

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 1430

Panamá, 12 de octubre de 2021

Advertencia de Ilegalidad.

**Concepto de la Procuraduría
de la Administración.**

El Licenciado Luis Bethancourt, actuando en nombre y representación de **Vielka Edith Mojica Calderón**, solicita que se declaren nulas, por ilegales, la frase "...a la entrada en vigencia de la Ley 53 de 27 de agosto de 2015", contenida en los párrafos primero y segundo del artículo 158, y la frase "...a la entrada en vigencia de la Ley 53 de 2015.", contenida en el numeral 3 del artículo 159, todas del Reglamento de la Carrera Judicial, aprobado mediante el Acuerdo N°.01 de 14 de diciembre de 2018, emitido por el Consejo de Administración de la Carrera Judicial del Órgano Judicial, publicado en la Gaceta Oficial 28683-B de 26 de diciembre de 2018.

Honorable Magistrado Presidente de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia.

Acudo ante usted de conformidad con lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 5 de la Ley No. 38 de 31 de julio de 2000, con la finalidad de emitir el concepto de la Procuraduría de la Administración respecto de la advertencia de ilegalidad descrita en el margen superior.

I. Cuestión Previa.

1.1. En cuanto al fundamento legal y los elementos constitutivos de Advertencia de Ilegalidad.

Este Despacho, estima importante indicar antes de emitir nuestro concepto que, la advertencia de ilegalidad busca mantener la integridad del orden jurídico con la finalidad de evitar que una disposición o precepto proyecte efectos contrarios a la finalidad y principios sobre los cuales descansa el conjunto normativo.

En ese sentido, para que esta figura sea viable, es necesario que se reúnan los siguientes requisitos: a) que la norma que se advierta de ilegal lo constituya una norma o normas sustantivas con rango de carácter reglamentario; b) que la norma reglamentaria que va a ser empleada para la

emisión de un acto administrativo que resuelve un proceso tenga vicios de ilegalidad; c) que la Advertencia de Ilegalidad debe formularse dentro de un proceso administrativo en trámite cuya norma que es advertida de ilegalidad, no haya sido aplicada.

De acuerdo con el artículo 201 (numeral 9) de la Ley No. 38 de 31 de julio de 2000, la advertencia de ilegalidad se define como la: *“Observación que formula una de las partes a la autoridad que conoce de un proceso administrativo, sobre supuestos vicios de ilegalidad que le atribuye a un acto administrativo **que debe ser aplicado para resolver ese proceso.**”* (El resaltado es nuestro).

Siguiendo este orden de ideas, la advertencia de ilegalidad se encuentra prevista en el artículo 73 de la Ley No. 38 de 31 de julio de 2000, y en forma específica, en el segundo párrafo de este precepto, al establecerse:

“Artículo 73. La autoridad que advierta o a la cual una de las partes le advierta que la norma legal o reglamentaria que debe aplicar para resolver el proceso tiene vicios de inconstitucionalidad, formulará, dentro de los dos días siguientes, la respectiva consulta ante el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, salvo que la disposición legal o reglamentaria haya sido objeto de pronunciamiento por dicho Tribunal.

De igual manera, cuando la autoridad advierta o alguna de las partes le advierta que la norma o normas reglamentarias o el acto administrativo que debería aplicar para resolver el proceso, tiene vicios de ilegalidad, dentro de los dos días siguientes, **someterá la consulta respectiva ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia,** salvo que la disposición legal o acto haya sido objeto de pronunciamiento de esta Sala.

En uno y otro supuesto, la autoridad seguirá tramitando el proceso hasta colocarlo en estado de decisión, pero sólo proferirá ésta una vez el Pleno de la Corte Suprema de Justicia o la Sala Tercera, se hayan pronunciado sobre la consulta respectiva.

En la vía gubernativa únicamente podrán los interesados formular, por instancia, una sola advertencia o consulta de inconstitucionalidad o de ilegalidad del acto o ambas.” (El destacado es nuestro).

Es importante destacar que, tal como lo indica la Ley No. 38 de 2000, la viabilidad jurídica de esta figura **depende de la existencia de un proceso en el que no se haya adoptado una decisión,** puesto que una de las principales exigencias es que la norma reglamentaria advertida de ilegal sea aquella que va a ser aplicada al momento de resolver el fondo de la controversia.

Dentro del contexto anteriormente expresado, este Despacho, estima importante advertir que, en su escrito la accionante indica que estas: ***“disposiciones que serán aplicadas dentro del procedimiento de reconocimiento de estabilidad laboral conforme los parámetros establecidos en el artículo 304 de la Ley 53 de 27 de agosto de 2015 ‘de Carrera Judicial’, en el cual nuestra representada (sic) pretende que se le otorguen los derechos de estabilidad conforme los parámetros de dicha ley.”*** (El destacado es nuestro) (Cfr. fojas 2 y 4 del expediente judicial).

Por otro lado, dentro de la documentación que aporta la advirtiente a efectos de acreditar su pretensión, presenta una copia autenticada del Acuerdo N°. 01 de 14 de diciembre de 2018, que aprueba el Reglamento de la Carrera Judicial, emitido por el Consejo de Administración de la Carrera Judicial del Órgano Judicial, publicado en la Gaceta Oficial 28683-B de 26 de diciembre de 2018 (Cfr. fojas 17-54 del expediente judicial); sin embargo, no podemos inferir que este elemento probatorio distinga o precise **dentro de qué procedimiento administrativo se está interponiendo la advertencia de ilegalidad en estudio ni el estado en el que éste se encuentra, tal como lo dispone el artículo 73 de la Ley No. 38 de 31 de julio de 2000.**

También resulta importante anotar en relación con el asunto bajo examen, que el Consejo de Administración de la Carrera Judicial del Órgano Judicial, al contestar la advertencia de ilegalidad en estudio, no realiza una ilustración acerca de las circunstancias que rodearon la presentación de la misma, y que pudiera servir para confirmar cualquier trámite seguido por la accionante ante la Autoridad judicial, a fin que pudiéramos corroborar la situación a la que se refiere la advirtiente, y que esta se estuviera ventilado ante dicha institución (Cfr. fojas 80-82 del expediente judicial).

1.2. Consideraciones en cuanto al artículo 159 del Acuerdo N°. 01 de 14 de diciembre de 2018, antes citado.

Por otra parte, este Despacho considera oportuno destacar, para los efectos del análisis correspondiente, que el apoderado judicial de la actora ha identificado como objeto de su demanda una disposición adjetiva que establece el procedimiento a seguir para el reconocimiento de la estabilidad del servidor judicial de la Carrera Judicial.

Por consiguiente, se trata de una norma de carácter procedimental que no es susceptible de ser objeto de un análisis a través de la vía de la advertencia, de lo que no puede perderse de vista que de acuerdo con la jurisprudencia que sobre esta materia ha desarrollado la Sala Tercera, que a su vez cita al Pleno de la Corte Suprema de Justicia, las normas de naturaleza adjetiva, categoría en la que se ubica el artículo 159 del Acuerdo N° 01 de 14 de diciembre de 2018, advertido de ilegal, no pueden ser objeto de este tipo de recurso. Así aparece claramente establecido en las Resoluciones de tres (13) de junio de dos mil trece (2013) y siete (7) de marzo de dos mil catorce (2014), en las que se indica lo siguiente:

Resolución de (13) de junio de dos mil trece (2013), Sala Tercera

“El Lic. ..., en representación de ..., ha promovido una advertencia de ilegalidad contra el artículo 45 del Acuerdo N° 13 de 2011 (G.O. 26831-A de 19 de julio de 2011, tal como fue reformado por el artículo 2 del Acuerdo N° 02-2012 (G.O. 26964 de 2 febrero de 2012), ambos emitidos por el Tribunal Administrativo Tributario.

El suscrito Sustanciador procede inmediatamente a revisar el escrito contentivo de la advertencia de ilegalidad a fin de determinar si cumple con los requisitos establecidos por el ordenamiento procesal patrio y la jurisprudencia emitida al respecto.

Sobre este particular, resulta procedente transcribir las normas que definen y establecen la procedencia de la advertencia de ilegalidad, nos referimos a los artículos 73 y 201 al numeral 9 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, veamos:

...
De lo anterior, se puede deducir que no cualquier norma reglamentaria o acto administrativo pueden ser advertidos de ilegalidad, sino sólo aquellos que a la hora de su aplicación resuelven el fondo de la causa. De manera que como requisito indispensable para admitirse este tipo de incidencia, se requiere que las normas o acto advertido sean de aquellos cuya aplicación en el proceso decidiría el fondo de la causa.

En ese sentido, se observa que la norma reglamentaria advertida por el Lic. ... no se aplicaría para resolver el fondo del recurso de apelación (que viene a ser el fondo de la causa administrativa), sino que se trata de un precepto que reglamenta el trámite del recurso de apelación ante el Tribunal Administrativo Tributario. Para mejor sustento del criterio planteado, se procede a transcribir la disposición advertida de ilegalidad, cual es el artículo 45 del Acuerdo N° 13 de 2011, reformado por el artículo 2 del Acuerdo 02-2012, veamos:

...
Queda claro entonces que la disposición advertida de ilegalidad contiene aspectos de procedimiento del recurso de apelación, más no viene a constituir una norma que va a decidir el fondo del proceso.

Y es que la improcedencia de las advertencias contra normas de contenido procesal o más bien de trámite, cobra sentido lógico

jurídico, por el hecho que si en el curso de un proceso, se advierte de ilegal una norma reglamentaria de contenido procedimental, conllevaría a su paralización, resultando contrario a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 73 de la Ley 38 de 2000, que señala que la autoridad debe continuar con el trámite respectivo hasta colocar el expediente en estado de decidir el fondo.

Como quiera entonces, que la norma advertida de ilegalidad no será aplicada para decidir el fondo del proceso, el Suscrito Sustanciador procederá a no admitir la misma..." (El resaltado es nuestro).

- 0 - 0 -

Resolución siete (7) de marzo de dos mil catorce (2014), Sala Tercera

"La Resolución apelada la constituye la Providencia de 13 de junio de 2013, mediante la cual no se admite la Advertencia de Ilegalidad contra el artículo 45 del Acuerdo No.13 de 2011, tal como fue reformado por el Artículo 2 del Acuerdo No. 02-2012, ambos emitidos por el Tribunal Administrativo Tributario.

...

III. DECISIÓN DEL TRIBUNAL DE APELACIÓN:

Atendiendo las consideraciones del apelante, el resto de los Magistrados que integran esta Sala, consideran necesario hacer las siguientes observaciones:

La apelación a la providencia que no admite la advertencia de ilegalidad se basa fundamentalmente en que la parte apelante considera que dichas advertencias también pueden interponerse contra normas procesales no sólo contra normas sustantivas, ya que ésta tiene una relevancia importante al momento de resolver e influyen en la resolución de un proceso, por eso, a su criterio pueden ser objeto de advertencias de ilegalidad.

La disposición advertida de ilegal, es decir, el artículo 45 del Acuerdo No.13 de 2011, reformado por el artículo 2 del acuerdo 02-2012, señala:

...

Para tales efectos, es necesario transcribir lo que indica el artículo 73 de la Ley 38 de 2000:

...

De lo expresado en la normativa que rige para tales efectos, se colige que la norma que sea advertida de ilegal debe poder ser aplicada para resolver el proceso. Sobre este tema en particular, han sido innumerables los pronunciamientos que ha sostenido el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, tanto de las advertencias de constitucionalidad como de ilegalidad, en las cuales se sostiene que resulta evidente que **si el objeto de la consulta recae sobre normas de naturaleza adjetiva, concernientes a la ritualidad procesal o que regulan alguna de las etapas procesales, el efecto inevitable sería la paralización del proceso integralmente, resultando vulnerado así el mandato constitucional o legal que dispone sustanciarlo hasta el momento de dictar sentencia.**

En ese sentido, el Pleno de la Corte ha manifestado en Resolución Judicial de 16 de junio de 2003, que:

‘...El Pleno ha señalado que para la admisión de la consulta a trámite, resulta necesario que las normas que hayan de ser aplicadas sean, en efecto, normas sustantivas idóneas para decidir la causa y, excepcionalmente, normas de contenido procesal cuando la misma le ponga fin a la causa o imposibilite su continuación. **Dentro de este contexto, por lo tanto, para el Pleno resulta evidente que las normas que han de ser aplicadas por el Juzgador deben ser aquellas que guarden relación con la decisión de la pretensión procesal, por lo que deben limitarse a aquellas disposiciones que otorguen a sus titulares un derecho subjetivo o impongan obligaciones, y no así aquellas normas que gobiernen el proceso**, como aquellas que se refieran a la organización de los tribunales, fijen jurisdicción o competencia, establezcan términos y, en general, aquellas que gobiernen la conducción o el contenido de las resoluciones mediante las cuales se decida una pretensión, así como las normas que regulan el contenido de la sentencia (al respecto véanse sentencias de 30 de diciembre de 1996, 14 de enero de 1997, 19 de enero de 1998 y de 5 de junio de 1998).’

...” (El destacado es de la Procuraduría).

Las sentencias antes reproducidas, nos permite concluir que, resulta evidente que las normas que han de ser aplicadas por el Juzgador deben ser aquellas que guarden relación con la decisión de la pretensión procesal, por lo que deben limitarse a aquellas disposiciones que otorguen a sus titulares un derecho subjetivo o impongan obligaciones, y no así aquellas normas de naturaleza adjetiva, concernientes a la ritualidad procesal o que regulan alguna de las etapas judiciales, ya que el efecto inevitable sería la paralización del proceso integralmente, resultando contrario a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 73 de la Ley No. 38 de 2000, que señala que la autoridad debe continuar con el trámite respectivo hasta colocar el expediente en estado de decidir el fondo.

II. Antecedente.

Mediante el Acuerdo N°. 01 de 14 de diciembre de 2018, que aprueba el Reglamento de Carrera Judicial, emitido por el **Consejo de Administración de la Carrera Judicial del Órgano Judicial**, publicado en la Gaceta Oficial 28683-B de 26 de diciembre de 2018, se acordó, entre otras cosas, lo siguiente:

“**Artículo 158. Estabilidad.** Para los fines del presente Reglamento, se entenderá por estabilidad el derecho de los servidores judiciales que, **a la entrada en vigencia de la Ley 53 de 27 de agosto de 2015**, hayan ocupado por más de cuatro años puestos de la Carrera Judicial, una vez superada dos evaluaciones del desempeño con resultados satisfactorios.

Para tener derecho a la estabilidad que reconoce el presente artículo, es necesario que el servidor judicial, **a la entrada en vigencia de la Ley 53 de 2015**, haya ocupado durante más de cuatro años el mismo puesto perteneciente a la Carrera Judicial. Sumado a lo anterior, el servidor judicial debe haber superado dos evaluaciones del desempeño con resultados satisfactorios.

El reconocimiento del presente derecho estará a cargo del Consejo de Administración de la Carrera Judicial, para lo cual se seguirá el procedimiento previsto en el presente Reglamento." (El destacado es nuestro).

"Artículo 159. Procedimiento para el reconocimiento de la estabilidad. Para el reconocimiento de la estabilidad se seguirá el procedimiento siguiente:

1. El servidor judicial deberá formalizar su interés a través del formulario respectivo y acompañar la solicitud con la certificación de cargos desempeñados emitida por la Secretaría Técnica de Recursos Humanos, dentro del período que establezca el Consejo de Administración de la Carrera Judicial.

2. El Consejo de Administración de la Carrera Judicial verificará que el servidor judicial cumple con el requisito previo de años de servicio en el puesto al que aspira obtener este derecho y suspenderá la declaratoria de vacante del cargo, ordenando el trámite de la evaluación del desempeño.

3. Una vez realizadas las dos evaluaciones de desempeño y si las mismas se superan con resultados satisfactorios, el Consejo de Administración de la Carrera Judicial emitirá una nueva resolución donde reconoce la estabilidad del servidor judicial en el cargo que ocupaba **a la entrada en vigencia de la Ley 53 de 2015**.

4. De no hacerse la comunicación por parte del servidor judicial aspirante dentro del período establecido por el Consejo de Administración de la Carrera Judicial y el cargo sea incluido en la lista de vacantes para ser llenadas por las reglas previstas en la Ley 53 de 2015, se considerará que al servidor judicial se le ha vencido la oportunidad de acreditarse como funcionario con estabilidad." (El énfasis suplido indica la frase advertida por el accionante).

III. Normas que se aducen infringidas.

El apoderado judicial de la demandante sostiene que las frases advertidas del artículo 158 y aquella del artículo 159 del reglamento indicado infringen las siguientes normas:

A. Los artículos 304 y 310 de la Ley 53 de 27 de agosto de 2015, que se refieren a la conservación de derechos adquiridos y a la estabilidad de quienes hayan ocupado por más de cuatro (4) años puestos de las carreras públicas del Órgano Judicial, una vez superadas dos (2)

evaluaciones del desempeño con resultados satisfactorios; y que la ley comenzará a regir desde su promulgación (Cfr. fojas 9-11 y 12-14 del expediente judicial), y

B. El artículo 35 de la Ley No.38 de 31 de julio de 2000, que establece que en las decisiones y demás actos que profieran, celebren o adopten las entidades públicas, el orden jerárquico de las disposiciones que deben ser aplicadas será: la Constitución Política, las leyes o decretos con valor de ley y los reglamentos (Cfr. fojas 12, 14-15 del expediente judicial).

3.1. Posición de la actora respecto a los cargos de infracción.

Al sustentar el concepto de la violación de los **artículos 304 y 310 de la Ley 53 de 27 de agosto de 2015**, y confrontarlos de manera individual con la frase "...a la entrada en vigencia de la **Ley 53 de 27 de agosto de 2015**", contenida en los **párrafos primero y segundo del artículo 158**, y la frase "...a la entrada en vigencia de la **Ley 53 de 2015**", contenida en el **numeral 3 del artículo 159**, todas del Reglamento de la Carrera Judicial, aprobado mediante el Acuerdo N°. 01 de 14 de diciembre de 2018, emitido por el Consejo de Administración de la Carrera Judicial del Órgano Judicial; resulta importante anotar que el apoderado judicial de la actora **utiliza los mismos argumentos para sustentar la infracción de las disposiciones legales, frente a la norma reglamentaria advertida de ilegal.**

No obstante lo anterior, transcribiremos los párrafos en los que el apoderado judicial de la advirtiente, realiza una exposición de los mismos conceptos de infracción de las disposiciones listadas en el apartado anterior, con la finalidad de evitar la dualidad de los mismos.

En ese sentido, el 17 de febrero de 2021, el Licenciado Luis Bethancourt, actuando en nombre y representación de **Vielka Edith Mojica Calderón**, presentó una advertencia de ilegalidad, la cual sustentó, entre otras consideraciones, en lo siguiente:

"...En primer lugar, la frase advertida como ilegal (a la entrada en vigencia de la ley 53 de 27 de agosto de 2015) fija un punto de partida del conteo de los cuatro años de forma retroactiva lo cual contraviene de forma incuestionable lo dispuesto en el citado artículo 304 de la Ley 53 de 2015, máxime cuando la misma es clara al establecer en su artículo 310 que comienza a regir a partir de su promulgación.

Es claro que la reglamentación excede arbitrariamente los límites de la ley sustancial, pero de tal forma que, en lugar de ampliar el margen de protección de derechos fundamentales (caso en el cual sería aceptable),

los restringe, los limita y hasta los cercena de tal forma que vulnera y pone en peligro el derecho del trabajo del servidor judicial que cumple con los parámetros de ley para acceder a la estabilidad según el artículo 304 de la ley de carrera judicial a saber:

1. Haber ocupado por más de cuatro años puestos de las carreras públicas del Órgano Judicial y;

2. Haber superado satisfactoriamente dos evaluaciones del desempeño.

En cambio, la reglamentación cuya ilegalidad se advierte incorpora nuevos requisitos que hacen mucho más difícil el acceso al régimen de estabilidad; ya que dispone, que el servidor judicial debe haber ocupado por más de cuatro años puesto perteneciente a la Carrera Judicial, a la entrada en vigencia de la Ley 53 de 2015.

Este breve ejercicio comparativo entre la ley y la reglamentación hace más que evidente el profundo quebrantamiento del orden legal, además de la consiguiente afectación a servidores judiciales que durante muchos años han servido al país con probidad y honestidad.

...

El acto advertido como ilegal, al incorporar la frase '**a la entrada en vigencia de la Ley 53 de 27 de agosto de 2015**', incorpora un parámetro de retroactividad para el conteo de los cuatro años en puestos de las carreras del Órgano Judicial lo cual viola de forma directa por omisión el citado artículo 310 de la ley 53 de 2015 que establece claramente que comienza a regir desde su promulgación.

Esta infracción a la ley sustancial contentiva de derechos fundamentales no resulta de menor entidad, pues además de incorporar requisitos adicionales para el acceso a la condición de estabilidad de servidores judiciales, también procura ignorar y pasar por alto años de experiencia en el servicio público de administración de justicia a cargo de funcionarios con experiencia, probidad y honestidad, pues en lugar de contar a partir de la promulgación de la ley hacia adelante, se cuenta hacia atrás, lo cual se materializa en el formulario que se obligó a utilizar a los funcionarios para solicitar la declaratoria de estabilidad.

En el caso concreto, la **Magister VIELKA EDITH MOJICA CALDERÓN**, ha prestado servicios en el Órgano Judicial durante veinte (20) años e inició labores como Juez de Juicio Oral en la provincia de Panamá Oeste desde el primero (01) de agosto de 2016, puesto de una carrera pública del Órgano Judicial con mando y jurisdicción, ejerciendo ininterrumpidamente la judicatura en el Sistema Penal Acusatorio por más de los cuatro años que exige la ley de carrera judicial para acceder a un régimen de estabilidad, luego de superar dos evaluaciones del desempeño.

Así las cosas, en el año 2011 en que se inició la implementación del Sistema Penal Acusatorio y hasta la fecha, no se han realizado procedimientos de concursos para el cargo que en la actualidad ejerce mi representada, por lo que no ha podido acceder a una condición de estabilidad mediante la realización de los concursos respectivos, no es de justicia, que se traslade la responsabilidad de la implementación de la ley

de carrera judicial a los funcionarios que han ocupado por más de cuatro años cargos de las carreras públicas del Órgano Judicial y que en lugar de reconocerse la labor desempeñada satisfactoriamente, se vulneren sus derechos contenidos en la ley.

El reglamento de Carrera Judicial cuya ilegalidad se advierte, castiga al administrador de justicia, que no ha podido acceder a una plaza permanente simplemente porque el Estado no ha cumplido en un tiempo considerable con la responsabilidad consignada en la ley de garantizar la independencia judicial a través del establecimiento de procesos de acceso a la judicatura que garanticen que sean los mejores perfiles los que administren justicia.

Ninguno de los servidores judiciales a los que perjudica las frases del reglamento cuya ilegalidad se advierte, es responsable de esta omisión del Estado, por lo que resulta palpable la discordancia del reglamento, en el que se dispone un conteo hacia atrás en el tiempo, ignorando toda la experiencia acumulada en el ejercicio de la judicatura y en la aplicación de una legislación novedosa en la República de Panamá como la que regula el Sistema Penal Acusatorio, con lo que se pone en riesgo la prestación del servicio de administración de justicia en la República de Panamá.

...
Obviamente que las frases que se advierten como ilegales violan directamente por omisión la norma citada, por cuanto pasan por alto que ningún reglamento puede transgredir y sobrepasar el contenido de la ley, al tener esta una legitimidad mucho mayor, al ser expedida por la Asamblea Nacional, como máxima representación de la democracia en la República de Panamá.

En ese sentido, el reglamento establece, contrario a la ley, que los cuatro años para tener derecho a la estabilidad se contarán hacia atrás, de forma retroactiva a pesar de que la propia ley dice que sus efectos son a partir de su promulgación (artículo 310 de la ley 53 de 2015).

Así las cosas, resulta claro que un acuerdo no tiene la virtud de crear requisitos adicionales a los servidores judiciales para el reconocimiento de su estabilidad, siendo que tales requisitos hacen más complicado y difícil la adquisición de dicho estatus.

Por tanto, esta reglamentación de carrera judicial procura flexibilizar los mecanismos de acceso a la judicatura en condiciones de estabilidad como parámetro convencional protector y procurador de la independencia judicial, pero el acuerdo que la reglamenta no ha hecho más que poner obstáculos e impedimentos adicionales conculcando los derechos fundamentales de servidores judiciales con muchos años en el ejercicio de la judicatura..." (Cfr. fojas 9-15 del expediente judicial).

3.2. Posición de Consejo de Administración de la Carrera Judicial del Órgano Judicial, respecto a los cargos de infracción.

Por otra parte, el 9 de junio de 2021, el **Consejo de Administración de la Carrera Judicial**, presentó su contestación a la advertencia que nos ocupa, en donde señaló, entre otras cosas, que:

“...**SEGUNDO:** Que mi persona y los actuales integrantes del Consejo de Administración de la Carrera Judicial, en ejercicio de sus legítimas facultades legales y, por supuesto, luego de un estudio meticuloso, tanto de la Ley de Carrera Judicial como del Reglamento aprobado mediante Acuerdo No.01 de 14 de diciembre de 2018, no podemos desconocer el escenario en el que se hace notorio el número plural de advertencias de ilegalidad y demandas de nulidad presentadas contra el Reglamento de Carrera Judicial, por funcionarios jueces y magistrados de todo el país, frente a lo que denuncian como una discrepancia entre el tenor literal de la ley de carrera judicial y la interpretación que de ésta se hizo dentro de las normas reglamentarias proferidas por el Consejo anterior, que generan como resultado una potencial afectación a sus derechos laborales.

TERCERO: Ante esto (sic), se ha comprendido la urgente necesidad de lograr consensos a nivel nacional entre los funcionarios que integran la carrera judicial y aquellos aspirantes a formar parte de la misma por sus años de servicio, experiencia y dedicación a la administración de justicia; para lo cual, está en marcha un programa estructurado de giras en todo el territorio nacional, con miras a promover el conocimiento de la ley, del reglamento y de los diferentes componentes que la integran, con la colaboración de funcionarios de las unidades técnicas que están relacionados con los procesos de evaluación de desempeño y concursos y a conocer sobre las inquietudes, observaciones y recomendaciones de los funcionarios respecto a las normas de carrera judicial.

CUARTO: Como bien sabe la augusta sala contencioso administrativa, la advertencia de ilegalidad *busca mantener la integridad del orden jurídico con la finalidad de evitar que una disposición o precepto proyecte efectos contrarios a la finalidad y principios sobre los cuales descansa el conjunto normativo*, y es por ello, que mi persona, como representante del Consejo, no puedo soslayar la naturaleza y finalidad del presente mecanismo de control de legalidad, y me corresponde reconocer con humildad que lo que acontece en este momento es el reflejo de un acto proferido sin atender el alcance literal de la ley ni los límites reglamentarios permitidos, lo que trajo como efecto desencadenante los legítimos reclamos presentados por los advirtientes, preocupados por los desaciertos cometidos al momento de reglamentar algunos temas específicos sobre el reconocimiento de derechos laborales.

QUINTO: Es por ello que, sin perjuicio de que la honorable sala contencioso administrativa en ejercicio de su facultad legal y constitucional reconozca lo propio, tras el examen de las piezas normativas, el firme propósito de este nuevo Consejo que presido está dirigido a revisar las normas atacadas por vía de ilegalidad, y de ser necesario conciliarlas con las normas legales a través de nuestra potestad reglamentaria; reconociendo los justos derechos que se consagran en la misma para todos los servidores judiciales, además de

aceptar la razón en que las frases citadas como ilegales en la advertencia se alejan del tenor literal y el correcto sentido que deriva de la propia ley; todo ello, en el marco del debido y oportuno consenso entre el Consejo y los funcionarios judiciales, operadores de justicia..." (Cfr. fojas 80-82 del expediente judicial).

VI. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

La advertencia en estudio ha sido promovida por el Licenciado Luis Bethancourt, actuando en nombre y representación **Vielka Edith Mojica Calderón**, para que el Tribunal se pronuncie sobre la legalidad de la frase "...a la entrada en vigencia de la Ley 53 de 27 de agosto de 2015", contenida en los párrafos primero y segundo del artículo 158, y la frase "...a la entrada en vigencia de la Ley 53 de 2015", contenida en el numeral 3 del artículo 159, todas del Reglamento de la Carrera Judicial, aprobado mediante el Acuerdo N°. 01 de 14 de diciembre de 2018, emitido por el Consejo de Administración de la Carrera Judicial del Órgano Judicial, publicado en la Gaceta Oficial 28683-B de 26 de diciembre de 2018 (Cfr. fojas 2-5 del expediente judicial).

Por otro lado, la Ley 53 de 27 de agosto de 2015, que regula la Carrera Judicial, contempló entre sus objetivos, establecer los procedimientos de ingreso, traslado y ascenso de aspirantes en las vacantes que se produzcan mediante la demostración de su aptitud, de conformidad con las funciones que les correspondan desarrollar, las habilidades y destrezas que deban exhibir en el desempeño, previa acreditación de sus antecedentes y méritos.

En ese sentido, el Capítulo VII de la Ley en mención, denominado "Disposiciones Finales", estableció, entre otras cosas, lo siguiente:

"Título VII Disposiciones Finales

...

Artículo 304. Conservación de derechos y estabilidad. Quienes hayan sido elegidos de conformidad con las normas de Carrera Judicial establecidas en el Código Judicial pasarán a los nuevos sistemas de carrera conservando sus derechos adquiridos.

Gozarán de estabilidad quienes hayan ocupado por más de cuatro años puestos de las carreras públicas del Órgano Judicial, una vez superadas dos evaluaciones del desempeño con resultados satisfactorios.

A los servidores judiciales que estén desempeñando cargos permanentes de acuerdo con la Ley 29 de 1984, modificada por la Ley 19 de 1991, se les garantiza la estabilidad y continuidad en el servicio para

los efectos de vacaciones, licencias, sobresueldos, ascensos, jubilaciones y cualesquiera otros derechos existentes.

Los concursos pendientes de resolver, a la entrada en vigencia de la presente Ley, continuarán su curso con base en el procedimiento legal con el cual se iniciaron, con el fin de elegir definitivamente al aspirante que debe ocupar el cargo." (El destacado es nuestro).

Artículo 310. Vigencia: **Esta Ley comenzará a regir desde su promulgación.**" (Lo resaltado es de este Despacho).

Por otro lado, el 26 de diciembre de 2018, se publicó en la Gaceta Oficial número 28,683-B el **Acuerdo N° 01 de 14 de diciembre de 2018, que aprueba el Reglamento de la Carrera Judicial.**

A través de dicho documento se *reglamentó*, entre otras cosas, lo relativo a la *Condición de Estabilidad*, así como el *procedimiento para el reconocimiento de la misma* (Cfr. artículos 158 y 159 del Acuerdo N° 01 de 14 de diciembre de 2018).

Su ámbito de aplicación fue definido por su artículo 3, el cual indicó, que sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 97 de la Ley 53 de 2015, las disposiciones contenidas en dicho Reglamento, son de observancia general y obligatoria, para quienes integren u opten formar parte de la Carrera Judicial y de todos aquellos encargados de la ejecución de cada uno de los procedimientos y disposiciones establecidas, para tales fines.

En este orden de ideas, consideramos pertinente señalar que el artículo 5 de la Ley 53 de 27 de agosto de 2015, en lo que respecta a las atribuciones del Consejo de Administración de la Carrera Judicial, establece lo que a continuación se cita:

"Artículo 5. Reglamentación de las carreras del Órgano Judicial. **Los consejos de administración ejercerán la función reglamentaria** respecto de las carreras públicas dentro del Órgano Judicial." (El destacado es nuestro).

De lo anterior se infiere, que entre las materias de competencia exclusiva del Consejo de Administración de la Carrera Judicial, se contempla la aprobación de la normativa reglamentaria requerida, para la implementación de la Carrera Judicial a través del Acuerdo que para tal efecto sea dictado.

Aclarado lo anterior, y entrando al fondo de la causa que nos ocupa, el Capítulo XVII del Acuerdo N°. 01 de 14 de diciembre de 2018, que aprueba el Reglamento de la Carrera Judicial, cuyo Capítulo XVII está denominado Conservación de Derechos y Estabilidad, en sus artículos 158 y 159, estableció lo relativo a la estabilidad, así como el procedimiento para el reconocimiento de la misma; normas cuyo contenido íntegro fueron citadas en párrafos anteriores.

De las consideraciones externadas hasta este punto, podemos observar que el fondo de la controversia gira en torno a que, a través de una norma de menor jerarquía, como lo es el Acuerdo N°. 01 de 14 de diciembre de 2018, se pretenda ampliar sus efectos, otorgando un carácter de retroactividad a la norma reglamentaria, hacia situaciones que ocurrieron antes de su promulgación, lo que resulta jurídicamente improcedente.

Lo anterior encuentra su sustento en que, de acuerdo a la actora, el Consejo de Administración de la Carrera Judicial del Órgano Judicial, entró a regular situaciones que en su momento no fueron contempladas en la ley, veamos:

“El acto advertido como ilegal, al incorporar la frase ‘**a la entrada en vigencia de la Ley 53 de 27 de agosto de 2015**’, incorpora un parámetro de retroactividad para el conteo de los cuatro años en puestos de las carreras públicas del Órgano Judicial lo cual viola de forma directa por omisión el citado artículo 310 de la ley 53 de 2015 que establece claramente que comienza a regir desde su promulgación.” (Cfr. foja 16 del expediente judicial).

Así las cosas, de la lectura de las disposiciones transcritas en párrafos precedentes, observamos que la controversia se genera, básicamente, en atención a lo dispuesto en los artículos 304 y 310 de la Ley 53 de 27 de agosto de 2015; y por otro lado, por lo reglamentado en los artículos 158 y 159 del Acuerdo N°.01 de 14 de diciembre de 2018.

Visto lo anterior, resulta importante anotar que este Despacho realizará solamente el análisis de la frase “...a la entrada en vigencia de la Ley 53 de 27 de agosto de 2015”, contenida en los párrafos primero y segundo del artículo 158 del Acuerdo N°.01 de 14 de diciembre de 2018, ya que como indicamos en el apartado dedicado a la cuestión previa, **el artículo 159 del texto reglamentario antes mencionado, es una norma de carácter adjetiva**, que no es susceptible de ser impugnada a través de la presente acción.

4.1. Consideraciones en cuanto al artículo 158 del Acuerdo N°.01 de 14 de diciembre de 2018.

En ese sentido, consideramos que lo más conveniente, a fin de determinar si en efecto hubo exceso en la norma reglamentaria, es realizar una comparación entre una y otra disposición, confrontando su contenido y alcance, en ese sentido. Veamos.

Ley 53 de 27 de agosto de 2015	Acuerdo N°.01 de 14 de diciembre de 2018
<p>“Artículo 304. <u>Conservación de derechos y estabilidad.</u> Quienes hayan sido elegidos de conformidad con las normas de Carrera Judicial establecidas en el Código Judicial pasarán a los nuevos sistemas de carrera conservando sus derechos adquiridos.</p> <p>Gozarán de estabilidad quienes hayan ocupado por más de cuatro años puestos de las carreras públicas del Órgano Judicial, una vez superadas dos evaluaciones del desempeño con resultados satisfactorios.</p> <p>A los servidores judiciales que estén desempeñando cargos permanentes de acuerdo con la Ley 29 de 1984, modificada por la Ley 19 de 1991, se les garantiza la estabilidad y continuidad en el servicio para los efectos de vacaciones, licencias, sobresueldos, ascensos, jubilaciones y cualesquiera otros derechos existentes.</p> <p>Los concursos pendientes de resolver, a la entrada en vigencia de la presente Ley, continuarán su curso con base en el procedimiento legal con el cual se iniciaron, con el fin de elegir definitivamente al aspirante que debe ocupar el cargo.” (El resaltado es nuestro).</p> <p>“Artículo 310. <u>Vigencia:</u> Esta Ley comenzará a regir desde su promulgación.” (El destacado es nuestro).</p>	<p>“Artículo 158. <u>Estabilidad.</u> Para los fines del presente Reglamento, se entenderá por estabilidad el derecho de los servidores judiciales que, a la entrada en vigencia de la Ley 53 de 27 de agosto de 2015, hayan ocupado por más de cuatro años puestos de la Carrera Judicial, una vez superadas dos evaluaciones del desempeño con resultados satisfactorios.</p> <p>Para tener derecho a la estabilidad que reconoce el presente artículo, es necesario que el servidor judicial, a la entrada en vigencia de la Ley 53 de 2015, haya ocupado durante más de cuatro años el mismo puesto perteneciente a la Carrera Judicial. Sumado a lo anterior, el servidor judicial debe haber superado dos evaluaciones del desempeño con resultados satisfactorios.</p> <p>El reconocimiento del presente derecho estará a cargo del Consejo de Administración de la Carrera Judicial, para lo cual se seguirá el procedimiento previsto en el presente Reglamento.” (Énfasis suplido).</p>

A través de este primer ejercicio observamos, **en lo que respecta a la entrada en vigencia de las protecciones** establecidas en el artículo 304 de la Ley 53 de 27 de agosto de 2015, en concordancia con el artículo 310 de la misma excerpta legal, estas empezarán a regir a partir de su promulgación; esto es, **el 28 de agosto de 2015, de ahí que podemos inferir que dicha estabilidad se reconoce desde ese momento**, por lo que diferimos del criterio expresado por la actora, en lo que respecta a la entrada en vigencia de las protecciones establecidas en la mencionada disposición reglamentaria.

No obstante lo anterior, podemos observar que la primera frase advertida contenida en el artículo 158 del Acuerdo No. 01 de 2018, no plantea su entrada en vigencia de manera retroactiva; por el contrario, la aplicación de la norma en el tiempo **reconoce el derecho a la estabilidad, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 53 de 2015, situación que se reafirma, al revisar el segundo párrafo de la norma reglamentaria**; de lo que resulta claramente establecido que el mencionado beneficio se contempla desde la entrada en vigencia de la ley, tal como se indica en el cuadro anterior, al confrontar los articulados de una y otra normativa.

En este punto, es oportuno resaltar que la Ley 53 de 2015, señala que los servidores judiciales que estén desempeñando cargos permanentes de acuerdo con la Ley No.29 de 1984, modificada por la Ley No.19 de 1991, se les garantiza la estabilidad y continuidad en el servicio para los efectos de vacaciones, licencias, sobresueldos, ascensos, jubilaciones y cualesquiera otros derechos existentes.

Ahora bien, debemos tener presente que la vigencia de esa Ley comenzó a regir desde su promulgación, es decir, a partir del 28 de agosto de 2015, tal como lo indicamos en líneas anteriores; es por ello que el Acuerdo No. 01 de 14 de diciembre de 2018, suscrito para reglamentar dicha ley no puede establecer una fecha distinta, por consiguiente, lo que para los accionantes constituye una intención de retroactividad, a nuestro juicio, no es más que la precisión de la referencia de tiempo en la que empezó a regir la protección de los derechos de la carrera judicial.

Y es que el artículo 46 de la Constitución Política de la República es claro al señalar que las leyes no tienen efecto retroactivo, excepto las de orden público e interés social, cuando en ellas así

se exprese (Principio de retroactividad de la ley), de manera que al no encontrarnos ante una legislación que revista tales connotaciones, la retroactividad es una figura que no aplica a la situación en estudio.

Por otra parte, este Despacho advierte que la actora, señala que el cuerpo reglamentario, pasa por alto, que no puede transgredir ni sobrepasar lo establecido en la norma legal, al crear un requisito adicional, en el sentido de aquellos funcionarios que hayan ocupado por más de cuatro (4) años puestos de las carreras públicas del Órgano Judicial podrán optar por la estabilidad a la entrada en vigencia de la **Ley 53 de 27 de agosto de 2015**, lo que manifiesta, hace complejo el mecanismo para el reconocimiento de ese derecho, conculcando las prerrogativas de estos servidores judiciales, al no cumplir con lo estipulado en el artículo 35 de la Ley No. 38 de 2000, disposición que establece la jerarquía normativa a nivel administrativo:

“Artículo 35. En las decisiones y demás actos que profieran, celebren o adopten las entidades públicas, el orden jerárquico de las disposiciones que deben ser aplicadas será: la Constitución Política, las leyes o decretos con valor de ley y los reglamentos.” (Lo subrayado es nuestro).

Conforme advierte este Despacho, **la disposición reglamentaria como lo hemos indicado en párrafos anteriores, no plantea su aplicación retroactiva;** debido a que **reconoce el derecho a la estabilidad, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 53 de 27 de agosto de 2005**, de lo que resulta claro que la norma reglamentaria contempla esta garantía desde la entrada en vigencia de la ley antes mencionada; en ese sentido el Acuerdo N°.01 de 14 de diciembre de 2018, emitido por el Consejo de Administración de la Carrera Judicial del Órgano Judicial, **que contiene la frase impugnada, no ha rebasado el marco de la legalidad, ni ha desconocido el rango normativo.**

Sin perjuicio de lo antes expuesto, observamos que ciertamente existe una diferencia entre la disposición legal y la norma reglamentaria; ya que, mientras la Ley 53 de 27 de agosto de 2015, dispone que **la estabilidad la alcanzan quienes hayan ocupado por más de cuatro (4) años puestos de las carreras públicas del Órgano Judicial;** la norma reglamentaria **va más allá**, y en adición a lo anterior, **no solo la ocupación de un cargo por más de cuatro (4) años, sino que además, pretende que sea en el mismo puesto.**

No obstante lo anterior, **el planteamiento de la accionante se ciñe al supuesto que la norma reglamentaria establece que para tener derecho a la estabilidad que otorga la Ley 53 de 27 de agosto de 2015**, se deberán contar los cuatro (4) años a los que alude la norma, de forma retroactiva, a pesar que los efectos del texto legal inician a partir de su promulgación.

De lo antes expuesto resulta claro que, los argumentos en los que la advirtiente sustentó el concepto de la violación de las disposiciones invocadas, no son cónsonos con las disposiciones legales que se aducen como infringidas.

En otras palabras, fueron otros supuestos contenidos en la norma legal, que la actora debió invocar como violadas para traer a colación las disconformidades que a lo largo de la advertencia de ilegalidad externó en cuanto al Acuerdo N°.01 de 14 de diciembre de 2018, emitido por el Consejo de Administración de la Carrera Judicial del Órgano Judicial, situación que, insistimos, no puede ser subsanada por el Tribunal en un proceso contencioso administrativo como el que ocupa nuestra atención, ya que el análisis que el mismo debe realizar se limita a determinar si el acto administrativo impugnado contraviene o no las normas legales que se aducen infringidas, en atención a los cargos de infracción que han sido expuestos por la accionante con sustento en el principio de justicia rogada.

En concordancia con lo arriba indicado, la Sala Tercera, mediante la Sentencia de tres (3) de mayo de dos mil dieciocho (2018), indicó lo siguiente: *“La jurisdicción contenciosa administrativa se activa en base (sic) al principio de justicia rogada, en el sentido que las partes son las que delimitan la materia y las pretensiones que deben ser objeto de análisis por parte del Tribunal. Entre estas delimitaciones está la de que esta Sala de la Corte debe fallar en base a las normas citadas por la parte actora como infringidas por el acto administrativo y en atención a su concepto de infracción.”*

Es decir, que el examen de legalidad del acto administrativo, como el que nos ocupa en este caso, se efectuó en atención a **las frases contenidas en la norma reglamentaria advertidas de ilegales y a los argumentos de la recurrente.**

Así las cosas, y atendiendo a las consideraciones previamente expuestas, esta Procuraduría solicita a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **NO ES ILEGAL, siempre que el**

Tribunal, solamente haga la valoración de la frase "...a la entrada en vigencia de la Ley 53 de 27 de agosto de 2015.", contenida en los párrafos primero y segundo del artículo 158, del Reglamento de la Carrera Judicial, aprobado mediante el Acuerdo N°.01 de 14 de diciembre de 2018, emitido por el Consejo de Administración de la Carrera Judicial del Órgano Judicial, publicado en la Gaceta Oficial 28683-B del 26 de diciembre de 2018; y no del texto completo de la disposición reglamentaria.

Del Señor Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


María Lilia Urriola de Ardila
Secretaria General

Expediente 149302021