada, podría afirmarse que no existe duda respecto de la obligación contenida en la normativa expuesta por el demandante; sin embargo, la Sala no puede desconocer que en el presente caso existe un debate jurídico sin definir, respecto de si el Decreto 1660 de 1978 aplica para el cargo de Director Ejecutivo de Administración Judicial, en razón de que cuando se profirió dicho acto administrativo, el referido cargo no existía, prueba de ello se evidencia al analizar el ámbito de aplicación del mentado decreto, contenido en los siguientes artículos:

“ARTÍCULO 1o. El presente estatuto se aplica a los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de las Direcciones de Instrucción Criminal, sin perjuicio de lo que dispongan las normas especiales sobre carrera del mismo personal.

¹⁷ Normas transcritas a folios 14 y 15 de esta providencia

CAPÍTULO II. DE LOS FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS.

ARTÍCULO 2o. *Son funcionarios de la Rama Jurisdiccional quienes desempeñen uno cualquiera de los siguientes empleos:*

Magisterio de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, del Tribunal Disciplinario, del Tribunal Superior de Aduanas, del Tribunal Superior del Distrito Judicial o de Tribunal Administrativo.

Juez Superior de Distrito Judicial, Juez Superior de Aduanas, Juez de Circuito, Juez de Menores, Juez Laboral, Juez de Instrucción Criminal, Juez de Instrucción Penal Aduanera, Juez de Distrito Penal Aduanero, Juez Municipal o Juez Territorial”.

De este tenor literal, y en concordancia con lo ya relatado, **no resulta claro** que la anterior normativa deba aplicarse al cargo de Director Ejecutivo de Administración Judicial, pues se insiste ese cargo fue creado con posterioridad al citado acto administrativo y del análisis de las normas invocadas en la demanda, tampoco es dable afirmar, sin asomo de duda, que tenga la virtualidad de afectar la situación de la doctora **Celinea Oróstegui**, circunstancia que también pone en tela de juicio **la exigibilidad de dicha normativa** pues de su contenido literal, lo que primero se advierte, es que las disposiciones del Decreto 1660 de 1978, que se citan desatendidas, en nada tienen que ver con el cargo de Director Ejecutivo.

Frente a lo dicho, la Sala no comparte el análisis realizado por el Tribunal para concluir que las normas invocadas en la demanda sí contienen un mandato imperativo e inobjetable, pues al ver la sentencia impugnada, se tiene que se vio obligado a realizar un análisis del contenido de las sentencias C-351 de 1995, que estudió la exequibilidad del numeral 4º del artículo 149 de la Ley 270 de 1996, C-037 de 1996, ambas de la Corte Constitucional, que resolvió la demanda presentada contra el artículo 204 de la Ley 270 de 1996, fallos y normas que no fueron invocadas en la demanda como desatendidas y mucho menos respecto de las mismas se constituyó en renuencia al demandado.

Lo anterior implica que no hay certeza en cuanto a la existencia del deber jurídico de retirar de su cargo al Director Ejecutivo de Administración Judicial por haber llegado a la edad de 65 años, ya que justamente está en discusión si la norma que establece dicha causal es o no aplicable al referido cargo.

En otras palabras, lo que impide a la Sala ordenar el retiro pretendido por el actor, es la ausencia de un mandato imperativo frente a la aplicación de la causal de

retiro por edad ya que le está vedado al juez de cumplimiento “*crear*” la obligación cuyo cumplimiento se reclama, ya que al hacerlo se despojaría de tal calidad para convertirse en legislador o administrador.

Cosa distinta, es que el mandato sea claro, imperativo e inobjetable y que no quede duda sobre su aplicación al caso concreto, evento en el cual el juez de cumplimiento, naturalmente, podrá consultar, aplicar y tener en consideración otras normas, con el fin de materializar ese mandato ya existente.

En suma, al juez de cumplimiento solo le está permitido efectuar una integración normativa cuando aquella no tenga por finalidad construir el mandato, la obligación que se pretende cumplir, es decir, solo en eventos en que el mandato resulte claro y de su existencia no se tenga ninguna duda.

Tal aserto resulta aún más palmario si se tiene en cuenta que la Corte Constitucional expuso en la sentencia C-351 de 1995¹⁸, que el artículo 31 del Decreto Ley 2400 de 1968, en lo concerniente a la edad de retiro forzoso “*no se extiende a la rama judicial*”, incluso destacó que era “*...teniendo en cuenta que la Constitución de 1991 creó nuevos organismos y autoridades judiciales, y estableció para ellos períodos fijos, poniendo así término al anterior sistema vitalicio, se hace necesaria la expedición de una nueva ley que fije la edad de retiro forzoso para los casos contemplados en ese artículo, tomando en consideración los cambios introducidos en la Constitución Política de 1991*”.

Adicionalmente, este fallo se encargó de esclarecer que el legislador tiene potestad para establecer como causal de retiro, los 65 años de edad, en los siguientes términos:

“¿A quién corresponde determinar la edad de retiro forzoso? Obviamente si el constituyente no lo ha hecho, dicha potestad queda deferida al legislador, quien, además, dentro de las facultades asignadas en el artículo 125, puede determinarla para los demás servidores públicos. Así lo ha hecho a través del otorgamiento de facultades extraordinarias al Ejecutivo para que éste, a su vez, la determine, como lo hizo mediante el artículo 31 del Decreto Ley 2400 de 1968”.

Y, en lo referente a la aplicación de la edad de retiro forzoso, precisó que:

¹⁸ Que declaró exequible el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968

*“Como se ha señalado anteriormente, la **Carta Política establece la edad de retiro forzoso como una de las causales de retiro para los magistrados de las altas Cortes**. De ello no se puede colegir que aunque para este caso concreto se haya fijado tal causal en la Constitución, ello sea excluyente para que, a través de la ley, dicha causal se extienda a otros servidores públicos, o que se establezca como regla general para todos ellos. **Quedarían exceptuados aquellos de elección popular, para los cuales se establezca un período fijo, como es el caso del presidente y del vicepresidente de la República, de los miembros de cuerpos colegiados, de los gobernadores o de los alcaldes**. En estos casos la razón es la de que no cabría determinar una edad de retiro forzoso para aquellos ciudadanos que por voluntad popular, expresada en las urnas, acto por excelencia a través del cual se expresa la soberanía del pueblo, sean elegidos para un período fijo, ya que mediante ese hecho el pueblo directamente está manifestando su deseo de que esa persona -el elegido- y no otra, ocupe el cargo correspondiente y lo desempeñe durante todo el período previamente señalado en la Carta Política. Para estos cargos la Constitución no prevé edad de retiro forzoso.*

El artículo 31 del decreto 2400 de 1968 no ha perdido vigencia con la expedición de la Carta Política de 1991, porque, como se ha establecido, no la contradice”. (Negritillas fuera de texto).

Quiere decir lo anterior que la Corte Constitucional determinó que el legislador debe determinar la edad de retiro forzoso de sus magistrados y de los del Consejo Superior de la Judicatura “...**en consideración a los cambios introducidos en la Constitución Política de 1991**”, pues la normativa vigente, en lo concerniente a la Rama Judicial, solo aplica para los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado.

Tesis que fue reiterada en la sentencia C-616 de 2015 en la que se decidió estarse a lo resuelto en la Sentencia C-351 de 1995, ante la existencia de cosa juzgada constitucional respecto del 1er inciso del artículo 31 del Decreto 2400 de 1968, respecto de la presunta vulneración de los artículos 13 y 25 de la Constitución Política.

Así las cosas, teniendo en consideración que el cargo de Director Ejecutivo de Administración Judicial, como también ocurre con los magistrados de la Corte Constitucional y del Consejo Superior de la Judicatura, es de creación posterior a la Constitución Política de 1991 y tiene periodo fijo de 4 años, no resulta claro, si para la fijación de la edad de retiro forzoso se debe aplicar la normativa expuesta en la presente demanda de cumplimiento o como lo dispuso la Corte Constitucional en las sentencias antes enunciadas, requiere de regulación por parte del legislador.

Así las cosas, en sede de acción de cumplimiento, la obligación normativa que reclama la accionante, y respecto de las cuales se agotó el requisito de procedibilidad de constitución en renuencia, no es clara pues se hace evidente que no es suficiente con acudir a su contenido para identificar el mandato imperativo exigido, sino que por el contrario se requiere del estudio de otra normativa, e incluso de fallos judiciales, para poder abordar su análisis de fondo.

Lo antes expuesto, deja en claro que **las normas presuntamente desacatadas no contienen un mandato claro en cabeza de la entidad demandada respecto a si es o no aplicable el retiro forzoso por edad, sino que requiere de un profundo estudio normativo y jurisprudencial que permita concluir que hay lugar a la existencia de una obligación que debe ser atendida por el Consejo Superior de la Judicatura, Sala administrativa.**

Lo anterior resulta plausible en razón, por cuanto en sede de medio de control de cumplimiento, el juez constitucional carece de competencia para realizar análisis normativos dirigidos a dar claridad a los preceptos que en la demanda se citan como desacatados, pues se insiste, esta acción está prevista para ordenar a la autoridad renuente cumplir una obligación que sea clara, expresa y exigible, lo que como antes se demostró no se cumple en el presente caso y lo que se evidencia con el estudio legal y jurisprudencial, que no solicitó el demandante pero que el *a quo* adelantó de manera oficiosa, labor propia del juez ordinario en la acción correspondiente.

Así las cosas, la presente acción constitucional no resulta procedente para definir la controversia que se presenta en torno al retiro por edad de retiro forzoso de la actual Directora Ejecutiva de Administración Judicial, ya que se insiste la única finalidad de la acción de cumplimiento es obligar el acatamiento de deberes imperativos e inobjectables que resulten omitidos.

Finalmente, debe manifestar la Sala que, si bien, el oficio por medio del cual el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, sirvió para tener como cumplido el requisito de procedibilidad de la presente acción de cumplimiento, es claro, como de su contenido se desprende, que omitió resolver de fondo la petición que se le elevó, por falta del respectivo quorum.

A pesar de lo anterior y toda vez que la situación de integración de la Sala Administrativa ya se encuentra superada, la Sala considera que esa Corporación

le corresponde pronunciarse de fondo respecto del requerimiento presentado desde el 5 de agosto de 2015 y de la cual hasta la fecha no ha expresado su postura. En este orden de ideas se exhortará al Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, para que resuelva la solicitud suscrita por el señor Luis Fernando Otálvaro Calle de la cual se le remitirá copia.

Lo anterior adquiere relevancia, primero, porque al ser el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, el nominador del cargo de Director Administrativo de Administración Judicial, es el competente para pronunciarse respecto de la circunstancia expuesta por el peticionario relacionada con la aplicación de la causal de retiro forzoso para el mentado cargo y, segundo, en razón de que su respuesta bien podría ser pasible del control jurisdiccional, con el ánimo de que sea el juez ordinario quien resuelva la problemática jurídica planteada.

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

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR el numeral 1º de la sentencia dictada el 2 de marzo de 2016 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “A” en cuanto dispuso el rechazo de la acción de cumplimiento respecto de los artículos 127 y 131 del Decreto No. 1660 de 1978, conforme la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: REVOCAR los numerales 2º y 3º de la misma sentencia y, en su lugar, **DECLARAR LA IMPROCEDENCIA** de la acción de cumplimiento en lo referente al numeral 4º del artículo 149 de la Ley 270 de 1996 y de los artículos 128 y 130 del Decreto 1660 de 1978, según se expuso en la parte considerativa de esta decisión.

TERCERO: EXHORTAR al Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, para que resuelva la solicitud de 5 de agosto de 2015 suscrita por el señor **Luis Fernando Otálvaro Calle**, de la cual se le remitirá copia.

CUARTO: En firme esta sentencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

ALBERTO YEPES BARREIRO