



El emprendimiento
es de todos

Minhacienda

VOLUMEN

01

Disertaciones disciplinarias

MONOGRAFÍA
SERIADA

2020

VOLUMEN

01

Disertaciones disciplinarias

MONOGRAFÍA
SERIADA

2020



El emprendimiento
es de todos

Minhacienda

MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

Alberto Carrasquilla Barrera
Ministro de Hacienda y Crédito Público

Juan Alberto Londoño
Viceministro general

Juan Pablo Zárate
Viceministro Técnico

Germán Eduardo Quintero Rojas
Secretario General

Elaborado por:

Jackson Sadith Martínez Lozano
Director Unidad Control Disciplinario - Fiduprevisora

Claudia Patricia Paz Lamir
Oficina de Control Disciplinario Interno - MHCP

Iván Javier Silva Miranda
Oficina de Control Disciplinario Interno - MHCP

Lizeth Juliana García Atra
Oficina de Control Disciplinario Interno - MHCP

Rafael Humberto Aparición León
Oficina de Control Disciplinario Interno - MHCP

Colectivo Disciplinario del Sector Hacienda

Validación jurídica:

Natalia Angélica Guevara Rivera
Subdirectora de Pensiones - MHCP

Comunicaciones MHCP:

Olga Ximena Novoa González
Asesora de Comunicaciones

Diana Alexandra Londoño Aguilera
Diseño y diagramación

Edición:
Bogotá D.C., noviembre de 2020

ISSN 2744-8843 (en línea)

Nota aclaratoria: las opiniones expresadas en este documento son de exclusiva responsabilidad de los autores y no necesariamente representan la opinión del MHCP ni de sus entidades adscritas o vinculadas.

TABLA DE CONTENIDO

Pág.

5 COMENTARIO INTRODUCTORIO

9 I. EDAD DE RETIRO FORZOSO: ANÁLISIS EN EL MARCO DEL DERECHO DISCIPLINARIO

10	1.1. Aproximación conceptual
10	1.2. Aproximación legal
10	1.2.1. Edad de retiro forzoso en vigencia del Decreto 2400 de 1968
12	1.2.2. Edad de retiro forzoso en vigencia de la Ley 1821 de 2016
12	1.2.2.1. Exposición de motivos de la ley
13	1.2.2.2. De la Ley 1821 de 2016
17	1.3. Aproximación jurisprudencial
17	1.3.1. En vigencia de la edad de retiro forzoso a los 65 años (Decreto 2400 de 1968)
17	1.3.2. En vigencia de la edad de retiro forzoso a los 70 años (Ley 1821 de 2016)
21	2. Aplicación de la ley en el tiempo. A propósito de la irretroactividad de la Ley 1821 de 2016
23	3. Alcance disciplinario de la no separación del cargo llegada la edad de retiro forzoso
23	3.1. Retiro forzoso en el ámbito disciplinario
26	3.2. Legalidad de los actos administrativos expedidos por el servidor público que haya alcanzado la edad de retiro forzoso
28	Consideraciones finales
29	Bibliografía

33 II. DISCIPLINA PÚBLICA EN SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA EN COLOMBIA

35	1. Régimen y naturaleza de actos de sociedades de economía mixta
38	2. Sujetos y actos disciplinables en las sociedades de economía mixta
39	2.1. Categoría de servidores vinculados a Sociedades de Economía Mixta
40	2.2. Nuevo concepto de servidor público en Empresas del Estado
42	3. Discusiones derivadas de la aplicación del derecho disciplinario en empresas del Estado y en especial el caso de las sociedades de economía mixta
45	Bibliografía

COMENTARIO INTRODUCTORIO

La Ley 1821 de 2016 modificó la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas de tal manera que, a partir de la entrada en vigencia de la dicha norma, las personas que accedan o se encuentren en ejercicio de funciones públicas podían permanecer voluntariamente en sus cargos, siempre que contribuyan al régimen de seguridad social (salud, pensión y riesgos laborales), aunque hayan completado los requisitos para acceder a la pensión de jubilación.

De otra parte, a raíz de la expedición de la Ley antes referida, no es posible confundir la edad de retiro forzoso como causal para la terminación del vínculo laboral de los servidores públicos (que se constituye como una medida ideal para lograr la redistribución y renovación del personal al servicio del Estado), con la justa causa de terminación del contrato de trabajo contemplada en el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003 que aplica a trabajadores y empleados tanto del sector público como del privado, siempre que sus destinatarios cumplan con los requisitos establecidos en el parágrafo 3.º del Artículo 33 de la Ley 100 de 1993 para tener derecho a la pensión, con independencia de que cuenten o no con la edad de retiro forzoso que al efecto indique la ley, y con la única condición de que el retiro se lleva a cabo una vez el trabajador haya sido objeto de reconocimiento de la pensión e incluido en nómina de pensionados.

Asimismo, es de recordar que mientras que la edad de retiro forzoso es un mandato puramente legal y de obligatorio cumplimiento para los empleadores, el reconocimiento de la pensión como justa causa para la terminación del contrato de trabajo es facultativa, es decir, el empleador puede o no hacer uso de ella, según lo considere conveniente.

Ahora bien, esta clase de cuestiones interpretativas se traducen también en una serie de disertaciones jurídicas que giran en torno a otros ámbitos como el administrativo, el disciplinario y el pensional; en ese sentido, este artículo resulta provechoso desde el punto de vista académico pues permite, desde su análisis legal y jurisprudencial, dar respuesta a algunos interrogantes que a la fecha se han venido planteando a raíz de la expedición de la Ley 1821 de 2016.

Natalia Angélica Guevara Rivera

Subdirectora de Pensiones
Ministerio de Hacienda y Crédito Público

PARTE 1

EDAD DE RETIRO FORZOSO: ANÁLISIS EN EL MARCO DEL DERECHO DISCIPLINARIO

Autores:

Claudia Patricia Paz Lamir

Iván Javier Silva Miranda

Lizeth Juliana García Atra

Rafael Humberto Aparicio León

EDAD DE RETIRO FORZOSO:

Análisis en el marco del derecho disciplinario

La función pública debe ser dinámica. Lo anterior implica no solo renovación con el paso del tiempo sino su regulación, con miras a que los cargos públicos no puedan ser ocupados a perpetuidad. De aquí, justamente, se deriva la importancia de la existencia de la figura denominada retiro forzoso que será objeto de estudio a través de este escrito. En efecto, se pretende el análisis de su legalidad en el ordenamiento jurídico, así como su interpretación en el marco jurisprudencial y su aplicación en la práctica.

Adicionalmente se buscará establecer si la desvinculación del servicio público, a través del retiro forzoso, se aplica de forma irrestricta en todos los eventos en que resulte procedente o, contrario sensu, si se modula o articula, atendiendo a cada caso concreto. Se considera que el análisis crítico de esta problemática - en la forma en que se abordará a través de estas líneas - es trascendente en la medida en que no se pretende la simple descripción de la causal de retiro forzoso desde el punto de vista normativo, sino su interpretación; a su turno, con el estudio aquí adelantado, se busca advertir la importancia que tiene ir más allá de la taxatividad de la ley. En efecto, sin perjuicio de la necesaria apertura de oportunidades laborales, de la renovación del servicio y la institucionalización del poder público, no debe desconocerse la importancia de la experiencia laboral de aquellos funcionarios públicos que prestan sus servicios por varios años en las diversas entidades públicas del orden nacional.

A su turno, se pretenderá la comprensión de los alcances de la Ley 1821 de 2016 que no solo derogó expresamente el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968 y tácitamente los

artículos 119 al 124 del Decreto Nacional 1950 de 1973, sino que aumentó la edad de retiro forzoso a los 70 años; lo anterior, entendiendo que, sin perjuicio de su aplicación a un número ostensible de servidores públicos, tiene ciertas excepciones; de hecho, como se verá, no resulta predicable para aquellos que hayan cumplido los 65 años a su entrada en vigencia (por su carácter irretroactivo), ni para los funcionarios de libre nombramiento y remoción, entre otros funcionarios (por expresa disposición legal).

Asimismo -como se verá oportunamente-, es preciso no confundir la edad de retiro forzoso como causal para la terminación del vínculo laboral de trabajadores oficiales y empleados públicos¹ con la justa causa de terminación del contrato de trabajo contemplada en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003². Téngase en cuenta que la fijación de la edad de retiro forzoso, como causal de desvinculación del servicio público, es una medida a través de la que el Estado renueva y redistribuye los empleos públicos; lo anterior, con el propósito de que los ciudadanos, en general, tengan acceso al mismo con iguales y equitativas oportunidades.

¹ En cuanto constituye una medida idónea para la redistribución y renovación del personal al servicio del estado, que se concreta exclusivamente con la llegada a la edad señalada en la ley.

² Que aplica a trabajadores y empleados tanto del sector público como del privado, siempre que sus destinatarios cumplan con los requisitos establecidos en el parágrafo 3.º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 para tener derecho a la pensión, con independencia de que, para entonces, cuenten o no con la edad de retiro forzoso que al efecto indique la ley, y con la única condición de que el retiro se surta cuando el trabajador haya sido objeto de reconocimiento de la pensión e incluido en nómina de pensionados.

Agotado este análisis, se pretenderá el abordaje de la figura del retiro forzoso desde el punto de vista disciplinario, así como el estudio de la legalidad de los actos administrativos que sean expedidos por el servidor público que haya alcanzado los 70 años.

1.1. Aproximación conceptual

Pretendiendo una aproximación conceptual a esta figura, es oportuno señalar que la edad de retiro forzoso ha sido entendida como una “causal de retiro de un servidor público del ejercicio de la Función pública (...) que imprime relevancia a la temporalidad de la ocupación de los cargos públicos y el relevo generacional con miras a la garantía de la eficiencia y eficacia de la administración pública”³.

A su turno, se ha considerado que la edad de retiro forzoso “constituye una medida idónea para la redistribución y renovación del personal al servicio del Estado, que se concreta exclusivamente con la llegada a la edad señalada en la ley”⁴.

Actualmente la Ley 1821 de 2016, dispone que la edad máxima para el retiro del cargo de las personas que desempeñen funciones públicas será de setenta (70) años, de manera que, una vez cumplidos estos, se causará el retiro inmediato del cargo. No obstante, es oportuno precisar que el vigente artículo 2.2.11.1.5 del Decreto 648 de 2017⁵ prevé excepciones a este retiro cuando se trate de ocupar los siguientes cargos: 1. Presidente de la República; 2. Ministro del despacho o Director de Departamento Administrativo; 3. Superintendente; 4. Viceministro o Secretario General de Ministerio o Departamento Administrativo; 5. Presidente, Gerente o Director de entidades descentralizadas; 6. Miembro de misión diplomática no comprendida en la respectiva carrera; 7. Secretario privado de los despachos de los servidores anteriores; 8. Consejero o asesor; 9. Elección popular; 10.

³ Moreno González, Fernando Antonio, *Evolución normativa y jurisprudencial de la edad de retiro forzoso en Colombia y la garantía del mínimo vital del servidor público*, Bogotá, Universidad Santo Tomás, Vtel / Vol. 13, n.º 2 / Julio-diciembre 2018, Pp. 163-182, p. 176

⁴ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, 28 de febrero de 2018; Radicación n.º 57295, Acta 07; Magistrada ponente: Clara Cecilia Dueñas Quevedo

⁵ Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1083 de 2015, Reglamentario Único del Sector de la Función Pública, disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=80915>

En igual modo, precisa el artículo en mención que la persona que se encuentre gozando de pensión de jubilación y que no haya llegado a la edad de 70 años, puede ser reintegrada al servicio si se trata de los siguientes empleos: 1. Director General de Unidad Administrativa Especial con o sin personería jurídica; 2. Subdirector de Departamento Administrativo; 3. Secretario de Despacho código 020, de las Gobernaciones y Alcaldías; 4. Subdirector o Subgerente de establecimiento público; 5. Presidente, Gerente o Subgerente de Empresa Oficial de Servicios Públicos del orden nacional o territorial.

1.2. Aproximación legal

1.2.1. Edad de retiro forzoso en vigencia del Decreto 2400 de 1968.

En principio, es preciso señalar que se estableció el retiro por edad como una de las causales de cesación definitiva de las funciones del personal civil que prestaba sus servicios en empleos de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el Decreto 2400 de 1968, especificándose el término máximo de permanencia en el empleo correspondiente, el cual no podría exceder los sesenta y cinco (65) años.

Para todos los efectos, es oportuno señalar que el Artículo 31 preveía, respecto a la edad de retiro del servicio, lo siguiente:

“(...) Todo empleado que cumpla la edad de sesenta y cinco (65) años será retirado del servicio y no será reintegrado. Los empleados que cesen en el desempeño de sus funciones por razón de la edad, se harán acreedores a una pensión por vejez, de acuerdo a lo que sobre el particular establezca el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos (...)”. (Negrillas no textuales).

Debe señalarse que esta figura fue, a la postre, extendida a otros servidores públicos y particulares que ejercían funciones públicas (con independencia de que se tratara de funcionarios en provisionalidad, de carrera administrativa o periodo, salvo las personas que eran elegidas por medio de voto popular). Posteriormente, el enunciado Decreto 2400 de 1968, fue modificado y adicionado por el Decreto Ley 3074 de 1968⁶ sin que se surtieran modificaciones respecto al artículo 31, esto es, a la edad de retiro del servicio.

⁶ Decreto Ley 3074 de 1968, Artículo 1, disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=10478>, consultado el 02 de julio de 2019 a las 04:27 p.m.; este Decreto fue derogado por la Ley 1821 de 2016.

Por su parte, el Decreto 1950 de 1973⁷, en el artículo 105, y con relación al retiro de los empleados oficiales, establecía que:

*“El retiro del servicio implica **la cesación en el ejercicio de funciones públicas** y se produce: (...) 5. Por edad” (Negrillas no textuales).*

Asimismo, en el artículo 122 de dicha disposición, y con relación a la causal de retiro forzoso, consagraba que:

*“(...) La edad de sesenta y cinco (65) años constituye **impedimento para desempeñar cargos públicos, salvo para los empleos señalados en el inciso segundo del artículo 298 del Decreto Nacional 2400 de 1968, adicionado por el 3074 del mismo año**”.* (Negrillas no textuales).

De todo lo anterior se colige que, en vigencia del Decreto 2400 de 1968 (derogado con la expedición de la Ley 1821 de 2016), se preveía que el retiro obligatorio por edad de los servidores públicos era a los 65 años.

Ahora bien, debe señalarse que la Honorable Corte Constitucional, en varias sentencias, manifestó que la aplicación de esta disposición normativa debía ser razonable; se traerán a colación algunas de ellas. Verbigracia, en la Sentencia de Tutela 012 de 2009, vertió los siguientes argumentos:

*“(...) la administración procede a la desvinculación del accionante del servicio, conforme **con una simple aplicación objetiva de las normas de retiro forzoso del servicio por cumplimiento de la edad de 65 años, sin hacer una valoración de sus circunstancias particulares, como son (i) la entera dependencia de su salario para la satisfacción de sus necesidades; y (ii) la falta de respuesta de fondo de la solicitud de pensión que había presentado, privándolo con ese proceder, desproporcio-***

⁷ Decreto 1950 de 1973 “Por el cual se reglamentan los Decretos-leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil”, disponible en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/view-Document.asp?ruta=Decretos/30019376>, consultado el 03 de julio de 2019, a las 07:51 a.m.

⁸ El artículo 29 en mención enuncia lo siguiente: “La persona retirada con derecho a pensión de jubilación no podrá ser reintegrada al servicio, salvo cuando se trate de ocupar las posiciones de Presidente de la República, Ministro del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, Superintendente, Viceministro, Secretario General de Ministerio o Departamento Administrativo, presidente, Gerente o Director de Establecimientos Públicos o de empresas Industriales y Comerciales del Estado, miembro de misiones diplomáticas no comprendidos en la respectiva carrera y secretarios privados de los despachos de los funcionarios de que trata este artículo. Por necesidades del servicio, el gobierno podrá ampliar estas excepciones siempre y cuando que el empleado no sobrepase la edad de sesenta y cinco (65) años”.

*nado e injustificado, de la posibilidad de percibir un ingreso que le permita proveerse su subsistencia y la de su familia, con lo cual se vulnera su derecho fundamental al mínimo vital (...) la Secretaria de Educación de Bogotá vulneró el derecho fundamental del accionante al mínimo vital, al haberlo retirado del servicio por haber cumplido la edad de retiro forzoso de 65 años, **sin haber realizado una valoración de sus circunstancias particulares que consultara y garantizara la protección de sus derechos fundamentales**”.* (Negrillas no textuales).

Asimismo, en la Sentencia de Tutela T- 865 de 2009 sostuvo una posición semejante, al referir que:

*“(...) Por otra parte, la administración procede a la desvinculación del accionante del servicio, conforme con una simple aplicación literal de las normas de retiro forzoso del servicio por cumplimiento de la edad de 65 años, **sin hacer una valoración conforme a los mandatos constitucionales de sus circunstancias particulares, como son (i) la entera dependencia de su salario para la satisfacción de sus necesidades; y (ii) el hecho de que el reconocimiento de la pensión del actor se vería truncada por la mora en el pago de los aportes a la seguridad social, hecho imputable a la entidad de salud, privándolo con ese proceder, desproporcionado e injustificado, de la posibilidad de percibir un ingreso que le permita proveerse su subsistencia y la de su familia, con lo cual se vulnera su derecho fundamental al mínimo vital**”.* (Negrillas no textuales).

A su turno, en el año 2010, por vía de tutela refirió que era necesario observar, en vigencia de esa norma “*las características peculiares, tanto fácticas como jurídicas de los trabajadores en cada caso concreto, porque estos son sujetos de la tercera edad y por ende titulares de una especial protección constitucional. (...)*”⁹. Esta posición fue, en similar forma, acogida en sentencia de febrero 7 de 2013 (radicado 25000-23-25-000-2007-01185-01(1232-09) por parte del H. Consejo de Estado, al señalar que “*(...) la aplicación de la edad de retiro forzoso como causal de retiro debe ser razonable, atendiendo a las circunstancias especiales de cada servidor, pues se trata de personas de la tercera edad y por ende son sujetos de especial protección constitucional, lo contrario podría implicar la vulneración de sus derechos fundamentales, entre ellos el mínimo vital, al privarlo del ingreso necesario para cubrir sus necesidades*”.

⁹ República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T 487 de 2010, Referencia: expediente T-2534463, Magistrado Ponente: Dr. Juan Carlos Henao Pérez, Bogotá, DC., el dieciséis (16) de (junio) de dos mil diez (2010).

Las enunciadas decisiones conducían irremediablemente a que, en vigencia del Decreto 2400 de 1968, la Administración ponderara las circunstancias fácticas y jurídicas del caso concreto para proceder con la resolución del retiro forzoso de sus empleados, con miras a no atentar contra el mínimo vital, siendo que si el empleado estaba próximo a la obtención de su pensión de vejez, debía permanecer en el cargo hasta el cumplimiento de los requisitos necesarios para acceder a esta y si en definitiva, no contaba con una expectativa próxima de alcanzar esta prestación, debía procederse con el examen de su situación patrimonial o la evaluación de una eventual devolución de saldos o indemnización sustitutiva (conforme a lo dispuesto sobre el particular en el Artículo 2 (literal p), de la Ley 797 de 2003)¹⁰.

No obstante, con la expedición de la Ley 1821 de 2016 (vigente), esta situación mutó justamente porque, como se verá, con la ampliación de la edad de retiro forzoso de 65 a 70 años, incrementó la posibilidad de que los empleados de la Administración Pública obtuvieran la pensión de vejez¹¹ lo que, a su turno, favorece en la actualidad, su acceso al mínimo vital.

1.2.2. Edad de retiro forzoso en vigencia de la Ley 1821 de 2016

1.2.2.1. Exposición de motivos de la ley

Sea del caso señalar que el aumento de la edad de retiro forzoso para el caso colombiano (de los 65 a los 70 años), tal como se advierte de la lectura de la exposición de motivos de la Ley 1821 de 2016¹² (disposición normativa que será objeto de análisis en lo sucesivo), obedeció a que las

¹⁰ En efecto, dispone esta norma lo siguiente: “p) Los afiliados que al cumplir la edad de pensión no reúnan los demás requisitos para tal efecto, tendrán derecho a una devolución de saldos o indemnización sustitutiva de acuerdo con el régimen al cual estén afiliados y de conformidad con lo previsto en la presente ley”;

¹¹ Recuérdese que la pensión de vejez, conforme a lo expuesto por la H. Corte Constitucional en Sentencia C 247 de 2001, puede definirse como ... “un salario diferido del trabajador, fruto de su ahorro forzoso durante toda una vida de trabajo”. Por lo tanto, “el pago de una pensión no es una dádiva súbita de la Nación, sino el simple que del ahorro constante durante largos años, es debido al trabajador”. Esto muestra que la pensión es un derecho constitucional de amplia configuración legal, pues corresponde a la ley definir los requisitos para acceder a la misma. Además, se trata de un derecho que no es gratuito, pues surge de una acumulación de cotizaciones y de tiempos de trabajo efectuados por el trabajador”.

¹² Cámara de Representantes, Gaceta 1041 del 10 de diciembre de 2015.

expectativas y condiciones de vida de los colombianos habían mutado – para el año 2015 – de manera significativa.

En efecto, se indica en la Gaceta 1041 del 10 de diciembre de 2015, que las políticas públicas¹³ habían procurado el impulso del trabajo en condiciones dignas para la población mayor de edad, específicamente, atendiendo a los escenarios futuros, las capacidades y experiencia de las personas longevas. Aunado a lo anterior, señala que la expectativa de vida en Colombia, para el año 2013, era de 70 años y 4 meses en hombres y de 77 años y 7 meses en mujeres, lo que hacía viable el aumento de la edad correspondiente.

Se deja en evidencia en la precitada Gaceta una disminución en las cifras de mortalidad prematura por enfermedades e infecciones crónicas y un aumento en las condiciones nutricionales, de vacunación, médicas y habitacionales de los colombianos, así como el amparo de los mismos en términos de cobertura de los regímenes de seguridad social.

Por lo anterior, se expuso que era necesario modificar la legislación colombiana que regulaba el retiro forzoso de los servidores públicos, con miras a que coadyuvara a la sostenibilidad del sistema pensional; asimismo, buscando atender a los compromisos adquiridos con la suscripción por parte de Colombia del Plan de Acción de Madrid¹⁴, esto es, una iniciativa de orden internacional que tiene como objetivo principal enfrentar el reto del envejecimiento en el siglo XXI y en el cual se prevén políticas para favorecer la participación efectiva de las personas mayores en las esferas sociales, culturales, políticas y económicas; para el caso concreto de Colombia, de impulsar actitudes que favorecieran a los trabajadores mayores de edad para continuar en sus empleos y generar conciencia sobre su importancia en el mercado laboral. Lo anterior, sin perder de vista que estaban en posibilidad de transmitir su experiencia a nuevas generaciones.

Recuérdese igualmente que este aumento, conforme a lo señalado en la exposición de motivos objeto de análisis, se justificó en virtud del cambio del panorama de las pensiones en el contexto internacional, esto es, la incorporación

¹³ Procuraduría General de la Nación, Trabajo digno y decente en Colombia: seguimiento y control de las políticas públicas, disponible en: [https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/Trabajo%20digno%20y%20decente%20en%20Colombia_%20Seguimiento%20y%20control%20preventivo%20a%20las%20pol%C3%ADticas%20p%C3%BAblicas\(1\).pdf](https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/Trabajo%20digno%20y%20decente%20en%20Colombia_%20Seguimiento%20y%20control%20preventivo%20a%20las%20pol%C3%ADticas%20p%C3%BAblicas(1).pdf), consultado el 04 de febrero de 2020.

¹⁴ Declaración Política y Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento. Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento, Madrid – España, 8 al 12 de abril de 2002, p. 55.

de reformas en los diversos sistemas jurídicos y en los que se hizo ostensible el aumento en la edad de jubilación y la modificación en los sistemas de ahorro pensional.

Por ejemplo, en Francia, se amplió el tiempo de contribución al sector público para la obtención de pensión¹⁵; en Hungría, se incrementó la edad de pensión en forma paulatina, igual que en Irlanda - entre los años 2014 y 2018¹⁶ -. Incluso, hay legislaciones comparadas en las que se valida la permanencia en altos cargos indefinidamente, como ocurre con los magistrados de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América. Por su parte, en países como Uruguay y Ecuador, la edad de retiro forzoso para los funcionarios públicos es de 70 años; igual ocurre en España con los magistrados y los profesores universitarios.

En virtud de lo anterior, el legislador de turno advirtió la tendencia internacional de aumentar las edades de pensión y retiro, estrictamente por "razones de sostenibilidad financiera y búsqueda de un mejor ingreso en la vejez"¹⁷; además, porque se consideró favorecía el incremento de las contribuciones al fondo general de pensiones y permitía un equilibrio pensional entre los aportes y las futuras mesadas de pensión.

En este orden de ideas, se tiene que la razón de ser de la modificación de la edad de retiro forzoso fue justamente darle sostenibilidad al sistema pensional. En efecto, se considera que, ante un panorama de crisis en materia de pensiones a nivel mundial, los diversos sistemas jurídicos latinoamericanos se verán abocados, en algún momento, a aumentar de manera progresiva la edad para obtener la pensión. Lo anteriormente expuesto, sin perder de vista además que el sistema en mención podría verse aún más comprometido -a futuro- ante el aumento de solicitudes de indemnizaciones sustitutivas y devoluciones de saldos de las cuentas de ahorro individual de los afiliados que no tienen una expectativa de pensión por no cumplir con los requisitos previstos en la ley.

¹⁵ En efecto, se especificó que la edad se aumentaría en dos años y de forma progresiva, en el régimen general y regímenes asimilados, así: 4 meses por año a partir del 1 de julio de 2016, hasta alcanzar 67 años en 2023. Ver en la página del Ministerio de Trabajo y economía social; Ministerio de inclusión, seguridad social y migraciones; link: <http://www.mitramiss.gob.es/es/mundo/revista/Revista140/51.pdf>

¹⁶ Se ha convertido en una tendencia en los países europeos el retraso de la edad de jubilación de sus ciudadanos, toda vez que los mismos están abocados a esperar a cumplir de 65 a 67 años aproximadamente, ver en: <https://observatoriodepensiones.com/jubilacion/paises-se-jubilan-mas-tarde/>

¹⁷ Cámara de Representantes, Gaceta 1041 del 10 de diciembre de 2015.

Así las cosas, se concluyó que la edad de retiro forzoso, a más de ser una limitante tanto para ejercer el empleo y la función pública, podía ser establecida por el constituyente y el legislador¹⁸.

1.2.2.2. De la Ley 1821 de 2016

Hechas las precisiones precedentes respecto a la exposición de motivos de la Ley 1821 de 2016, misma en la que se reguló el retiro forzoso, es oportuno traer a colación esta disposición normativa, así:

"ARTÍCULO 1º. (Corregido por el Decreto 321 de 2017, art. 1) *La edad máxima para el retiro del cargo de las personas que desempeñen funciones públicas será de setenta (70) años. Una vez cumplidos, se causará el retiro inmediato del cargo que desempeñen sin que puedan ser reintegradas bajo ninguna circunstancia.*

Lo aquí dispuesto no se aplicará a los funcionarios de elección popular ni a los mencionados en el artículo 1º del Decreto-ley 3074 de 1968.

ARTÍCULO 2º. *La presente ley no modifica la legislación sobre el acceso al derecho a la pensión de jubilación. Quienes a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, accedan o se encuentren en ejercicio de funciones públicas podrán permanecer voluntariamente en los mismos, con la obligación de seguir contribuyendo al régimen de seguridad social (salud, pensión y riesgos laborales), aunque hayan completado los requisitos para acceder a la pensión de jubilación. A las personas que se acojan a la opción voluntaria de permanecer en el cargo, en los términos de la presente ley, no les será aplicable lo dispuesto en el parágrafo 3º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003.*

ARTÍCULO 3º. *Esta ley no modifica el régimen de acceso a ningún cargo público, ni el de permanencia y retiro de los mismos, salvo en la edad máxima de retiro forzoso aquí fijada. Tampoco modifica las condiciones, requisitos, circunstancias y demás situaciones establecidas en el régimen general y los regímenes especiales que regulan el acceso al derecho a la pensión de jubilación.*

ARTÍCULO 4º. (Corregido por el Decreto 321 de 2017, art. 2) *La presente ley rige a partir de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, y en especial las contenidas en los Decretos Ley*

¹⁸ Ob. Cit. Gaceta 1041 del 10 de diciembre de 2015.

2400 de 1968 (artículo 31), 3074 de 1968 (artículo 29), y en los Decretos 1950 de 1973, 3047 de 1989 y 1069 de 2015 (artículos 2.2.6.1.5.3.13 y numeral 4 del artículo 2.2.6.3.2.3)¹⁹.

Antes de hacer precisiones con relación al contenido de estos artículos, es oportuno señalar que, con relación a esta Ley, el Decreto 648 de 2017 dispuso en su Artículo 2.2.11.1.7, lo siguiente:

“A partir de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016, la edad de setenta (70) años constituye impedimento para desempeñar cargos públicos, salvo las excepciones señaladas en el artículo 2.2.11.1.5.

Las personas que antes de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016 tuvieran 65 años o más y continúan vinculadas al servicio público, deberán ser retiradas del servicio. Lo anterior, por cuanto no son destinatarias de la regulación de que trata la citada ley”. (Negritas fuera de texto)²⁰.

Hecha esta consideración es oportuno manifestar que, con la expedición de esta norma, la causal de retiro por edad es forzosa, de manera que el cumplimiento de la edad de los 70 años limita la posibilidad de continuar en el servicio público; sin embargo, oportuno señalar que, este límite de edad no confiere estabilidad, porque, por ejemplo, los funcionarios con cargos de libre nombramiento y remoción como se verá en su oportunidad, no gozan de estabilidad laboral reforzada²¹, razón por la cual en este evento podría configurarse su retiro antes de los 70 años.

De hecho, existen diversas excepciones a la regla general de la edad de retiro forzoso como causal de retiro que devienen de criterios jurídicos -lógicos; así las cosas, la ley aplica a todas las personas que desempeñen funciones públicas a excepción de “los funcionarios de elección

popular y los mencionados en el artículo 1° del Decreto-ley 3074 de 1968²²”.

Por otra parte, es importante hacer alusión a la nominada causal de **retiro por pensión** -consagrada en la Ley 797 de 2003- y en la que se precisa: **a) el reconocimiento previo de la pensión** conforme a lo dispuesto en el Artículo 9°, así: “*considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión*²³. El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones” y **b) “la notificación de la inclusión en la nómina de pensionados correspondiente”** del empleado, conforme a lo señalado por a H. Corte Constitucional en Sentencia C 1037 de 2003²⁴. Se aclara que esta causal de terminación justa del contrato de trabajo o la relación legal y reglamentaria por pensión, en el sector público y privado, es independiente a la causal de retiro forzoso.

Ahora bien, aunque en principio podría pensarse que la causal de retiro por pensión -a la que se hizo alusión en

²² Consagra la norma en mención, en su artículo 1°, lo siguiente: “Quiénes presten al Estado Servicios ocasionales como los peritos; obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra son meros auxiliares de la Administración Pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes” Disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=10478>

²³ Téngase como requisitos para acceder a pensión conforme a lo establecido en el Artículo 33 de la Ley 100 de 1993, los siguientes: 1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre. A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre; 2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo. A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015”.

²⁴ En efecto, a través de esta Sentencia, la Corte Constitucional hizo énfasis en que el Estado debe garantizar la “efectividad de los derechos”, en este caso del empleado, público o privado, retirado del servicio asegurándole la “remuneración vital” que garantice su subsistencia, su dignidad humana y los derechos de los trabajadores. Hizo énfasis además en que “No puede existir solución de continuidad entre la terminación de la relación laboral y la iniciación del pago efectivo de la mesada pensional, precisamente para asegurar al trabajador y a su familia los ingresos mínimos vitales, así como la efectividad y primacía de sus derechos (...) el trabajador particular o servidor público será retirado sólo cuando se le garantice el pago de su mesada pensional, con la inclusión en la correspondiente nómina, una vez se haya reconocido su pensión.

¹⁹ Ley 1821 de 2016, disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=78874>

²⁰ Es oportuno señalar que esta norma zanjó cualquier duda interpretativa respecto a la aplicación retroactiva de la Ley 1821 de 2016 y adicionalmente, estableció que el cumplimiento de los 70 años de edad, constituyen un impedimento para desempeñar cargos públicos.

²¹ Esta estabilidad laboral reforzada es un derecho que implica, conforme a lo dicho por la Corte Constitucional: i) Conservar el empleo; ii) No ser despedido en razón de la situación de vulnerabilidad; iii) Permanecer en el cargo hasta que se configure una causal objetiva que amerite la desvinculación laboral. Para todos los efectos, ver la Sentencia T (la ley aplica a todas las personas que desempeñen funciones públicas a excepción de “los funcionarios de elección popular ni a los mencionados en el artículo 1° del Decreto-ley 3074 de 1968.”)500 de 2019.

el párrafo inmediatamente anterior -no resulta aplicable para ningún servidor público en virtud de la expedición de la Ley 1821 de 2016 que, en el Artículo 2º, previó que a las personas que se acojan a la opción voluntaria de permanecer en el cargo hasta los 70 años **no les será aplicable lo dispuesto en el parágrafo 3o del artículo 9o de la Ley 797 de 2003**²⁵, no debe perderse de vista que, conforme lo señaló la H. Corte Constitucional en Sentencia de Constitucionalidad 003 de 2018, los empleados de libre nombramiento y remoción no gozan de estabilidad laboral reforzada y, por tanto, no podrían optar por permanecer en el cargo voluntariamente.

En efecto, a través de la jurisprudencia del año 2018 -a la que se hizo alusión anteriormente-, la Corte Constitucional fue enfática al señalar lo que se citará:

“por regla general, los empleados públicos de libre nombramiento y remoción²⁶ no gozan de estabilidad laboral reforzada²⁷ (...) los empleados públicos de libre nombramiento y remoción, que relaciona el numeral 2 del artículo 5 de la Ley 909 de 2004, no gozan de estabilidad labo-

²⁵ Así las cosas, desaparece del ordenamiento jurídico la justa causa para dar por terminado el vínculo laboral como consecuencia del reconocimiento de la pensión de vejez.

²⁶ En la Sentencia C-514 de 1994, la Corte Constitucional precisó que los empleos de libre nombramiento y remoción debían obedecer a dos tipos de criterios: (i) bien, a la naturaleza de las funciones, (ii) ora, al grado de confianza para el ejercicio de las funciones. Con relación al primero, “un cargo de libre nombramiento y remoción debe referirse a funciones directivas, de manejo, de conducción u orientación institucional”. Con relación al segundo, indicó que, “los cargos de libre nombramiento y remoción deben implicar un alto grado de confianza, es decir, de aquella que por la naturaleza misma de las funciones a realizar demanda un mayor grado de reserva por parte de la persona que las cumple”. Se trata, entonces, de criterios alternativos, de orden constitucional, que permiten al Legislador atribuir a un determinado empleo público el carácter de libre nombramiento y remoción.

²⁷ En Sentencia T 201 de 2018 la H. Corte Constitucional señaló que el “derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada” deriva directamente del principio y el derecho a la igualdad en el trabajo, y se concreta mediante medidas diferenciales en favor de personas en condición de vulnerabilidad, que en la evolución histórica de la sociedad han sufrido discriminación por razones sociales, económicas, físicas o mentales (...). La estabilidad laboral reforzada implica que los sujetos amparados no pueden ser desvinculados de su puesto de trabajo por razón de la condición que los hace más vulnerables que el resto de la población. Los motivos que lleven a la terminación de su relación laboral deben estar asociados a factores objetivos que se desprendan del ejercicio de sus funciones, y sean verificados por el Inspector de Trabajo cuando se trate de “asuntos individuales y colectivos en el sector privado y de derecho colectivo del trabajo del sector público”, en cumplimiento de las obligaciones internacionales, constitucionales y legales que tiene el Estado colombiano en materia laboral, con el fin de forjar “relaciones laborales en una forma ordenada y constructiva”.

ral reforzada como consecuencia, bien, de las funciones a su cargo o de la suma confianza que exige su labor (...). Para la Sala Plena, con fines de unificación jurisprudencial, cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, no hay lugar a considerar que la persona es beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable²⁸, dado que el requisito faltante de edad puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente. En estos casos, no se frustra el acceso a la pensión de vejez (...).²⁹ (Énfasis nuestro).

De lo antedicho se colige entonces que, para los casos de los empleados de libre nombramiento y remoción, cuando el único requisito que falte para acceder a la pensión de vejez sea la edad y se haya acreditado el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, si se procede a su desvinculación, no se ve frustrado el acceso a la pensión de vejez, razón por la cual no es viable considerar que deba concederse el beneficio de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, toda vez que el requisito faltante, relativo a la edad de pensión, puede cumplimentarse con independencia de si el servidor público está o no vinculado laboralmente.

No obstante, parece ser que la interpretación que da la Honorable Corte Constitucional para el caso de los funcionarios de libre nombramiento y remoción, habilita un trato diferencial respecto a varios de los servidores públicos que sí tendrían la posibilidad de ejercer sus funciones hasta el cumplimiento de la edad de retiro forzoso, esto es, los setenta años, en la medida en que, como se vio, estos serían retirados del cargo sin posibilidad de acogerse voluntariamente a la Ley 1821 de 2016 y continuar en el cargo hasta los 70 años. A su turno, se considera que en estos casos debería atenderse a las circunstancias parti-

²⁸ Conforme a lo expuesto por la H. Corte Constitucional en Sentencia SU-897 de 2012, “los prepensionados, serán aquellos servidores que cumplan con los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez dentro de los tres años siguientes o, en otras palabras, aquellos a los que les falte tres años o menos para cumplir los requisitos que les permitirían acceder a la pensión de jubilación o vejez”; 61. Así las cosas, en principio, acreditan la condición de “prepensionables” las personas vinculadas laboralmente al sector público o privado, que están próximas (dentro de los 3 años siguientes) a acreditar los dos requisitos necesarios para obtener la pensión de vejez (la edad y el número de semanas -o tiempo de servicio- requerido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o el capital necesario en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad) y consolidar así su derecho a la pensión”.

²⁹ República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia 003 de 2018, Referencia: T- 5.712.990, Magistrado Ponente: Carlos Bernal Pulido, Bogotá D.C., ocho (8) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

culares de cada servidor público como ocurría, en su momento, en vigencia del Decreto 2400 de 1968, en el que sí se analizaba detalladamente si podía estarse ante la vulneración de los derechos del funcionario como el del trabajo, el mínimo vital, la seguridad social, entre otros.

Es preciso manifestar que la edad de retiro forzoso no confiere estabilidad; es decir, no puede entenderse que a partir de la Ley 1821 de 2016 no procede el retiro de los servidores públicos sino hasta la llegada a la edad de 70 años, toda vez que aún para funcionarios que tienen fuero de estabilidad pueden darse las demás causales de retiro dispuestas por la ley y desde luego, para los empleados de libre nombramiento y remoción **siempre operará el retiro discrecional**. Por otra parte, la ponderación de las circunstancias especiales sobre el mínimo vital se dio en la jurisprudencia solamente para el retiro por edad, no para el retiro por pensión.

Ahora bien, es preciso señalar que conforme a lo expuesto por el H. Consejo de Estado en Concepto 2326 de 2017, el articulado de la Ley 1821 de 2016 tuvo dos consecuencias: i) aumentar la edad de retiro forzoso hasta los 70 años para cargos, posiciones y funciones públicas que se encontraban sometidas a la máxima de los 65 años y ii) someter a la edad de retiro forzoso a aquellos servidores públicos que ejerzan permanentemente funciones públicas **y que no estaban sometidos a dicha causal de retiro** (salvo los funcionarios de elección popular y los enunciados en el Artículo 1° del Decreto 3074 de 1968³⁰, esto es: ocasionales como los peritos; obligatorios como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra, toda vez que estos últimos son meros auxiliares de la Administración Pública); sin embargo, en este concepto tampoco hay un pronunciamiento expreso -de esta Corporación- respecto a los empleados de libre nombramiento y remoción situación que, se insiste, podría habilitar un tratamiento diferencial de estos servidores públicos, respecto a los demás, en especial, cuando para los empleados de libre nombramiento y remoción siempre operará el retiro discrecional.

Por otro lado, es necesario no perder de vista que, en vigencia de la actual Ley 1821 de 2016 y con relación al retiro de servidores públicos que cumplieron la edad de retiro forzoso (y les falta un tiempo considerable para llenar el requisito de las semanas cotizadas que se re-

quieran para tener derecho a la pensión de vejez y manifiesten que están en imposibilidad de seguir cotizando), señaló el Departamento Administrativo de Función Pública, a través del concepto 45932 de 2019³¹, que estos deberán ser retirados del servicio y tendrán derecho al beneficio de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, de conformidad con lo previsto en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993.

Adicionalmente señaló el DAFP que, para aquellos servidores que cumplan la edad de retiro forzoso y falte un tiempo "relativamente corto" para cumplir el requisito de las semanas exigidas en la ley para tener derecho a la pensión de jubilación o que se encuentran adelantando la gestión para su inclusión en la nómina de pensionados, la Administración podrá permitir que continúen laborando, toda vez que a estas personas se les dificulta emplearse a su edad en otras entidades de orden público o privado, lo que impediría que siguieran cotizando y percibiendo ingresos durante este tiempo.

No obstante lo anterior, en Concepto 2434 del 13 de diciembre de 2019, la Sala de Consulta y Servicio Civil del H. Consejo de Estado señaló que los funcionarios cobijados por la Ley 1821 de 2016 pueden permanecer en el servicio hasta la edad de 70 años pero, en el evento en que hubieran sido retirados a través de acto administrativo ejecutoriado, **podrán volver a ser vinculados**, con sujeción a la edad de retiro forzoso prevista legalmente; en todo caso, una vez ejecutoriado el acto de desvinculación – esto es, retirada la persona del servicio –, es improcedente la revocatoria del retiro; lo expuesto, sin perjuicio de que **pueda efectuarse un nuevo nombramiento**³².

Respecto a los no beneficiarios de la Ley 1821 de 2016, y en los términos y condiciones establecidos en el párrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, señala la Corporación en mención que la Administración, previamente a disponer su retiro por la causal de arribo a la edad de retiro (65 años) y ante la renuncia a adelantar los trámites respectivos, debe solicitar y obtener el reconocimiento pensional, y la respectiva inclusión en nómina. Se precisa además que lo expuesto resulta aplicable a aquellos servidores renuentes a solicitar el reconocimiento de la pensión, con independencia del régimen al que están afiliados.

³⁰ A través de este Decreto se modificó y adicionó el Decreto 2400 de 1968; disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=10478>, consultado el 14 de julio de 2020.

³¹ Departamento Administrativo de Función Pública, Concepto 45932 de 2019, disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=91253>

³² República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Número Único: 11001-03-06-000-2019-00183-00, C.P. Germán Alberto Bula Escobar, 13 de diciembre de 2019, p. 20.

Finalmente, con relación a los servidores con fuero sindical que llegaren a la edad de retiro forzoso, refiere el Consejo de Estado que la administración está en la obligación de acudir ante los jueces en solicitud del levantamiento del fuero correspondiente, con base en dicha causal; lo expuesto, en virtud del derecho de sindicalización al que se apareja el fuero sindical³³.

Así las cosas, se vislumbra que son diversos los criterios que se tienen con relación a la continuidad en el servicio público, una vez llegada la edad de retiro forzoso y que ha sido, por vía jurisprudencial, que se han establecido las particularidades de esta figura.

1.3. Aproximación jurisprudencial

Surtidas las consideraciones antecedentes, se tiene que el panorama jurisprudencial de la figura Edad de Retiro Forzoso es el siguiente:

1.3.1. En vigencia de la edad de retiro forzoso a los 65 años (Decreto 2400 de 1968).

- » Mediante sentencia C-351 de 1995, la Honorable Corte Constitucional declaró la exequibilidad del artículo 31 del Decreto 2400 de 1968 que fijaba en 65 años el retiro forzoso para los empleados de la Rama Ejecutiva, sustentando su decisión en que la consagración de esta disposición atendía al principio básico de **autonomía legislativa**; en efecto, la Corte consideró que se pretendía, a través de la misma *“brindar oportunidades laborales a otras personas, sobre la base de relevar a quienes ya habían cumplido una etapa laboral en su vida al servicio del Estado”*. Señaló además que *“(…) Los cargos públicos no pueden ser desarrollados a perpetuidad, ya que la teoría de la institucionalización del poder público distingue la función del funcionario, de suerte que éste no encarna la función, sino que la ejerce temporalmente (...)”*³⁴.

- » Posteriormente, en sentencia C-563 de 1997³⁵, esa Corporación ratificó la constitucionalidad de las normas que consagraban el cumplimiento de una edad específica como causal de retiro forzoso, declarando la exequibilidad de un aparte del artículo 31 del Decreto Ley 2270 de 1979, que se refería a los 65 años como la edad de retiro para los educadores oficiales, precisando y reafirmando que era posible referirse a la fijación de esa edad como causal de desvinculación del servicio público y se constituía como una medida en virtud de la cual, el Estado “redistribuye y renueva un recurso escaso, como son los empleos públicos, con la finalidad de que todos los ciudadanos tengan acceso a éste en condiciones de equidad e igualdad de oportunidades (...)”.

1.3.2. En vigencia de la edad de retiro forzoso a los 70 años (Ley 1821 de 2016)

- » Ahora bien, en Sentencia C 084 del 29 de agosto de 2018³⁶ esa Corporación se abocó al estudio de la materia, a propósito de las demandas de inconstitucionalidad interpuestas contra la Ley 1821 de 2016. En esta oportunidad, se centró en el estudio del derecho de renovación generacional, haciendo énfasis en que la función pública debe permitir el relevo de la persona que desempeña un cargo cuando se llega a una edad específica, concretamente, la de retiro forzoso (en la que se asume ha culminado satisfactoriamente una etapa laboral al interior del servicio público). Igualmente insistió en que esta afirmación se sustentaba en el hecho mismo de que, como acertadamente prevé el artículo 40.7 de la Constitución Política de Colombia, todos los ciudadanos están facultados para participar en el ejercicio, control y conformación del poder político accediendo, para el caso concreto, al ejercicio de cargos y funciones públicas.

Consideró que la definición de la edad respectiva en una legislación obedecía no solo a un criterio de estricta longevidad, sino a las características propias de cada país, así como a las necesidades de la Admi-

³³ Ibidem, p. 21.

³⁴ República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C 351 de 1995, Actor: Hernando Barliza Zubiria, Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, Santafé de Bogotá, D.C., nueve (9) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

³⁵ República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-563/97, Actor: Diego Arizabaleta Calderón, Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 31 (parcial) del Decreto-Ley 2277 de 1979, “Por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente”, Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, Santa Fe de Bogotá, D.C., noviembre seis (6) de mil novecientos noventa y siete (1997).

³⁶ República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C 084 de 2018, Demandas de inconstitucionalidad contra la Ley 1821 de 2016, “Por medio de la cual se modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas”, Magistrado Sustanciador: Luis Guillermo Guerrero Pérez, Bogotá DC, veintinueve (29) de agosto de dos mil dieciocho (2018).

nistración Pública. Indicó además que con el artículo 1° de la citada ley, se aumentaba la edad de retiro forzoso para los 70 años para cargos en los que ya se consagraba como máxima la de 65 años conforme a la legislación anterior (esto es, el Decreto 2400 de 1968), sometiendo igualmente a esta edad de retiro forzoso a los servidores públicos y particulares que desempeñan funciones públicas que no se encontraban sujetos a esta causal de retiro.

En el mismo sentido, precisó que el aumento referido en la edad también se encontraba cimentado en criterios de carácter objetivo como la expectativa de vida promedio de la población colombiana o las necesidades de renovación de mercado laboral conforme a la productividad del sistema económico nacional y que la Ley demandada no surtía modificación alguna en términos de las condiciones para acceder a la pensión de jubilación, sino que habilitaba a aquellos que, pese a contar con el reconocimiento de dicha prestación y a voluntad, querían continuar trabajando hasta los 70 años.

Se hizo énfasis también en que la modificación de la edad de retiro forzoso de los 65 a los 70 años, no sustituye o deroga la necesidad de demostración de las calidades de experiencia, competencia, idoneidad moral o académicas requeridas para acceder a un empleo, toda vez que la ley no asocia la idoneidad en el servicio a la variable de la edad; esto, en la medida en que no hay límite en la separación del cargo en los supuestos en que una persona incurra en una calificación insatisfactoria o cuando, por discrecionalidad y en los casos de libre nombramiento y remoción, se quisiera mejorar el servicio o, en definitiva, cuando finalizara el periodo, según fuera el caso. En estas condiciones, la ley no pretendía dejar a perpetuidad a ningún funcionario en el cargo, puesto que, sin perjuicio del aumento de la edad de causal de retiro forzoso, no mutaban las reglas de acceso, permanencia y retiro en el servicio.

Para los fines de este escrito, se destaca lo dicho por la Corte respecto a la forma en que, con la Ley 1821 de 2016, se pretendió la actualización de la regla de retiro forzoso atendiendo a la variación de la expectativa de vida originada en la modificación de las condiciones de carácter socio económico en Colombia en las últimas cinco décadas, así:

INDICADOR ESPERANZA DE VIDA AL NACER POR SEXO: 1965 - 2020.

Quinquenio	Hombres	Mujeres	Ambos sexos
1965-1970	58.33	61.83	60.04
1970-1975	59.70	63.85	61.72
1975-1980	61.76	66.25	63.95
1980-1985	63.62	70.22	66.84
1985-1990	64.65	71.52	67.99
1990-1995	65.34	73.37	69.25
1995-2000	67.07	74.95	70.90
2000-2005	69.00	76.31	72.56
2005-2010	70.67	77.51	74.00
2010-2015	72.07	78.54	75.22
2015-2020	73.08	79.39	76.15

Se tiene, como lo enuncia esa Corporación, que esta variación puede tener origen en diversos aspectos como el control de enfermedades de carácter infeccioso, el nivel educativo, el incremento de los servicios médicos, el desarrollo de tecnologías en ciencias de la salud, entre otros. Además, con la expedición de esta Ley se buscó que el servicio público contara con la experiencia de las personas mayores en la medida en que, en su sentir, el conocimiento tácito - que no explícito - se adquiere a través de esta experiencia, misma con la que contaban las personas mayores y que resultaba necesaria para las instituciones; lo anterior, sin desconocer el crecimiento que, en términos de población, tuvieron los mayores.

A este respecto, valdría la pena señalar que la emergencia sanitaria por COVID - 19 podría, en algún punto, impactar la forma en que están concebidos y regulados los sistemas de ahorro pensional (públicos y privados), en especial, si se tiene en cuenta que las personas mayores y con patologías subyacentes se constituyen como la principal población en riesgo³⁷.

A su turno y sin perjuicio que, como se ha venido exponiendo hasta este punto la edad de retiro forzoso de los servidores públicos es a los 70 años, esta podría modificarse en virtud de una potencial disminución de la población de adultos mayores no solo a nivel nacional, sino en el contexto mundial; téngase como punto de referencia lo ocurrido en el continente europeo, donde la mitad de las muertes por COVID -19 fueron en hogares de ancianos³⁸, igualmente, no debe perderse de vista los potenciales rebotes de la enfermedad en el escenario internacional³⁹. Todo lo anterior, genera incertidumbre respecto al comportamiento del sistema pensional mundial y, con ello, su regulación.

³⁷ OMS, Preguntas y respuestas sobre la COVID-19 para personas mayores, disponible en: <https://www.who.int/es/news-room/q-a-detail/q-a-on-on-covid-19-for-older-people>, consultado el 30 de junio de 2020.

³⁸ CNN, El mundo sacrificó a sus ancianos en la carrera de proteger los hospitales. El resultado fue una catástrofe en los asilos, disponible en: <https://cnnespanol.cnn.com/2020/05/26/el-mundo-sacrifico-a-sus-ancianos-en-la-carrera-por-proteger-los-hospitales-el-resultado-fue-una-catastrofe-en-los-hogares-de-ancianos/>, 26 de mayo de 2020.

³⁹ Economía Digital, Nueva alarma de la OMS sobre un rebrote al estilo de la gripe española, disponible en: https://www.economia-digital.es/politica-y-sociedad/oms-y-coronavirus-un-rebote-como-el-de-la-gripe-espanola_20076498_102.html, Barcelona, 26 de junio de 2020.

» Hecha las consideraciones antecedentes, es oportuno señalar que, en Sentencia C-135 de 2018⁴⁰, la Corte se refirió al retiro forzoso a propósito de las consideraciones vertidas en la Sentencia C-084 de 2018, concretamente, al desarrollo normativo de esta figura. En efecto, volvió a pronunciarse respecto a la Ley 65 de 1967, el Decreto 2400 de 1968 y la Ley 1861 de 2016 enfatizando en que, con dicha norma, solo se aumentaba de los 65 a los 70 años y que no se surtían modificaciones con relación al cumplimiento de los requisitos sustanciales para adquirir el derecho a la pensión de jubilación (edad, número de cotizaciones o tiempo de servicio) ni respecto a los términos del régimen de ingreso, permanencia y retiro del servicio público. Contrariamente, con el aumento de la edad se amplía la probabilidad de que las personas puedan cumplir con los requisitos para acceder a una pensión; adicionalmente, al subsistir el deber de cotización, quien quiera seguir desempeñando funciones públicas, está abocado a seguir contribuyendo al régimen de seguridad social, lo que favorece la sostenibilidad financiera y la preservación de aportes de solidaridad, ampliando la cobertura del referido derecho.

Además, no se observó el cambio de las condiciones materiales de protección laboral de aquellos que ejercen función pública ni la alteración de requisitos de acceso al empleo público o la adopción de medidas que favorecieran la disminución de recursos necesarios para asegurar el pago de derechos y prestaciones que corresponden a los servidores del Estado. Igualmente, no se modificó el disfrute del derecho al retiro, en la medida en que no se afectaron las condiciones de acceso a la pensión de vejez, ni se instó con carácter obligatorio al servidor a permanecer en el cargo hasta el término de los 70 años.

Se insiste en que la ley amplió el ámbito de goce del derecho al trabajo en la medida en que generó la posibilidad de retener a favor del servicio público a personas mayores con experiencia y atendiendo al aumento de la expectativa promedio de vida de la población; lo anterior, sin perjuicio de que se favorecieron las garantías al derecho al mínimo vital y a la seguridad social.

⁴⁰ República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-135/18, Referencia: Expedientes D-11948 y D-11966 (acumulados), Asunto: Demandas de inconstitucionalidad contra la Ley 1821 de 2016, "por medio de la cual se modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas", Demandantes: Jesús Aureliano Gómez Jiménez, Enrique Javier Correa de la Hoz, Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez, Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez, veintiocho (28) de noviembre de dos mil dieciocho (2018).

Igualmente, pese a que el aumento de la edad de retiro forzoso puede impactar en la posibilidad de acceso a los jóvenes al servicio público, no la elimina. Además, permite que durante más tiempo las personas puedan seguir cotizando al sistema de seguridad pensonal, cumpliendo los requisitos de semanas de pensión o ahorro necesario para acceder a una pensión de vejez; lo anterior, sin perjuicio de la posibilidad de mejorar el acceso a la pensión.

Así las cosas, se concluye que no se estaba frente a una medida regresiva, toda vez que con la ley se buscaba ampliar, en el ámbito jurídico, el goce del derecho al trabajo al dar la opción de retener a favor del servicio público a personas mayores, que contaran con experiencia.

Visto el panorama jurisprudencial y normativo que precede, es claro que fueron dos normas las que se encargaron de dar tratamiento de la edad de retiro forzoso para los servidores públicos. La primera de ellas, el Decreto 2400 de 1968, en la que se estableció como tal los 65 años. Esta norma resultó aplicable hasta el 31 de diciembre de 2016, toda vez que a partir del 01 de enero de 2017 entró en vigencia la Ley 1821 de 2016, esto es, la segunda disposición normativa que reguló la figura. Debe señalarse que a través de la precitada Ley y como se vio, se aumentó la edad de retiro forzoso a los 70 años.

Sin embargo, habrá que señalar que el Congreso de la República no consagró en la Ley 1821 de 2016, un régimen de transición ni para aquellos que se encontraran próximos al cumplimiento de la edad de retiro forzoso (esto es, los 65 años antes de su entrada en vigencia), ni para permitir que quienes hubieran llegado a esa edad en una fecha anterior a la publicación de la ley en cita, pudieran acogerse a la nueva edad de retiro forzoso. Así las cosas, se concluyó que “la aplicación de la Ley 1821 de 2016 corresponde, en forma simple, al “efecto general inmediato” de las leyes, esto es, que no regula situaciones jurídicas consolidadas con anterioridad a su entrada en vigencia, sino solamente situaciones jurídicas que no hayan nacido en ese momento y situaciones jurídicas que se iniciaron con la legislación anterior pero que no se habían consolidado (efecto retrospectivo)”⁴¹.

⁴¹ Concepto Nro. 2326 del 08 de febrero de 2017, Ob. Cit.



APLICACIÓN DE LA LEY EN EL TIEMPO.

A propósito de la irretroactividad de la Ley 1821 de 2016

Por otro lado, con respecto a la aplicación de la Ley 1821 de 2016 en el tiempo, existen una multiplicidad de conceptos emitidos por el Departamento Administrativo de la Función Pública. No obstante, lo anterior, antes de analizar los conceptos enunciados, es oportuno aclarar que la senda expedición de los mismos tuvo origen en la falta de claridad del Artículo 2° de la Ley 1821 de 2016, situación que condujo a diversas interpretaciones de esta disposición normativa.

- » En el Nro. 1391 del 03 de enero de 2017⁴², indicó que la norma que establece la edad de retiro forzoso puede aplicarse de manera retroactiva; en efecto, señaló que dando aplicación al principio de favorabilidad y acogiendo la interpretación más beneficiosa para el trabajador, se “considera que el nuevo régimen que concibe la edad de retiro forzoso a partir de los 70 años de edad, cobra vigencia desde el 30 de diciembre de 2016, y es aplicable a quienes accedan o se encuentren en ejercicio de funciones públicas, es decir, si la persona antes de la entrada en vigencia de la citada Ley cumplió 65 años de edad y no había sido retirada del servicio mediante acto administrativo que se encontrara en firme antes de entrar en vigor la Ley 1821 de 2016, podrá decidir si continúa en el cargo o si se retira del servicio”.

No obstante ello, esta postura varió significativamente en los siguientes conceptos emitidos por parte del enunciado Departamento Administrativo de la Función Pública, como se verá:

- » En Concepto 58611 del 06 de marzo de 2017, esta entidad manifestó que “en virtud del principio de irretroactividad de la ley, no pueden aplicarse válidamente hacia el pasado normas jurídicas para resolver situaciones consolidadas y definidas con la normatividad vigente al momento de producir los actos administrativos (...) la Ley 1821 de 2016 rige a partir de su vigencia y no será aplicable a los empleados públicos que hubiesen cumplido 65 años en un determinado lapso anterior a la publicación de la ley, no resultando viable el reintegro del empleado al cargo que venía desempeñando”⁴³.
- » Igualmente, en Concepto Nro. 20176000086511 del 06 de abril de 2017, señaló que las situaciones jurídicas que se hubieran consolidado antes de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016, deben ser resueltas por la “autoridad nominadora” de conformidad con la normatividad vigente al momento de configurarse la causal de retiro del servicio, en virtud de la imposibilidad de aplicar, hacia el pasado, normas jurídicas pos-

⁴² Departamento Administrativo de la Función Pública, Concepto 1391 de 2017, disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=83354>, consultado el 09 de julio de 2019, a las 03:59 p.m.

⁴³ Departamento Administrativo de la Función Pública, Concepto 58611 del 06 de marzo de 2017, disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=80015>, consultado el 11 de julio de 2019 a las 09:02 a.m.

teriores con miras a resolver situaciones consolidadas y definidas con la normatividad vigente al momento de la producción de los actos administrativos⁴⁴.

- » A su turno a través de Concepto Nro. 20196000057371 del 25 de febrero de 2019, manifestó que “quienes hayan cumplido la edad de 65 años antes de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016 (30 de diciembre de 2016) y aún continúan en ejercicio de sus funciones por necesidad del servicio o su retiro no se haya producido por cualquier motivo (...) no podrán permanecer voluntariamente en sus cargos hasta los setenta (70) años de edad, pues no son destinatarios de la precitada regulación legal, debiendo entonces, ser retirados del servicio conforme a la normatividad vigente al momento de configurarse la causal de retiro”⁴⁵.

De todo lo anterior se concluye que no puede aplicarse de manera retroactiva la Ley 1821 de 2016 a aquellos empleados públicos que hubieran cumplido 65 años antes de su publicación, siendo además improcedente su continuidad o permanencia voluntaria en el cargo hasta los 70 años, en la medida en que no son destinatarios de esta regulación legal, debiendo entonces ser retirados del servicio conforme a la norma vigente al momento de configurarse la causal del retiro; en igual sentido, resulta inviable su reintegro al empleo público.

⁴⁴ Citado en: Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, consejero ponente: Hernando Sánchez Sánchez, Bogotá, D.C., trece (13) de julio de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 25001-23-36-000-2017-00561-01(AC), Actor: Eduardo González Montoya, Demandado: Presidencia de la República Y Ministerio de Justicia y del Derecho

⁴⁵ Departamento Administrativo de la Función Pública, Concepto 57371 de 2019, disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=91241>, consultado el 11 de julio de 2019 a las 09:15 a.m.



Alcance disciplinario de la no separación del cargo llegada la edad de retiro forzoso

3.1. Retiro forzoso en el ámbito disciplinario

Ahora bien, toda vez que procede el retiro del servicio de un servidor público por parte de la Administración una vez se llegue a la edad de retiro forzoso, habrá que hacer precisiones respecto a la injerencia disciplinaria que tendría la continuidad del funcionario en el cargo, en este evento.

» Causal de mala conducta

Para todos los efectos, es oportuno señalar que el artículo 120 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973⁴⁶ preveía que: ***“el empleado que tenga derecho a pensión de jubilación o llegue a la edad de retiro, está obligado a comunicarlo a la autoridad nominadora, tan pronto cumpla los requisitos, so pena de incurrir en causal de mala conducta.”*** (Negrillas fuera de texto).

Así las cosas - en vigencia de este Decreto - se entendía que constituía una causal de mala conducta llegar a la edad de retiro forzoso sin haber informado a la autoridad nominadora sobre tal evento. Es decir, el servidor público estaba en la obligación de informar al nomina-

dor sobre el advenimiento de su edad de retiro forzoso. Esta situación era reprochable disciplinariamente toda vez que, conforme al inciso 2º del artículo 50 de la Ley 734 de 2002, ***“Los comportamientos previstos en normas constitucionales o legales como causales de mala conducta constituyen falta disciplinaria grave o leve si fueren cometidos a título diferente de dolo o culpa gravísima.”*** (Negrillas fuera de texto).

Sin embargo, esta disposición normativa fue derogada el artículo 4º de la Ley 1821 de 2016⁴⁷, así:

“ARTÍCULO 4º. (Corregido por el Decreto 321 de 2017, art. 2) La presente ley rige a partir de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, y en especial las contenidas en los Decretos Ley 2400 de 1968 (artículo 31), 3074 de 1968 (artículo 29), y en los Decretos 1950 de 1973, 3047 de 1989 y 1069 de 2015 (artículos 2.2.6.1.5.3.13 y numeral 4 del artículo 2.2.6.3.2.3)” (Negrillas no textuales).

Como consecuencia de la derogatoria antes indicada, la causal de mala conducta desaparece del ordenamiento jurídico.

⁴⁶ El artículo en mención fue derogado en lo pertinente por el Artículo 59 del Decreto 482 de 1985 y compilado por el Decreto 1083 de 2015, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.

⁴⁷ Declarada íntegramente exequible, como se desprende de la lectura del numeral segundo del resuelve de la Sentencia C 084 de 2018.

» Inhabilidad

En tratándose de la edad de retiro forzoso como causal de inhabilidad habrá que hacer alusión a un pronunciamiento del H. Consejo de Estado⁴⁸, mismo en el que se preveía como tal— en vigencia del Decreto 2400 de 1968— la permanencia en el cargo una vez superada la edad de los 65 años, así:

“Vale decir, en otros términos, que la edad de sesenta y cinco años constituye una prohibición para desempeñar cargos oficiales del nivel nacional; será sobreveniente si alcanza esa edad el empleado en pleno ejercicio de funciones; será inhabilitante si la persona nombrada o elegida la ha sobrepasado antes de asumir el destino. Que en el primer caso, impide continuar desempeñando el empleo, de tal manera que la renuncia oportuna o la insubsistencia son la solución; mientras que en el segundo supuesto es el acto de designación susceptible de ser demandado ante la jurisdicción contencioso administrativa, por arrojar vicios de nulidad por violación de los preceptos constitucionales y legales examinados.

La Corte Constitucional dijo sobre el particular:

Las inhabilidades tienen como objetivo fundamental no sólo impedir que una persona que se encuentra afectada por una de ellas, sea elegida o designada en un cargo público, sino que además como lo prevé el artículo 6 acusado, respecto de quienes surgiera una de las causales descritas, en forma sobreveniente, pueden ser declaradas insubsistentes, con lo que se pretende mantener y garantizar los principios enunciados de dignidad, eficiencia e idoneidad en la noble tarea de administrar justicia. (Sentencia C-509/94 sobre el D. 1888/89, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara).

La Sala en oportunidades pasadas ha definido los conceptos de calidad, inhabilidad e incompatibilidad, así:

Inhabilidad es defecto o impedimento para obtener un cargo, empleo u oficio. Calidad es el estado de una persona, su naturaleza, su edad y demás circunstancias y condiciones que se requieren para un cargo o dignidad; podrían tenerse las calidades para un cargo, pero estar inhabilitado para ello, o lo contrario. Incompatibilidad es impedimento, prohibición o tacha para ejercer una actividad determinada cuando se ocupa un cargo.

Según el Diccionario de la Lengua Española, calidad es el estado de una persona, su naturaleza, su edad y demás circunstancias y condiciones que se requieren para un cargo o dignidad, y la inhabilidad es el defecto o impedimento para obtener o ejercer un empleo u oficio, o como dice el artículo 279 de la Ley 5ª de 1994, que contiene el reglamento del Congreso, respecto de la inhabilidad: todo acto o situación que invalida la elección de congresista o impide serlo.

De esta manera, la falta de calidades o la presencia de inhabilidades son vicios del acto de elección o nombramiento, pues tienen presencia desde antes de producirse esa decisión.

En reciente ocasión dijo la Sala:

Según lo expuesto, bien podría ocurrir que se tuvieran calidades para un cargo, pero se estuviera inhabilitado para obtenerlo, o lo contrario. Y también que lo que constituye incompatibilidad cuando se ejerce un cargo o por haberlo ocupado sea, a un tiempo, motivo de inhabilidad para obtener otro cargo.

La falta de calidades y las causas de inhabilidad, cuando son circunstancias anteriores, hacen nulo el nombramiento o la elección de que se trate, y la nulidad que determinan es vicio de origen, no así las incompatibilidades, que son circunstancias posteriores, y sus consecuencias, entonces, con otras, generalmente de carácter disciplinario.

Desde luego que con posterioridad a la elección o al nombramiento podrían sobrevenir circunstancias que hicieran inhábil al nombrado o elegido para ocupar el cargo o permanecer en el mismo, así, por ejemplo, si se lo castigara con la sanción disciplinaria accesoria de inhabilidad para ejercer funciones públicas, conforme al artículo 30, numeral 1, del Código Disciplinario Único. Pero esas circunstancias posteriores no hacen nula la elección o el nombramiento, solo que el elegido o nombrado no podría ejercer el cargo público para el cual fue elegido o nombrado, en el ejemplo, mientras dure la sanción (...). (Énfasis no textual).

Así las cosas, era clara la configuración de una causal de inhabilidad en vigencia del Decreto 2400 de 1968 toda vez que, al llegar el servidor público a la edad de retiro del servicio (hoy denominado retiro forzoso), surgía para él un impedimento para continuar en el ejercicio del cargo; así la solución, era la renuncia o el retiro del servicio por parte de la Administración, sin perjuicio del juicio disciplinario.

⁴⁸ Sección Quinta, Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado. Proceso No. 2342. 17 de agosto de 2000. C.P. Roberto Medina López

Ahora bien, conforme a la Ley 1821 de 2016 (vigente), aquel servidor público que cumpla 70 años de edad no podrá continuar en la entidad pública ni vincularse a ella en la medida en que se materializa una causal de retiro **obligatorio** - como se ha argumentado a lo largo de este escrito-, quedando además, automáticamente inhabilitado para seguir en el empleo.

» Impedimento

Hechas las consideraciones previas y en lo concerniente a la vigente Ley 1821 de 2016, habrá que señalar que constituye un **impedimento** para desempeñar cargos públicos el cumplimiento de los 70 años de edad, conforme a lo dispuesto en el Artículo 2.2.11.1.7. del Decreto 648 de 2017, que a la letra reza:

*“Artículo 2.2.11.1.7. Edad de retiro forzoso. A partir de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016, la edad de setenta (70) años constituye **impedimento** para desempeñar cargos públicos, salvo las excepciones señaladas en el artículo 2.2.11.1.5”.* (Negrillas fuera de texto original).

No obstante, resulta oportuno enfatizar que “la edad de setenta (70) años constituye impedimento para desempeñar **cargos públicos**, en este contexto el contratista seleccionado bajo las reglas de derecho público en materia de contratación, para la **prestación de servicios profesionales o de apoyo a la gestión no está limitada a una edad específica**”⁴⁹ (Negrillas fuera de texto).

Para entender la razón por la cual los contratistas por prestación de servicios no están impedidos a vincularse contractualmente con el Estado so pena de adquirir el status de pensionados, oportuno hacer referencia a lo expuesto por el Departamento Administrativo de la Función Pública en Concepto 44491 del 2019⁵⁰; en efecto, al hacer expresa alusión a la prohibición de percibir doble asignación del tesoro público, se precisan por parte de este organismo varios aspectos, a saber:

Inicialmente se enuncia que, en efecto, la Constitución Política de Colombia – Artículo 128 - prevé la imposibilidad de desempeñar simultáneamente más de un cargo o recibir más de una asignación proveniente del tesoro pú-

blico, o de empresas o instituciones en los que el Estado tenga mayor parte (salvo en aquellos que expresamente determine la ley).

Hecha esta consideración refiere que, pese a que la Carta Magna consagra esta incompatibilidad, no debe desconocerse que esta está íntimamente vinculada con la remuneración de los **servidores estatales**, esto es, la concurrencia de cargos públicos en una misma persona y, por supuesto, la de recibir más de una asignación proveniente del erario.

En todo caso, hace especial hincapié en que, como se expuso por parte de la H. Corte Constitucional en Sentencia C 133 de 1993, la asignación comprende “(...) **toda clase de remuneración que emane del tesoro público, llámese sueldo, honorario, mesada pensional** (...) (Negrilla no textual)”⁵¹.

Dicho esto, el DAFP hizo referencia al concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado -Radicación No 1344 de mayo 10 de 2001-, en el que se precisó que, sin perjuicio de la aceptación de que la pensión de jubilación es una **asignación**, la incompatibilidad de que trata el 128 constitucional no cobijaba al beneficiario de la misma “en cuanto la prohibición persigue evitar la acumulación de cargos remunerados en un mismo servidor público – **el pensionado no tiene esta connotación, no tiene relación laboral con el Estado** –, con el consiguiente menoscabo de la moralidad administrativa, el acaparamiento de las posiciones públicas, de los empleos y de su retribución pecuniaria”⁵².

Se enunció además que la persona pensionada en el sector público no ostenta la condición de servidor público, razón por la cual los aspectos contenidos en los artículos que hacen referencia a la doble asignación no les resultan aplicables de forma aislada, sino en conexidad con las limitaciones que se imponen a quienes están sometidos a las reglas de la función pública y aquellas excepciones determinadas por el legislador; así las cosas “(...) los pensionados del sector oficial no están impedidos para celebrar contratos con entidades estatales, ni para percibir simultáneamente la asignación de un empleo, en

⁴⁹ Alcaldía Mayor de Bogotá, conceptos jurídicos, disponible en: https://www.serviciocivil.gov.co/portal/sites/default/files/conceptos-juridicos/2017_EE_1143_contrato_prestacion_servicios.pdf
50 Concepto 44491 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública, disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=91419>

⁵¹ República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C 133 de 1993, Referencia: Expediente D-153, Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, Bogotá, D.C., primero (1º) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).

⁵² Concepto Sala de Consulta Nro. 1344 de 2001, Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil, disponible en: https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma_pdf.php?i=9342

caso de ser reincorporado al servicio, todo conforme a la ley. (...) Los beneficiarios de pensiones públicas pueden celebrar contratos de prestación de servicios pagados con recursos provenientes del tesoro público”⁵³

Aunado a lo anterior, enfatiza el DAFP en que los contratos por prestación de servicios no generan relación laboral o prestaciones sociales ni involucran el elemento subordinación; de hecho, se tienen como tales los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades asociadas con la administración o funcionamiento de la entidad, y en el evento de no contar con el personal de planta para tales efectos o requerir conocimientos especializados⁵⁴.

Ahora bien, es preciso señalar que el no retiro del funcionario público llegada la edad de retiro forzoso podría tener consecuencias en el orden disciplinario, de manera específica, para quien tenga a su cargo la desvinculación correspondiente – la autoridad nominadora-, especialmente, cuando no exista justificación alguna en la tardanza del retiro; en efecto, este podría incurrir en las faltas disciplinarias de que trata los numerales 1° y 2° del artículo 34 de la Ley 734 de 200255, concretamente, si se tiene en cuenta que se estarían desconociendo las disposiciones legales que establecen categóricamente la obligatoriedad del retiro, actualmente la Ley 1821 de 2016.

⁵³ Ibidem.

⁵⁴ En efecto, conforme a lo expuesto por el DAFP, en Concepto 21071 de 2016 “el contrato de prestación de servicios, que según el artículo 32 de la ley 80 de 1993, es el suscrito por los entes estatales con personas naturales, para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad que no puedan cumplirse con personal de planta o requieran conocimientos especializados (...)particulares que colaboran con el Estado mediante un contrato de prestación de servicios o cualquier otro, tipificado en la ley 80 de 1993 o producto de la autonomía de la voluntad, no están subsumidos en el contexto de la función pública, ni son, por tanto, servidores públicos y, por lo mismo, no reciben “asignación” en los términos establecidos, lo que hace imposible aplicarles el régimen de estos”. Disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=70397>

⁵⁵ Artículo 34: Son deberes de todo servidor público: 1. Cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, los tratados de Derecho Internacional Humanitario, los demás ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas, los contratos de trabajo y las órdenes superiores emitidas por funcionario competente; 2. Cumplir con diligencia, eficiencia e imparcialidad el servicio que le sea encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o perturbación injustificada de un servicio esencial, o que implique abuso indebido del cargo o función.

3.2. Legalidad de los actos administrativos expedidos por el servidor público que haya alcanzado la edad de retiro forzoso

Analizado el retiro forzoso en el ámbito disciplinario, valdría la pena cuestionar qué pasaría en el evento en el que el servidor público continúe ejerciendo sus funciones llegada la edad de retiro forzoso, de manera específica, qué implicaciones tendría, por ejemplo, que este expidiera actos de carácter administrativo.

Pues bien, en ese sentido debe atenderse a la presunción de legalidad predicable de los actos administrativos y a la cual se ha dado tratamiento desde el derecho administrativo colombiano. En efecto, señala Berrocal que debe considerarse como cierto que:

*“todo acto administrativo ha sido expedido de acuerdo con el ordenamiento jurídico, conforme a las reglas para su creación, tanto desde el punto de vista material, es decir, en relación con su contenido, como desde el punto de vista formal, esto es, en lo concerniente a sus elementos, la competencia, requisitos, trámites, oportunidad y demás aspectos adjetivos para su expedición de cada caso (...) es la denominada ‘presunción de legalidad’, que también recibe los nombres de ‘presunción de validez’, ‘presunción de justicia’ y ‘presunción de legitimidad’ (...) significa que, al desarrollarse y al proyectarse la actividad de la Administración, ello responde a todas las reglas y que se han respetado todas las normas que la enmarca”.*⁵⁶

De lo dicho, se colige entonces que pesa sobre los actos administrativos la presunción de legalidad (incluyendo aquellos que, en efecto, pudieran expedirse en el supuesto analizado); sin embargo, debe decirse que esta presunción, conforme a lo expuesto por el Consejo de Estado, puede ser desvirtuada por el juez contencioso administrativo. En efecto, esta Corporación señaló en su oportunidad, lo siguiente:

“Los actos administrativos son válidos cuando han cumplido los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico, lo cual se traduce en que, en su expedición, la administración haya observado con rigor los elementos de competencia, objeto, forma, causa y finalidad. La conformidad del acto administrativo con el ordenamiento jurídico se materializa en la denominada presunción de legalidad, positivizada novedosamente en el artículo 88

⁵⁶ Berrocal Guerrero, Luis Enrique, Manual del Acto Administrativo, Librería Ediciones del Profesional, Bogotá, abril de 2009, p. 213.

de la Ley 1437 de 2011 (...) no obstante el acto administrativo se presume ajustado al ordenamiento jurídico, dicha presunción puede ser controvertida ante el juez contencioso administrativo quien, a través de la sentencia, podrá declarar o no la nulidad del acto y, en consecuencia, desvirtuar dicha presunción demostrando la existencia de vicios en los elementos de validez del acto (falta de competencia, expedición irregular, falsa motivación, desviación de poder)⁵⁷.

⁵⁷ República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero ponente: Rocío Araujo Oñate, Bogotá D.C., dieciocho (18) de febrero de dos mil dieciséis (2016), Radicación número: 81001-23-33-000-2012-00039-04, Actor: Departamento de Arauca, Demandado: Director del Hospital de San Vicente de Arauca.



Consideraciones finales

- » La llegada a la edad de retiro forzoso es una causal de desvinculación obligatoria del servidor público, que permite el relevo generacional, con miras a la eficiencia de la Administración Pública y contribuye a la renovación del personal.
- » El incremento en la edad de retiro forzoso en Colombia obedeció no sólo a la disminución de las cifras de mortalidad prematura, sino al contexto internacional toda vez que, en otros sistemas jurídicos contemporáneos, además de impulsar e incorporar reformas en materia pensional, se le dio importancia al favorecimiento de la participación activa de personas mayores en el mercado laboral.
- » La edad de retiro forzoso ha sido regulada desde el punto de vista normativo en Colombia desde el año 1968; igualmente, ha tenido un amplio tratamiento en la jurisprudencia (misma en la que se ha buscado advertir de su importancia, en términos del goce del derecho al trabajo y la experiencia laboral).
- » El retiro forzoso por edad es aplicable a todos servidores que desempeñen funciones públicas, incluso a los empleados de libre nombramiento y remoción que no se encuentren dentro de las excepciones previstas en la ley. No obstante lo anterior, se hace necesario precisar que la Ley 1821 de 2016 no modificó las causales de retiro de los servidores públicos y, en consecuencia, cualquier empleado puede ser retirado del servicio por las demás causales señaladas en la ley, por ejemplo, por desempeño insatisfactorio, por mala conducta, por abandono del cargo, entre otros, y los empleados de libre nombramiento además de las anteriores, por voluntad discrecional del nominador. Así las cosas, lo que no podría hacerse es retirar forzosamente por edad a quien no ha llegado a los 70 años, pero ello no impide la aplicación de las demás causales de retiro.
- » A su turno, sería importante que en vigencia de la pluricitada Ley 1821 de 2016, se considerara y atendiera a las circunstancias particulares de cada servidor público como ocurría en vigencia del Decreto 2400 de 1968, en el que sí se analizaba si al momento de retirar por edad al funcionario, podían vulnerarse sus derechos al trabajo, mínimo vital, seguridad social, entre otros.
- » La llegada a la edad de retiro forzoso por parte del servidor público constituye un impedimento para desempeñar cargos públicos, de manera que no podrá continuar este en el ejercicio del cargo ni vincularse a una entidad, toda vez que se materializa una causal de retiro obligatorio. A su vez, llegado el funcionario público a los 70 años, queda automáticamente inhabilitado para continuar en el servicio público. Téngase en cuenta que la no separación del cargo al servidor público puede conducir a una eventual responsabilidad disciplinaria a la autoridad nominadora y concretamente, al funcionario responsable del retiro. Se aclara, por lo dicho en el epílogo de este escrito, que los actos administrativos que se expidan por parte del servidor público que alcance la edad de retiro forzoso gozan, en todo caso, de presunción de legalidad.
- » Los pensionados del sector oficial podrán ser contratados para la prestación de servicios profesionales o de apoyo a la gestión. En efecto, estos no están cobijados por la incompatibilidad de que trata el artículo 128 constitucional, en la medida en que lo que esta prohibición persigue es evitar la acumulación de cargos en el mismo servidor público; sin embargo, el pensionado no tiene esta connotación en la medida en que no tiene una relación laboral con el Estado.
- » Con relación a los servidores con fuero sindical que llegaren a la edad de retiro forzoso, oportuno señalar que la Administración está en la obligación de acudir ante los jueces en solicitud del levantamiento del fuero correspondiente, con base en dicha causal; lo enunciado, en virtud del derecho de sindicalización al que se apareja el fuero sindical.

Bibliografía

- Alcaldía Mayor de Bogotá, conceptos jurídicos, disponible en: https://www.serviciocivil.gov.co/portal/sites/default/files/conceptos-juridicos/2017_EE_1143_contrato_prestacion_servicios.pdf
- Berrocal Guerrero, Luis Enrique, Manual del Acto Administrativo, Librería Ediciones del Profesional, Bogotá, abril de 2009, p. 213.
- Cámara de Representantes, Gaceta 1041 del 10 de diciembre de 2015.
- CNN, El mundo sacrificó a sus ancianos en la carrera de proteger los hospitales. El resultado fue una catástrofe en los asilos, disponible en: <https://cnnespanol.cnn.com/2020/05/26/el-mundo-sacrifico-a-sus-ancianos-en-la-carrera-por-proteger-los-hospitales-el-resultado-fue-una-catastrofe-en-los-hogares-de-ancianos/>
- Concepto Sala de Consulta Nro. 1344 de 2001, Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil, disponible en: https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma_pdf.php?i=9342
- Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, 28 de febrero de 2018; Radicación Nro. 57295, Acta 07; Magistrada ponente: Clara Cecilia Dueñas Quevedo
- Declaración Política y Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento. Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento, Madrid – España, 8 al 12 de abril de 2002, p. 55.
- Decreto 1950 de 1973 “Por el cual se reglamentan los Decretos-leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil”, disponible en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/30019376>, consultado el 03 de julio de 2019, a las 07:51 a.m.
- Decreto Ley 3074 de 1968, Artículo 1, disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=10478>, consultado el 02 de julio de 2019 a las 04:27 p.m.; este Decreto fue derogado por la Ley 1821 de 2016.
- Departamento Administrativo de Función Pública, Concepto 45932 de 2019, disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=91253>
- Departamento Administrativo de la Función Pública, Concepto 1391 de 2017, disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=83354>, consultado el 09 de julio de 2019, a las 03:59 p.m.
- Departamento Administrativo de la Función Pública, Concepto 44491 de 2019, disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=91419>.
- Departamento Administrativo de la Función Pública, Concepto 57371 de 2019, disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=91241>, consultado el 11 de julio de 2019 a las 09:15 a.m.
- Departamento Administrativo de la Función Pública, Concepto 58611 del 06 de marzo de 2017, disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=80015>, consultado el 11 de julio de 2019 a las 09:02 a.m.
- Economía Digital, Nueva alarma de la OMS sobre un rebrote al estilo de la gripe española, disponible en: https://www.economiadigital.es/politica-y-sociedad/oms-y-coronavirus-un-rebote-como-el-de-la-gripe-espanola_20076498_102.html.

- Función Pública, Decreto 1083 de 2015, disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=62866>, consultado el 05 de marzo de 2020.
- Función Pública, Decreto 648 de 2017, disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=80915>, consultado el 03 de abril de 2020.
- Ley 1821 de 2016, disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=78874>
- Moreno González, Fernando Antonio, Evolución normativa y jurisprudencial de la edad de retiro forzoso en Colombia y la garantía del mínimo vital del servidor público, Bogotá, Universidad Santo Tomás, Vuel / Vol. 13, n.º 2 / Julio-diciembre 2018, Pp. 163-182.
- OMS, Preguntas y respuestas sobre la COVID-19 para personas mayores, disponible en: <https://www.who.int/es/news-room/q-a-detail/q-a-on-on-covid-19-for-older-people>
- Procuraduría General de la Nación, Trabajo digno y decente en Colombia: seguimiento y control de las políticas públicas, disponible en: [https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/Trabajo%20digno%20y%20decente%20en%20Colombia_%20Seguimiento%20y%20control%20preventivo%20a%20las%20pol%C3%ADticas%20p%C3%ABlicas\(1\).pdf](https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/Trabajo%20digno%20y%20decente%20en%20Colombia_%20Seguimiento%20y%20control%20preventivo%20a%20las%20pol%C3%ADticas%20p%C3%ABlicas(1).pdf), consultado el 04 de febrero de 2020.
- República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejo ponente: Rocío Araujo Oñate, Bogotá D.C., dieciocho (18) de febrero de dos mil dieciséis (2016), Radicación número: 81001-23-33-000-2012-00039-04, Actor: Departamento de Arauca, Demandado: Director del Hospital de San Vicente de Arauca.
- República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C 133 de 1993, Referencia: Expediente D-153, Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, Bogotá, D.C., primero (1º) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993).
- República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia 003 de 2018, Referencia: T- 5.712.990, Magistrado Ponente: Carlos Bernal Pulido, Bogotá D.C., ocho (8) de febrero de dos mil dieciocho (2018)
- República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C 084 de 2018, Demandas de inconstitucionalidad contra la Ley 1821 de 2016, "Por medio de la cual se modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas", Magistrado Sustanciador: Luis Guillermo Guerrero Pérez, Bogotá DC, veintinueve (29) de agosto de dos mil dieciocho (2018).
- República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C 247 de 2001, Referencia: expediente D-3129, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz, veintisiete (27) de febrero de dos mil uno (2001).
- República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C 351 de 1995, Actor: Hernando Barliza Zubiria, Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, Santafé de Bogotá, D.C., nueve (9) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).
- República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-135/18, Referencia: Expedientes D-11948 y D-11966 (acumulados), Asunto: Demandas de inconstitucionalidad contra la Ley 1821 de 2016, "por medio de la cual se modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas", Demandantes: Jesús Aureliano Gómez Jiménez, Enrique Javier Correa de la Hoz, Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez, Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez, veintiocho (28) de noviembre de dos mil dieciocho (2018).
- República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-514 de 1994, Ref: Expediente D-621, Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo, dieciséis (16) de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).
- República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-563/97, Actor: Diego Arizabaleta Calderón, Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 31 (parcial) del Decreto-Ley 2277 de 1979, "Por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente", Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, Santa Fe de Bogotá, D.C., noviembre seis (6) de mil novecientos noventa y siete (1997).
- República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia SU-897 de 2012, Magistrado ponente: Alexei Julio Estrada, treinta y uno (31) de octubre de dos mil doce (2012).

República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T 201 de 2018, Expediente T-6.495.336, Magistrada sustanciadora: Gloria Stella Ortiz Delgado, veinticinco (25) de mayo de dos mil dieciocho (2018).

República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T 487 de 2010, Referencia: expediente T-2534463, Magistrado Ponente: Dr. Juan Carlos Henao Pérez, Bogotá, DC., el dieciséis (16) de (junio) de dos mil diez (2010).

República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T 500 de 2019, expediente T-7.276.728, T-7.270.427 y T-7.261.976, Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos, veintidós (22) de octubre de dos mil diecinueve (2019).

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Número Único: 11001-03-06-000-2019-00183-00, C.P. Germán Alberto Bula Escobar, 13 de diciembre de 2019.

Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, Concepto Nro. 2326 del 08 de febrero de 2017, Magistrado Ponente: Álvaro Namén Vargas.

Sección Quinta, Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado. Procedo No. 2342. 17 de agosto de 2000. C.P. ROBERO MEDINA LÓPEZ

Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero ponente: Hernando Sánchez Sánchez, Bogotá, D.C., trece (13) de julio de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 25001-23-36-000-2017-00561-01(AC), Actor: Eduardo González Montoya, Demandado: Presidencia de la República Y Ministerio de Justicia y del Derecho.

Suárez, M. y Vallejo, C., las medidas cautelares inominadas y el activismo judicial. Revista IUSTA, 1(46), 139-158. DOI: <http://dx.doi.org/10.15332/s19000448.2017.0046.06>. Recuperado de <http://revistas.usta.edu.co/index.php/iusta/article/view/3529/3419>, 2017.

PARTE 2

DISCIPLINA PÚBLICA EN SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA EN COLOMBIA

Autor:

Jackson Sadith Martínez Lozano

Atendiendo la invitación especial de un grupo de profesionales integrantes del Colectivo de Derecho Disciplinario del sector hacienda⁵⁸, surge la motivación de plantear algunas reflexiones relacionadas con el rol del derecho disciplinario público consagrado en la Ley 734 de 2002, como instrumento de intervención de las actuaciones de los servidores en empresas de Estado, en especial las sociedades de economía mixta, en adelante SEM; en nuestra opinión estas líneas son el comienzo de una discusión que se ha postergado respecto a las consecuencias derivadas de la configuración del régimen jurídico existente, de las actividades propias que estas empresas desarrollan en un marco de competencia con agentes privados y sobre todo, atendiendo la responsabilidad exigible en un mundo moderno que demanda una verdadera fortaleza de las instituciones, a fin de generar valor, respecto por el patrimonio público y el derecho ajeno.

En estos términos el documento abordará las siguientes aproximaciones: **1.** Régimen y naturaleza de actos de las SEM. **2.** Sujetos y actos disciplinables en SEM. **3.** Discusiones derivadas de la aplicación del derecho disciplinario en empresas de Estado y en especial en estas sociedades.

No resultaría justo dar inicio a la presentación de estas ideas, sin reconocer el aporte de un grupo de profesionales e integrantes del Colectivo de Derecho Disciplinario del sector hacienda, quienes liderados por una destacada profesional⁵⁹, aportaron en la construcción del debate, muchas veces desde posiciones críticas, las cuales incentivaron este ejercicio. Vale además destacar que la presentación no constituye una postura institucional o gremial, sino una disertación del autor, orientada a generar reflexiones en el ejercicio de nuestra actividad profesional.

⁵⁸ Grupo de profesionales de empresas del sector hacienda, interesados en el análisis y estudio del Derecho Disciplinario Público.

⁵⁹ Claudia Patricia Paz Lamir, Jefe de Oficina de Control Disciplinario del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Directora del Colectivo y su equipo de trabajo.

Régimen y naturaleza de actos de Sociedades de Economía Mixta

La Constitución política de Colombia en sus artículos 150. 7, 300.7 y 313.6, estableció como función del Congreso de la República, las Asambleas departamentales y los Concejos municipales, diseñar la estructura de la administración nacional, departamental, distrital y municipal; ello, a través de la creación, supresión o fusión de entidades vinculadas y adscritas a los distintos niveles de territoriales del Estado⁶⁰.

⁶⁰ **Constitución política de Colombia, Artículo. 150. 7.** Determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica; reglamentar la creación y funcionamiento de las Corporaciones Autónomas Regionales dentro de un régimen de autonomía; así mismo, crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del estado y sociedades de economía mixta.

Artículo. 300.7. Corresponde a las Asambleas Departamentales, por medio de ordenanzas: Determinar la estructura de la Administración Departamental, las funciones de sus dependencias, las escalas de remuneración correspondientes a sus distintas categorías de empleo; crear los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del departamento y autorizar la formación de sociedades de economía mixta.

Artículo 313.6. Corresponde a los Concejos. Determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias; las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos; crear, a iniciativa del alcalde, establecimientos públicos y empresas industriales o comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta.

En este orden, la Constitución otorgó una amplia competencia de configuración legislativa al Congreso, en materia de organización y estructura del Estado en el orden nacional, situación que ha sido objeto de constantes pronunciamientos constitucionales cuando se trata de definir el alcance de las leyes que definen el régimen aplicable a empresas de Estado.

La Corte Constitucional en sentencia C-350 de 2004⁶¹, compiló un grupo mayoritario de decisiones relacionadas con el principio de libre configuración legislativa del Congreso de la República, precisando que la definición de la estructura radicada en cabeza del legislativo comprende:

“(...) (i) El diseño de los organismos que integran la administración nacional, la fijación de sus objetivos, sus funciones y la vinculación con otros entes para fines del control; (ii) la determinación del régimen jurídico de los trabajadores, de la contratación y la adopción de medidas de tipo tributario; y (iii) las características definitorias de las entidades, tales como la independencia administrativa, técnica y patrimonial. Por lo tanto, resulta muy amplio el espectro de regulación del Congreso de la República en la determinación de la estructura y funcionamiento de la administración pública.”

⁶¹ Corte Constitucional, Sent. C-350 de 2004, la cual compiló los pronunciamientos relacionados con el principio de libre configuración legislativa, en materia de creación, supresión y función de entidades de Estado.

Conforme a estas prerrogativas se expide la Ley 489 de 1998,⁶² disposición que en su artículo 38 relacionó a las SEM como empresas que forman parte de la estructura de administración pública del nivel central, además de manera seguida definió en su artículo 97 la forma de configuración de las mismas, así:

“Las sociedades de economía mixta son organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley.

Para que una sociedad comercial pueda ser calificada como de economía mixta es necesario que el aporte estatal, a través de la Nación, de entidades territoriales, de entidades descentralizadas y de empresas industriales y comerciales del Estado o sociedades de economía mixta no sea inferior al cincuenta por ciento (50%) del total del capital social, efectivamente suscrito y pagado.

Las inversiones temporales de carácter financiero no afectan su naturaleza jurídica ni su régimen.

PARÁGRAFO .Los regímenes de las actividades y de los servidores de las sociedades de economía mixta en las cuales el aporte de la Nación, de entidades territoriales y de entidades descentralizadas, sea igual o superior al noventa (90%) del capital social es el de las empresas industriales y comerciales del Estado.”

Igualmente el Código de Comercio en su artículo 461, definió las SEM en los siguientes términos:

“Son de economía mixta las sociedades comerciales que se constituyen con aportes estatales y de capital privado. Las sociedades de economía mixta se sujetan a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, salvo disposición legal en contrario.”

Así las cosas, pese a que la Ley 489 de 1998 y el Código de Comercio fijaron el concepto de estas empresas, fue finalmente la Corte constitucional, a través de sentencia C - 953 de 1999, la que determinó el alcance de sociedades de capital mixto; ello, al declarar inexecutable el inciso

2 del artículo 97 de la citada normativa, precisando que para la existencia de una sociedad de economía mixta solo se requiere la voluntad del legislador, de la Asamblea departamental o del Concejo municipal - según sea el caso-, independientemente del porcentaje o grado de participación que el Estado tenga en dicho capital, así entonces la jurisprudencia antes referenciada, efectuó las siguientes precisiones:

“La existencia de una sociedad de economía mixta, tan sólo requiere, conforme a la Carta Magna que surja de la voluntad del legislador, si se trata de una perteneciente a la Nación, o por así disponerlo una ordenanza departamental o un acuerdo municipal, si se trata de entidades territoriales, a lo cual ha de agregarse que, lo que le da esa categoría de “mixta” es, justamente, que su capital social se forme por aportes del Estado y de los particulares, característica que determina su sujeción a un régimen jurídico que le permita conciliar el interés general que se persigue por el Estado o por sus entidades territoriales, con la especulación económica que, en las actividades mercantiles, se persigue por los particulares.”

Ahora bien, según lo dicho en la ley de organización y funcionamiento de entidades del orden nacional, las SEM por regla general se les aplica el derecho privado y en los casos que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más del capital social, les será aplicable el régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado.⁶³

En este sentido, teniendo en cuenta que por disposición legal estas sociedades están vinculadas a la rama ejecutiva del poder público, se genera a partir de ello una serie de consecuencias identificadas por la jurisprudencia constitucional en la sentencia C-736 del 2007:

“(i) son objeto de control fiscal, que se adelanta por la Contraloría General de la República, de acuerdo con lo previsto en el artículo 267 Superior; (ii) están sujetas a control político, el cual es ejercido por el Congreso de la República, según el artículo 208 de la Constitución Política; (iii) la integración de sus órganos directivos se somete al régimen de inhabilidades previsto en los artículos 180-3, 292 y 323 de la Carta Política; (iv) se rigen por las reglas de la ley orgánica del presupuesto; y (vi) deben observar las normas de contabilidad oficial”

⁶² Ley 489 de 1998. Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.

⁶³ Ley 489 del 29 de diciembre de 1998, Art. 38 y 97.

A manera de conclusión, es preciso señalar que la naturaleza de estas empresas, pese a que se encuentran vinculadas a la rama ejecutiva del poder público (con personería jurídica, patrimonio propio, autonomía y han sido creadas por el legislador), es el de sociedades comerciales que persiguen lucro económico en el desarrollo de actividades mercantiles y compiten en igualdad de condiciones por la oferta de bienes y servicios; por lo expuesto, su régimen y actos son propios del derecho privado.

Corolario de lo anterior, en Colombia entidades como Grupo Bicentenario, Financiera de Desarrollo Territorial S.A. – Findeter, Banco Agrario, Fonade, Previsora Seguros, Fondo Nacional del Ahorro- FNA, Central de Inversiones S.A. – Cisa, Fiduprevisora S.A., Sociedad de Activos Especiales S.A.S. – SAE, Positiva Compañía de Seguros S.A. entre otras, son algunos ejemplos de sociedades de economía mixta del orden Nacional, este caso vinculadas al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Atendiendo lo enunciado, los capítulos que se plantean a continuación analizan, a la luz de las disposiciones vigentes y en el marco de algunas decisiones jurisprudenciales que se han proferido en la materia, sí la naturaleza de los actos de estas empresas y la condición especial asociada con vinculación de sus trabajadores incide en la aplicabilidad de las normas de disciplina pública que rigen a los servidores del Estado.



Sujetos y actos disciplinables en las Sociedades de Economía Mixta

A manera de antecedente, resulta válido precisar el trato que las disposiciones normativas en materia de disciplina pública han dado a los sujetos y a los actos de las SEM.

En relación con los sujetos destinatarios del derecho disciplinario, el primer estatuto que abordó el asunto fue la ley 200 de 1995⁶⁴, norma que en su artículo 20 expresó:

“ARTICULO 20. DESTINATARIOS DE LA LEY DISCIPLINARIA. Son destinatarios de la ley Disciplinaria los miembros de las corporaciones públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará a los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión de Lucha Ciudadana contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Nacional.”

La citada regla vinculaba a los empleados y trabajadores del Estado en sus distintos niveles, incluyendo a la fuerza pública, a particulares en ejercicio de función pública y unas categorías específicas, como el Banco de la República. Es importante destacar de este antecedente que las entidades descentralizadas por servicios, dentro de las cuales se ubican las SEM, se encontraban sujetas al régimen de disciplina pública según la norma enunciada.

Seguidamente con la expedición de la Ley 734 de 2002 (norma que tuvo la pretensión de convertirse en estatuto único en materia disciplinaria) en los artículos 25 y 53 enunció los sujetos destinatarios de la disciplina pública en los siguientes términos:

“**25. DESTINATARIOS DE LA LEY DISCIPLINARIA.** Son destinatarios de la ley disciplinaria los servidores públicos aunque se encuentren retirados del servicio y los particulares contemplados en el artículo 53 del Libro Tercero de este código.

Los indígenas que administren recursos del Estado serán disciplinados conforme a este Código.

Para los efectos de esta ley y en concordancia con el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, son servidores públicos disciplinables, los gerentes de cooperativas, fundaciones, corporaciones y asociaciones que se creen y organicen por el Estado o con su participación mayoritaria.”

(...)

“**ARTÍCULO 53. SUJETOS DISCIPLINABLES.** El presente régimen se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría en los contratos estatales; que ejerzan funciones públicas, **en lo que tienen que ver con estas**; presten servicios públicos a cargo del Estado, de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política, administren recursos de este, **salvo**

⁶⁴ Derogada por la ley 734 de 2002.

las empresas de economía mixta que se rijan por el régimen privado. (...) (Subrayas y negrilla textual)⁶⁵.

Posteriormente la Ley 1474 de 2011 “estatuto anticorrupción”, en su artículo 44 modificó el artículo 53 de la Ley 734 de 2002, referente a los particulares como destinatarios del derecho disciplinario público, eliminando la excepción anotada respecto de la aplicabilidad de la ley a empresas de economía mixta que se rijan por el derecho privado.

“ARTÍCULO 44. SUJETOS DISCIPLINABLES. El artículo 53 de la Ley 734 de 2002, quedará así:

El presente régimen se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales; también a quienes ejerzan funciones públicas, de manera permanente o transitoria, en lo que tienen que ver con estas, y a quienes administren recursos públicos u oficiales. (...)

No serán disciplinables aquellos particulares que presten servicios públicos, salvo que en ejercicio de dichas actividades desempeñen funciones públicas, evento en el cual resultarán destinatarios de las normas disciplinarias.

<Inciso CONDICIONALMENTE exequible> Cuando se trate de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria será exigible del representante legal o de los miembros de la Junta Directiva.”

Al parecer, la referida modificación consideró que las empresas de economía mixta no son particulares, como de manera confusa se mostraba en la norma inicial, razón por la que no eran objeto del régimen establecido en el artículo 53 de la Ley 734 de 2002.

Finalmente, el Congreso de la República expidió la Ley 1952 de 2019 (nuevo Código General Disciplinario), que en sus artículos 25 y 70, referidos a los servidores públicos y particulares como destinatarios de la ley disciplinaria, no realizó modificaciones de fondo en la materia, manteniendo un criterio subjetivo a la hora de determinar la aplicabilidad del código disciplinario, es decir, que la regla general para ser sujeto disciplinable, continuó extendiendo sólo la condición de servidor público sin consideración a la naturaleza de la entidad.

Así las cosas, solo excepcionalmente tratándose del ejercicio de función pública por particulares y algunos regí-

menes especiales, la nueva reforma adopta el criterio asociado con la condición del agente y no con la actividad o naturaleza de la empresa, haciendo por regla general destinatarios de esta disciplina a todos aquellos que cumplan la condición de ser servidores públicos.

Adicionalmente, la citada disposición deja claro que los servicios públicos pueden ser prestados por particulares y en estos casos, los agentes que proveen estos servicios no son destinatarios de las normas de disciplina pública, salvo que en desarrollo de sus actividades ejecuten actos de función pública inherentes al Estado.

2.1. Categoría de servidores vinculados a sociedades de economía mixta

En capítulo anterior, relacionado con la naturaleza de las SEM, se precisó que conforme al literal f del artículo 38 de la Ley 489 de 1998, estas empresas integran la estructura de la Administración pública, es decir, son entidades del Estado descentralizadas por servicios, siendo sus trabajadores servidores públicos sin importar el porcentaje de participación estatal dentro del capital social, situación que los hace, por sí, destinatarios del régimen de disciplina pública, inhabilidades e incompatibilidades y conflicto de intereses dispuesto por el legislador.

En este orden, resulta necesario resaltar que la Corte Constitucional en sentencia C-388 de 2011, al analizar las relaciones laborales en las sociedades de economía mixta, trae como antecedente las siguientes posturas del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia:

“En materia laboral hay controversia sobre el derecho aplicable a las sociedades de economía mixta, al no existir norma expresa que regule esa situación. De esta controversia da cuenta el autor Libardo Rodríguez R., en su Derecho Administrativo General y Colombiano, publicado por la Editorial Temis, en el año 2008, en la página 136 y siguientes.

El Consejo de Estado sostiene que aquellas sociedades en las que la participación económica estatal sea menor al 50% de su capital social, los empleados se consideran particulares, sujetos a las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo; si la participación es igual o superior al 50% y menor del 90%, los empleados tienen la calidad de trabajadores oficiales, sometidos a una mezcla de derecho laboral administrativo y de derecho laboral común; en aquellas sociedades en las que la participación estatal sea igual o superior al 90%, la mayoría de los empleados serán trabajadores oficiales.

⁶⁵ Corte Constitucional, Sent. C-1076 de 2002 y Sent. C-388 de 2011.

La Corte Suprema de Justicia sostiene que las sociedades de economía mixta se rigen por las reglas del derecho privado, incluso en lo relativo al estatuto laboral de sus servidores. Sus trabajadores son particulares y sólo por excepción, cuando el aporte oficial es igual o superior al 90% del capital social, sus actividades se regulan por los preceptos aplicables a las empresas industriales y comerciales del Estado, siendo sus empleados trabajadores oficiales.”

No obstante a lo anterior, la Corte Constitucional en la citada decisión, llega a la conclusión que respecto a estas sociedades de composición mixta, pese a los niveles de participación de capitales y a la naturaleza de sus actos, no pierden la condición de servidor, así:

“Que los trabajadores de las sociedades de economía mixta se vinculen mediante un régimen derecho privado no se opone a que sean servidores públicos, pues así surge del artículo 123 de la Constitución, invocado en la demanda y también del artículo 125 superior que, al sentar las bases de la carrera administrativa, exceptúa de ese régimen los empleos “de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Con fundamento en las disposiciones que se acaban de citar, la Corte ha concluido que la noción de servidor público es genérica y que comprende diferentes especies, entre las que se encuentran los trabajadores oficiales, quienes, a diferencia de los empleados públicos, no se vinculan a la administración mediante una relación legal y reglamentaria, sino en virtud de un contrato de trabajo, sin perjuicio de que el legislador pueda establecer nuevas denominaciones, clases o grupos de servidores públicos”.

De las anteriores precisiones, corresponde afirmar que las personas vinculadas laboralmente a SEM, sin importar la condición accionaria de estas, o la forma del vínculo laboral y el régimen de derecho privado de sus actos, tienen la condición de servidores públicos, en algunos casos como empleados públicos, trabajadores oficiales o en otros eventos como servidores vinculados a través de un contrato individual de trabajo, resultan destinatarios de la disciplina pública.

2.2. Nuevo concepto de servidor público en empresas del Estado

Atendiendo las nuevas dinámicas económicas, se presenta desde hace unos años una tendencia de flexibilización en las relaciones laborales con el Estado, quien en su actividad comercial compite en igualdad de condiciones en el mercado con agentes propiamente particulares. Adicional a lo anteriormente dicho, los actuales retos y desafíos de la humanidad, han mostrado la necesidad de permanencia, fuerza e intervención del establecimiento en las diversas actividades que generan progreso para las sociedades y que, en estos eventos, son la que presionan los cambios y transformaciones de los ordenamientos jurídicos.

En relación con la afirmación precedente quiero destacar que compartimos la apreciación de algunos autores⁶⁶ al considerar que dada la trascendencia e impacto de ciertas actividades industriales y comerciales en el desarrollo económico y colectivo de las sociedades modernas, ni aún países industrializados en los que se predica la necesidad de un Estado alejado del mercado, este logra marginarse de ciertas dinámicas, mostrando por el contrario, la necesidad de realizar fuertes intervenciones del establecimiento en diversos sectores a fin de promover y fomentar el desarrollo económico y social; en estos términos la defensa de una postura reduccionista del Estado a partir de modelo económico, constituye una mera apariencia o etiqueta de unos Estados, frente a otros países⁶⁷

Desde allí, el legislador atendiendo esta nueva realidad que dimensiona el concepto de lo público y en ejercicio del principio de libertad de configuración legislativa, viene adoptando instituciones que desnaturalizan el pensamiento lineal y tradicional que mantenía separadas las fronteras entre el derecho público y el derecho privado, generando así la adopción de diversas formas de vinculación al servicio y ampliando las categorías de sujeción al Estado.

Al respecto, el profesor Carlos Alberto Atehortúa Ríos⁶⁸ sostiene la siguiente opinión:

⁶⁶ Mariana Mazzucato, Economista y profesora en la Economía de Innovación y Valor Público y directora del Instituto para Innovación y Propósito Público en University College London, en el libro *el Estado Emprendedor*, capítulo 5, el Estado después de Iphone.

⁶⁷ Linda Weiss, Profesora Australiana de ciencia política en la Universidad de Sídney, en el libro *el Estado en la economía ¿Neoliberalismo o Neoactivismo?* pp. 193, 194 y *¿ El Estado está siendo transformado por la Globalización?* pp 293-317.

⁶⁸ Carlos Alberto Ateortúa Ríos, *El Estado no es un Particular, ni los particulares el Estado*, Diario El Mundo, Medellín 2019, <https://www.elmundo.com/noticia/El-Estado-no-es-un-particularni-los-particulares-el-Estado-/375043>.

“Es común ver que en algunos casos en que a las entidades del Estado se aplican reglas de derecho privado, sus administradores piensan que la naturaleza jurídica y los fines de esas entidades se han transformado, y que ellas son privadas, por lo que pueden administrarse con esa lógica y para satisfacer ese tipo de intereses, y también sucede lo contrario, en especial en relación con organismos de control, que pretenden convertir a los particulares que se ocupan de asuntos públicos en entidades estatales.

Pero ni lo uno, ni lo otro, ni el Estado por el hecho de someterse al derecho privado, ha dejado de ser el Estado y su finalidad de propender por la protección del interés público social ha sido remplazada por el interés privado, ni cuando los particulares ejercen funciones públicas, prestan servicios públicos o administran recursos estatales, han dejado de ser particulares, para convertirse en el Estado.”

En esta misma línea la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁶⁹, al analizar el cambio de naturaleza jurídica de dos empresas del Estado, Ecopetrol y Satena, sostuvo lo siguiente:

“Por lo tanto, resulta claro que la previsión del artículo 123 Superior identifica, de manera enunciativa, algunos de los servidores públicos del Estado, entre los que incluye a los empleados y trabajadores de las entidades descentralizadas por servicios, pero esta disposición no excluye la posibilidad de que el Legislador establezca nuevas categorías de servidores públicos. (...)”

En relación con el último de los elementos mencionados, resulta relevante el artículo 150.23 de la Carta Política, que radica en cabeza del Congreso de la República, de manera expresa, la competencia para regular el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de servicios públicos. Esta facultad se desarrolla por otras disposiciones superiores, en las que se precisa que el Legislador determinará diferentes aspectos de la función pública, tales como el régimen jurídico de los servidores públicos; las funciones de los empleos; el régimen de responsabilidad; el sistema de

nombramiento, ingreso y retiro; las excepciones a las prohibiciones de rango constitucional, entre otros. (...)”

En relación con esa consideración expuesta por los actores, este Tribunal reitera que por disposición expresa de la Carta Política, los trabajadores y empleados de las entidades descentralizadas por servicios, tales como las sociedades de economía mixta, son servidores públicos. Sin embargo, esta categorización no genera un régimen laboral único e intangible, ni impide que el Legislador, en ejercicio del amplio margen de configuración que le asignó la Constitución, defina un tipo de vinculación particular y determine tanto el tipo de normas aplicables a la relación laboral, como los otros aspectos propios del régimen jurídico, pues el artículo 210 precisó que la ley establecerá el régimen jurídico de las entidades descentralizadas.”

En estos términos, se considera que la postura planteada en la jurisprudencia rompe con el paradigma de definir la condición de servidor público, a partir de la forma de vinculación al servicio con el Estado y del régimen jurídico aplicable, y ello se expresa, atendiendo a que actualmente la vinculación del servidor público puede estar precedida de una relación particular o propia del régimen individual de trabajo, sin que por este solo hecho se pierda la condición de servidor del Estado. Por consiguiente, resulta necesario preguntarse ¿cuál es el trato que merecen estas nuevas versiones de servidor público, a la luz del derecho disciplinario?

Son estas nuevas formas, bifurcaciones, diversidad de regímenes legales y amplias potestades de configuración legislativa, las que eventualmente pueden generar algunas discusiones en torno a la aplicación de régimen de disciplina pública, tratándose de empresas del Estado, SEM. Para el efecto, esbozamos en el siguiente capítulo algunas aproximaciones relacionadas con el asunto.

⁶⁹ Corte Constitucional, Sent. C-722 de 2007, se abordó el análisis de la constitucionalidad de disposiciones de la ley 1118 de 2006 que estableció cambios en el régimen jurídico y laboral de Ecopetrol S.A.; y la sentencia C-118/18 abordó el análisis de la constitucionalidad de disposiciones de la ley 1427 de 2010 que estableció cambios en el régimen jurídico y laboral de Satena S.A.

Discusiones derivadas de la aplicación del derecho disciplinario en empresas del Estado y en especial el caso de las Sociedades de Economía Mixta

Para abordar este capítulo, podemos distinguir tres aspectos a saber: I. Considerar si todos los actos de las SEM revisten fines de interés público. II. La ausencia de tratamiento simétrico en el régimen jurídico aplicable a empresas de Estado que desarrollan las actividades comerciales o industriales. III. El paralelismo en la aplicación de disposiciones con consecuencias disciplinarias al interior de las organizaciones públicas y frente a los diversos controles.

El primer punto que se propone el desarrollo de la discusión es distinguir si todos los actos de los servidores públicos en empresas del Estado y en especial las SEM, deben pasar por el lente o interés de la función pública y resultar escrutados por el derecho disciplinario.

Al respecto en algunas decisiones del Tribunal Constitucional (al realizar el estudio abstracto de constitucionalidad a ciertas disposiciones normativas) ha considerado que, atendiendo la naturaleza de los actos de empresa del Estado, resulta coherente en ciertos casos que el legislador, en uso de su autonomía legislativa, establezca regímenes excluyentes a la función pública, a la disciplina y al régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

Algunos pronunciamientos en esta línea son⁷⁰:

⁷⁰ Corte Constitucional, Sent. C- 118 de 2018.

“La sentencia C-736 de 2007, estudió, entre otros, el cargo formulado en contra del artículo 102 de la Ley 489 de 1998 que establece que los representantes y miembros de juntas directivas de sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga una participación superior al 90% del capital se sujetan al régimen de inhabilidades previsto en el Decreto 128 de 1976.

Para el demandante, en la medida en que las sociedades de economía mixta son entidades descentralizadas por servicios, sus trabajadores son servidores públicos, sin importar el monto de participación estatal y, como tales, deben estar sometidos al régimen de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones correspondiente. (...)

Finalmente y con base en las consideraciones expuestas, la Sala Plena concluyó que la exclusión del régimen de inhabilidades demandada, fundada en la conformación del capital de las sociedades de economía mixta, es constitucional porque se efectuó en ejercicio de las competencias asignadas al Legislador en la Carta Política, tiene una justificación constitucionalmente válida –asegurar el principio de concurrencia entre los recursos públicos y privados- y es proporcionada.” (...)

Por su parte, la sentencia C-338 de 2011 examinó la constitucionalidad del artículo 53 parcial de la Ley 734 de 2002, que excluyó del régimen del Código Disciplinario

rio, como sujetos disciplinables, a los particulares que trabajen en las sociedades de economía mixta. El cargo decidido en esa oportunidad cuestionó la clasificación de los trabajadores en mención como particulares, por la supuesta transgresión del artículo 123 Superior. (...)

A partir de esas consideraciones, adujo que el tipo de actividades que desarrollan las sociedades de economía mixta justifica la fijación de un régimen de derecho privado, el cual también puede regular la relación de sus trabajadores, quienes por esta circunstancia no pierden su condición de servidores públicos. Por lo tanto, la exclusión del régimen disciplinario cuestionada no transgrede el artículo 123 Superior, ya que la asignación de un régimen específico de responsabilidad no es una consecuencia inexorable de la calidad de servidor público, sino que obedece a las singularidades de las entidades públicas a las que están vinculados los servidores y a la evaluación de esas especificidades por parte del Legislador.”

Las decisiones citadas juzgaron constitucional el hecho que el legislador excluyera de la aplicación del régimen de disciplina pública e inhabilidades e incompatibilidades los actos de los servidores vinculados a sociedades de economía mixta, atendiendo al ámbito comercial en el que desempeñan sus labores. Esta postura jurisprudencial mantiene la discusión vigente pese a que la Ley 734 de 2002 adoptó un criterio subjetivo en el que basta simple y llanamente ostentar la condición de servidor para ser destinatario de la disciplina pública; lo anterior, atendiendo a que las razones expuestas en las decisiones, trasciende a las relaciones de sujeción al servicio público.

En este sentido la discusión está planteada en determinar si todos los actos, de empresas del Estado, específicamente, los comerciales sometidos al alea, riesgo y ventura del mercado, comportan una alteración a la función pública, fin perseguido por el derecho disciplinario. Y es que resulta válido cuestionarse si algunas situaciones como el cumplimiento en los niveles exigidos de producción en una empresa, las metas de ventas, así como la toma de decisiones de ventura y riesgo en los negocios, necesariamente afectan este interés público protegido por el derecho disciplinario, razón por la que en estos eventos pudiera acudir a otros mecanismos de responsabilidad más compatibles con las actividades comerciales o industriales de las empresas. Así lo aceptó la citada sentencia de la Corte Constitucional, al encontrar una justificación material para mantener la constitucionalidad del artículo 53 de la Ley 734 de 2002 propuesta inicialmente por el legislador, pero actualmente derogada por la ley 1474 de 2011.

En esta línea y en sentido contrario, pudiera pensarse que cuando se trate de actos que trascienden la esfera del negocio generando contraposición respecto de los fines del Estado como actos de corrupción y fraude, transgresión de derechos fundamentales, afectación al patrimonio público, vulneración del medio ambiente, comisión de delitos entre otros, la justificación de intervención resulta necesaria a fin de someter dichos actos al control de la disciplina pública.

En un segundo lugar otra discusión que salta a la vista es la relacionada con la situación de simetría en la aplicación de regímenes a empresas del Estado, pues si bien existe libertad del legislador para definir el régimen jurídico de servidores y entidades de Estado, la potestad debe adecuarse a los fines perseguidos por el mismo, a la necesidad de protección de los bienes públicos y la satisfacción del interés general.

Lo anterior se explica, atendiendo a que en algunos eventos se genera incertidumbre en las interpretaciones relacionadas con la aplicación de disciplina pública respecto de ciertas empresas del Estado; ello, derivado de (i) la participación de capitales, de (ii) los servicios que prestan o de (iii) la forma de vinculación de los trabajadores; tal es el caso de las empresas oficiales y mixtas de servicios públicos domiciliarios, entes que integran la rama ejecutiva del poder público, y respecto del cual un número importante de interpretaciones doctrinales e institucionales consideran que sus actos no están sometidos a las disposiciones normativas estudiadas en materia de disciplina pública, pese a que sus servidores laboran para una empresa del Estado, que si bien vincula a sus trabajadores a través de una relación privada propia del derecho individual de trabajo, hoy al parecer, esta situación por si misma no niega la condición de ser servidores públicos.

En este orden se ha esgrimido de tiempo atrás diversos argumentos que, en los siguientes términos, sustraen a los trabajadores de empresas del Estado “empresas de servicios públicos oficiales y mixtas”, de la condición de servidores públicos y de su régimen de disciplina, así:

“El régimen laboral de derecho privado de los trabajadores de las ESPD mixtas y privadas, previsto en el artículo 41 de la Ley 142 de 1994, las funciones públicas que éstos en ocasiones desarrollan, y el canon contenido en el artículo 123 de la Carta Política, según el cual son servidores públicos los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, ha llevado a la Corte Constitucional a crear por vía jurisprudencial una categoría sui generis denominada ‘servidores públicos con régimen de derecho privado’ cuya aplicabi-

lidad en situaciones concretas genera incertidumbre. Se debate si los trabajadores de las ESPD son sujetos del CDU, y si lo fueren no está claro qué calificación recibirían para efectos disciplinarios: la de servidores públicos o la de particulares que ejercen funciones públicas. Definir esta clasificación es fundamental ya que dependiendo de ello el régimen sería extensivo o no a los trabajadores de todas las ESPD (oficiales, mixtas y privadas) o parte de ellas (mixtas y privadas). En armonía con lo expuesto se tendría finalmente: **(i)** En materia disciplinaria prevalece el Código Sustantivo del Trabajo sobre el CDU por ser la normas de la Ley 142 de 1994 de naturaleza especial, **(ii)** El régimen de derecho laboral privado de los trabajadores de las ESPD es incompatible con las normas del CDU en cuanto la aplicación de este conllevaría a desconocer principios constitucionales y **(iii)** Se hace necesario que el legislador regule el régimen disciplinario de los trabajadores de las ESPD.⁷¹

En este contexto, resulta importante mencionar que la naturaleza de los servicios que ofrecen algunas empresas del Estado, como son los servicios domiciliarios, seguros, fiduciarios, bancarios y financieros, salud, transporte, turismo, entre otros, de manera similar son actos de comercio e industria; por ello, resulta controvertible el hecho que se asignen tratos diferentes en regímenes y disciplina, cuando sus servidores tienen de manera unívoca la condición de servidores públicos.

En tercer y último lugar, se presenta la situación relacionada con el paralelismo que puede generarse a partir del hecho que los servidores de empresas del Estado se vinculen a través de regímenes de derecho privado y simultáneamente detenten la condición de servidores públicos, eventos que los hace destinatarios de las reglas tanto privadas como las de disciplina pública. Entre las situaciones por destacar precisamos que los regímenes de naturaleza laboral privada presentan un catálogo de disposiciones que resultan aplicables ante las infracciones del trabajador; en el mismo sentido, la disciplina pública regla el trámite y consecuencias derivadas de las desavenencias del servidor. Asuntos como la tipificación de las faltas, la determinación de procedimientos y trámites, medidas como la suspensión del trabajador, determinación de multa y terminación de la relación contractual,

pueden adoptarse desde los dos ámbitos, privado (relacionado con el contrato de trabajo) y público (relacionado con la condición de servidor público), pese a que los hechos provienen de una misma relación de sujeción, así:

- (i)** Disciplina laboral: Derivada de la relación contractual, en el caso de los trabajadores oficiales regidos por el decreto 2127 de 1945 y en el caso de los trabajadores particulares, regidos por el Código Sustantivo del Trabajo.
- (ii)** Disciplina Pública: Derivada de la vinculación a una entidad estatal, aplicable a todos los servidores públicos.

Las situaciones expuestas, pueden dar lugar al trámite de procesos simultáneos al interior de una entidad, procesos que atienden los mismos hechos, estudian las mismas faltas y eventualmente determinan las mismas sanciones. Esta circunstancia genera interés en el ejercicio de la actividad, ya que dependiendo la forma de vinculación del servidor, puede determinarse la necesidad en la aplicación de uno u otro mecanismo de disciplina al interior de las empresas del Estado, quedando interrogantes como si un régimen puede resultar más efectivo que otro, si en ciertos casos debe operar solo la disciplina pública y en otras la consecuencias derivadas de la relación laboral contractual privada, o si las dos aristas resultan simplemente concurrentes.

En estos términos se dejan sentadas algunas reflexiones, orientadas a permitir el avance del estudio y el desarrollo de escenarios jurídicos que aporten valor a los objetivos de las organizaciones públicas.

⁷¹ Boris Carvajal, aproximación al régimen disciplinario de los trabajadores de las empresas de servicios públicos domiciliarios, *Revista Jurídica Piélagus*, 2017, Vol. 16 No. 2 pp. 103-109.

Bibliografía

- Carvajal Renza, Boris. Aproximación al régimen disciplinario de los trabajadores de las empresas de servicios públicos domiciliarios, *Revista Jurídica Piélagos*, 2017, Vol. 16 No. 2 pp. 103-109.
- Ateortúa Ríos, Carlos Alberto. El Estado no es un Particular, ni los particulares el Estado, *Diario El Mundo*, Medellín 2019, <https://www.elmundo.com/noticia/El-Estado-no-es-un-particularni-los-particulares-el-Estado-/375043>.
- Constitución Política de Colombia (1991). Extraído de: <http://www.secretariassenado.gov.co/index.php/constitucion-politica>.
- Corte Constitucional, sentencia C- 1076 del 5 de diciembre de 2002, MP. Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional, sentencia C- 350 del 20 de abril de 2002, MP. Alvaro Tafur Gálvis.
- Corte Constitucional, sentencia C-722 del 12 de septiembre de 2007, MP. Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional, sentencia C-388 de 2011, del 4 de mayo de 2011, MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- Corte Constitucional, sentencia C- 118 de 2018, del 14 de noviembre de 2018, MP. Gloria Stella Ortiz Delgado.
- Estatutos disciplinarios, leyes 200 de 1995, 734 de 2002 y 1952 de 2019. Extraído de: <http://www.secretariassenado.gov.co/index.php/constitucion-politica>.
- Mazzucato, Mariana *The Entrepreneurial State. The State behind Iphone*, Capítulo 5. London UK, 2013.
- Ley 489 de 1998. Extraído de: <http://www.secretariassenado.gov.co/index.php/vigencia-expresa-y-sentencias-de-constitucionalidad>.
- Weiss, Linda. Is the state being 'transformed' by globalisation? In L. Weiss (Ed.), *States in the Global Economy: Bringing Domestic Institutions Back In* (Cambridge Studies in International Relations, pp. 293-317). Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- Weiss, Linda. The State in the Economy: Neoliberal or Neoactivist? In *The Oxford Handbook of Comparative Institutional Analysis*. Oxford. 2010

Disertaciones disciplinarias

 **Carrera 8 No. 6 C 38**
Bogotá D.C. Colombia
Código Postal 111711

 Conmutador **(57 1) 381 1700**
Fuera de Bogotá **01-8000-910071**

 atencioncliente@minhacienda.gov.co

 www.minhacienda.gov.co

Síguenos en redes sociales

 @MinHacienda

 @minhacienda

 Ministerio de Hacienda

 Ministerio de Hacienda

 @MinHacienda



El emprendimiento
es de todos

Minhacienda