



Sentencia 00090 de 2016 Consejo de Estado

PROCESO DISCIPLINARIO - Contralor municipal de Cali / CONDUCTA - No retirar del servicio a una empleada pública que cumplió la edad de retiro forzoso / EDAD DE RETIRO FORZOSO - Marco normativo. Antecedente jurisprudencial

Esta Corporación igual ha tenido pronunciamientos reiterados y uniformes en cuanto a que llegada la edad de retiro forzoso no es factible continuar vinculado con la administración salvo los casos expresamente previstos en la misma legislación. En suma, en relación con la edad de retiro forzoso los artículos 29 y 31 del Decreto 2400 de 1968, modificado el primero por el Decreto 3074 del mismo año, y 122 del Decreto 1950 de 1973, disponen que los servidores que lleguen a los 65 años de edad deben ser retirados del servicio que venían prestando, siendo claro además que el llegar a dicha edad se constituye en un impedimento para seguir desempeñando cargos públicos, salvo cuando se trate de ocupar las posiciones de que trata el artículo 1º del Decreto 3074 de 1968 que adicionó el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2400 DE 1968 - ARTICULO 29 / DECRETO 2400 DE 1968 - ARTICULO 31 / DECRETO 3074 DE 1968 / DECRETO 1950 DE 1973

CONTRALOR MUNICIPAL DE CALI - Falta disciplinaria / EDAD DE RETIRO FORZOSO - Impedimento para continuar en el ejercicio del cargo / FALTA DISCIPLINARIA - No retirar del servicio a empleada en edad de retiro forzoso

No le asiste duda a la Sala que llegar a la edad de retiro forzoso constituye un impedimento para continuar en el ejercicio del cargo, con las excepciones previstas legalmente señaladas en el inciso segundo del artículo 29 del Decreto 2400 de 1968, adicionado por el artículo 1º del Decreto 3074 del mismo año. Bajo este entendido y siguiendo el contenido normativo y jurisprudencial anteriormente citado, el empleado que “llegue a la edad de 65 años”, debe ser retirado del servicio público, hecho que en el presente caso fue omitido por el demandante. Todo lo dicho demuestra que el actor, Contralor Municipal de Cali para la época de los hechos, debió retirar de la entidad a la señora Escobar de Mazuera desde el 3 de enero de 2006, por haber cumplido la edad de retiro forzoso, pese a ello no lo hizo y pasó un importante lapso para que otro funcionario diferente al demandante lo hiciera, lo que constituye que el actor haya incurrido en la falta disciplinaria tipificada en los Nos 1º y 2º del artículo 34 de la Ley 734 de 2002, por omitir el cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 31 del Decreto 2400 de 1968 y 120, 122 del Decreto 1950 de 1973, como efectivamente lo analizó la Procuraduría en su momento. En conclusión no existe dentro de la legislación norma jurídica que permita sostener que la señora Escobar de Mazuera debía permanecer en el cargo, por lo tanto era obligación del nominador retirarla del servicio público.

FUENTE FORMAL: LEY 734 DE 2002 - ARTICULO 34 NUMERAL 1 / LEY 734 DE 2002 - ARTICULO 34 NUMERAL 2

PROCESO DISCIPLINARIO - Conducta / CONDUCTA - Afectó la función pública / DEBER FUNCIONAL - Omisión, impiden realizar el relevo generacional / PRINCIPIO DE IGUALDAD - Derecho al trabajo de los ciudadanos

Teniendo en cuenta los criterios normativos y jurisprudenciales, la Sala encuentra que los actos acusados valoraron la antijuridicidad de la conducta endilgada y expresaron las razones de perturbación del servicio. Obsérvese que contrario a lo manifestado por el actor, la conducta reprochada afectó la función pública, pues al no retirar del servicio a la señora Escobar de Mazuera tan pronto cumplió los 65 años de edad, omitió un deber funcional consagrado en los numerales 1º y 2º del artículo 34 de la Ley 734 de 2002 en concordancia con lo dispuesto por los artículos 31 del Decreto 2400 de 1968 y 120, 122 del Decreto 1950 de 1973 con lo cual impide realizar el relevo generacional implícito en el numeral 7 del artículo 40 de la Constitución Política, como tantas veces lo ha señalado la Corte Constitucional, ya que este es el instrumento del que dispone el legislador y la administración para lograr el principio de igualdad de oportunidades al acceso a los cargos públicos y el derecho al trabajo de los ciudadanos que aspiran a desempeñarse como trabajadores al servicio del Estado, principios que orientan la administración pública consagrados en el referido artículo 209 de la Carta Política. Igualmente, el hecho de producir actos administrativos o ejercer funciones públicas, estando impedida para desempeñarse en el cargo, afecta la función pública, toda vez que dichos actos crean situaciones jurídicas a pesar de estar presididos de nulidad generando responsabilidad a cargo del Estado, conducta con la que se perturba y se atenta contra el buen funcionamiento del Estado y por ende contra sus fines.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION A

Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNANDEZ

Bogotá, D.C., doce (12) de mayo de dos mil dieciséis (2016).

Rad. No.: 11001-03-25-000-2011-00090-00(0270-11)

Actor: JORGE PORTOCARRERO BANGUERA

Demandado: PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION

Decide la Sala en única instancia el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por la parte actora contra la Nación - Procuraduría General de la Nación.

ANTECEDENTES

El actor, obrando en nombre propio, y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, pide que se declare la nulidad de las decisiones contenidas en los siguientes actos administrativos:

- Acto de 29 de septiembre de 2008 proferido por la Procuraduría Regional del Valle del Cauca, mediante el cual lo sancionó con suspensión en el ejercicio del cargo por el término de cuatro meses, convertida en salarios mensuales equivalentes a treinta y cinco millones cuarenta y nueve mil seiscientos sesenta pesos (\$ 35.049.660.00).

- Decisión de 28 de abril de 2009 expedida por la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa, que modificó la sanción impuesta, quedando en dos meses, convertida a salarios mensuales por la suma de diecisiete millones quinientos veinticuatro mil ochocientos treinta pesos (\$17.524.830.00).

A título de restablecimiento del derecho pide que se le exonere del pago de la multa y se le excluya del registro de sancionados de la Procuraduría General de la Nación, finalmente solicita se condene en costas.

Como hechos en que fundamenta sus pretensiones, en síntesis, se encuentran los siguientes:

Relata el actor que se desempeñó como Contralor General de Santiago de Cali, entre el 9 de enero de 2004 y el 20 de octubre de 2006, periodo en cual nunca fue sancionado penal ni disciplinariamente.

Manifiesta que el 5 de marzo de 2006, los señores Dacio Aljadi González Álvarez y James Arroyo Botero en su condición de Presidente y Fiscal de ASDECOL Valle, respectivamente, presentaron queja en su contra por la posible irregularidad consistente en no haber retirado a la señora Olivia Escobar de Mazuera del cargo de Directora Administrativa de la Oficina de Control Interno Disciplinario de la Contraloría Municipal de Cali, como quiera que el 2 de enero de 2006 llegó a la edad de retiro forzoso, conducta con la que vulneró la Ley 909 de 2004 y el Decreto Ley 1950 de 1973.

Aduce que como consecuencia de la queja, el día 20 de septiembre de 2006 se ordenó indagación preliminar, posteriormente mediante auto de 30 de marzo de 2007 la Procuraduría Regional dio por terminada la investigación al considerar que la conducta no se tipificaba como falta disciplinaria a la luz de la Ley 734 de 2002.

Señala que pese a lo anterior, la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa con providencia de 22 de mayo de 2007, revocó el auto que ordenó archivar las diligencias y en su lugar ordenó apertura de investigación disciplinaria.

Finalmente, mediante fallo de 29 de septiembre de 2008 la Procuraduría Regional del Valle del Cauca lo declaró disciplinariamente responsable, imponiéndole como sanción la suspensión en el ejercicio del cargo por un término de cuatro meses, convertida a salarios mensuales equivalente a la suma de \$ 35.049 660. Apelada en término, la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa, el 28 de abril de 2009 modificó la decisión anterior, quedando en suspensión de dos meses y multa de \$17.524.830.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

En la demanda se citaron las siguientes disposiciones:

- Constitución Política: artículos 6, 123 y 209.
- Ley 734 de 2002: artículo 34 numerales 1 y 2.
- Ley 909 de 2004: artículo 41 numeral 4.
- Decreto Ley 2400 de 1968 artículo 31.
- Decreto 1950 de 1973: artículo 122.

Al expresar el concepto de violación señala lo siguiente:

Aduce que es perfectamente válido que la ley prohíba el ingreso al trabajo por razones de la edad, mas no es legítimo despedir a un servidor público cuando está cercano a la pensión de jubilación, la entidad de control no puede desconocer que el artículo 25 Superior y la Ley 931 de 2004 consagran que el trabajo es un derecho y una obligación social que goza de especial protección del Estado.

Bajo estas circunstancias expresa el demandante, que el ente de control no debió sancionarlo, pues el solo hecho de no haber desvinculado a la señora Escobar de Mazuera del cargo de Directora Administrativa de la Contraloría Municipal de Cali por llegar a la edad de retiro forzoso, no

afecta los componentes de la función pública, hecho que constituye una conducta atípica por ausencia de ilicitud sustancial (art 5 C.D.U) situación que hace que los actos acusados estén sustentados en falsa motivación.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El apoderado de la Procuraduría General de la Nación se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, exponiendo como argumentos de defensa los siguientes:

Manifiesta que el actor no explica de forma clara cómo se vulneró cada precepto en el marco de la actuación disciplinaria, solo se conforma con citar normas y transcribir su contenido sin expresar de manera concreta el concepto de violación, lo que genera que la demanda sea incoherente y poco clara frente a lo pretendido.

Aduce que en el proceso disciplinario está demostrada la participación activa del investigado, como quiera que se notificó de las providencias, se le garantizó el derecho de contradicción y la posibilidad de interponer recursos de ley, lo que permite establecer que las decisiones acusadas fueron suficientemente analizadas y son la conclusión de un estudio juicioso, es decir, existen motivos legales, fácticos y probatorios que respaldan el actuar de la Procuraduría General de la Nación.

Indica que dentro del proceso disciplinario obran pruebas documentales, entre ellas, fotocopias de la cédula de ciudadanía y del registro civil de nacimiento de la señora Olivia Escobar de Mazuera, que demuestran que nació el 2 de enero de 1941 y que en consecuencia para el 2 de enero de 2006 tenía 65 años, alcanzando así, la edad de retiro forzoso. Igualmente está probado que su declaratoria de insubsistencia se produjo hasta el día 23 de enero de 2007, es decir un año y 21 días después de cumplir dicha edad, lo que demuestra la omisión en que se incurrió.

Como excepción propuso la legalidad de los actos administrativos, alcance del control jurisdiccional del proceso disciplinario, presupuestos probatorios para sancionar y autonomía del régimen disciplinario.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Procurador Segundo Delegado ante esta Corporación, solicitó negar las pretensiones de la demanda, para ello sustentó lo siguiente:

Señala que el literal g del artículo 41 de la Ley 909 de 2004¹ consagra como causal de retiro del servicio de los empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa la edad de retiro forzoso, de igual manera lo hace el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968².

Por otro lado indica que el artículo 34 numeral 1 y 2 de la Ley 734 de 2002, consagran los deberes de todo servidor público, entre ellos, cumplir la Constitución y la ley, por tanto deben de 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.

Expresa que está probado en el proceso, que el demandante faltó a sus deberes por omisión de funciones, toda vez que mantuvo en el cargo a una empleada que había cumplido 65 años de edad, esta circunstancia era causal para disponer el retiro de dicha servidora, sin embargo permaneció injustificadamente más de un año, quedando evidenciado que el demandante no cumplió con diligencia y eficiencia el servicio encomendado.

Solicita que deben permanecer incólumes los fallos acusados, ya que el demandante no probó en manera alguna que estén falsamente motivados o que se haya incurrido en violación al debido proceso o del derecho de defensa, razón que conlleva a negar las pretensiones de la demanda.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico gira en torno a establecer la legalidad de los actos disciplinarios de primera y segunda instancia proferidos el 29 de septiembre de 2008 y 28 de abril de 2009, por la Procuraduría Regional del Valle del Cauca y la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa, respectivamente, mediante los cuales se declaró disciplinariamente responsable al señor Jorge Portocarrero Banguera, imponiéndole como sanción la suspensión en el ejercicio del cargo por el término de dos meses, convertidos en multa equivalente a diecisiete millones quinientos veinticuatro mil ochocientos treinta pesos (\$ 17.524.830.00).

De la naturaleza administrativa de los actos disciplinarios.

Esta Corporación Judicial ha sido enfática en señalar que los actos de control disciplinario adoptados por cualquier entidad estatal en alguno de sus ámbitos - interno o externo, expedidos en ejercicio *del Ius Puniendi*, constituyen ejercicio de la función administrativa y por lo tanto son actos administrativos sujetos al pleno control de legalidad y constitucionalidad por la jurisdicción contencioso-administrativa, toda vez que aquellos no son actos que manifiesten el ejercicio de la función jurisdiccional, a diferencia de las decisiones disciplinarias proferidas por el Consejo Superior de la Judicatura que no son susceptibles de control judicial.

La Sala debe precisar que el control de legalidad y constitucionalidad sobre las decisiones disciplinarias de los actos de la administración confiadas a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa no puede convertirse en un nuevo examen de la prueba, como si se tratara de una tercera instancia, dado que el control judicial implica una especialidad y depuración del debate.

Antes de estudiar el fondo del asunto procede la Sala a resolver las excepciones propuestas por la Procuraduría General de la Nación,

denominadas así: I) de la legalidad de los actos administrativos, II) del alcance del control jurisdiccional del proceso disciplinario, III) presupuestos probatorios para sancionar IV) autonomía del régimen disciplinario.

Excepciones que las hace consistir básicamente en que los actos administrativos acusados se hallan ajustados a derecho, como quiera que la procuraduría aplicó la ley vigente al momento de la ocurrencia de la conducta, por lo tanto gozan de la presunción de legalidad y pueden ser sometidos a control por parte de Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Considera la Sala, que las anteriores excepciones, forman parte del fondo del asunto, por lo tanto deben ser estudiadas y decididas al momento de analizar esta.

Análisis del caso en concreto

Para tal efecto y con el fin de lograr una mayor comprensión de las decisiones cuya nulidad se solicita, la Sala estima oportuno transcribir algunas actuaciones administrativas que hacen parte del proceso disciplinario:

Con auto de 28 de abril de 2008 la Procuraduría le formuló el siguiente cargo:

“Haber sido omisivo en su calidad de nominador de la Contraloría Municipal de Cali, desde el 3 de enero de 2006, al no retirar del servicio público, a la Dra. OLIVIA ESCOBAR DE MAZUERA, funcionaria de libre nombramiento y remoción, que se desempeñaba como directora administrativa, una vez cumplió 65 años, el 2 de enero de 2006, toda vez que al llegar a esta edad, estaba incurso(sic) en causal de retiro forzoso.

Dicha omisión se presentó hasta el 20 de octubre de 2006, fecha en la que desempeñó el Cargo de Contralor General de Santiago de Cali:”

El 28 de abril de 2009 la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa señaló:

“Revisado y analizado detenidamente el proceso, se advierte por este despacho que la Ley 931 de 2004, tiene como objeto la protección especial por parte del Estado de los derechos que tienen los ciudadano a ser tratados en condiciones de igualdad, sin que puedan ser discriminados en razón de su edad para acceder al trabajo.

Al respecto el despacho considera que esta Ley 931 de 2004 es muy clara, solo se refiere es (sic) al ingreso de las personas a acceder a un trabajo, no trata sobre la desvinculación de las personas y mucho menos deroga la figura de la edad de retiro forzoso de los servidores públicos.

En cuando a que el disciplinado no desvinculó a la Dra. Olivia Escobar de Mazuera por protegerle el derecho al trabajo, es necesario señalar que por el hecho de ser retirado del cargo por tener la edad de retiro forzoso 65 años, es compensado con las garantías y prestaciones que se derivan de la especial protección y asistencia que el Estado está obligado a dispensar a las personas de la tercera edad (CP art 13 y 46), lo cual deja a salvo la integridad del indicado derecho fundamental.

(...)

Además, por el hecho de haber cumplido los sesenta y cinco años de edad, conserva intacta su capacidad de trabajo y por lo tanto puede seguir desempeñando su oficio en un ámbito que no se encuentre sujeto a la restricciones legales propias de los servidores públicos.

(...)

En cuanto a la falta (sic) de antijuridicidad por ausencia de ilicitud sustancial de la conducta, se advierte por parte del disciplinado que con esa conducta incumplió las normas legales que le fueron citadas en el pliego de cargos como son la Ley 909, artículo 41 numeral g, causales de retiro del servicio.... por lo tanto, el disciplinado en su condición de Contralor Municipal de Cali, como nominador tenía la obligación de retirar del servicio a la doctora Olivia Escobar de Mazuera, quien no lo hizo desatendiendo esas disposiciones.

Así las cosas, se estableció que el disciplinado sí cometió una falta antijurídica afectando el deber funcional sin justificación alguna, anotándose ilicitud sustancial material no formal, la cual es fácil de hallarla(sic) para este caso en particular, que sí se causó, puesto que el solo hecho de producir actos administrativos o ejercer funciones públicas sin tener requisitos legales para ejercer el cargo, o incumplir otros del mismo orden, no haya duda que efectúan el buen servicio de la administración pública”.

Establecido lo anterior, procede la Sala a analizar los cargos propuestos por la actora contra los actos acusados, así:

Aduce que es perfectamente válido que la ley prohíba el ingreso al trabajo por razones de la edad, mas no es legítimo despedir a un servidor público cuando está cercano a la pensión de jubilación, el ente de control no puede desconocer que el artículo 25 Superior y la Ley 931 de 2004 consagran que el trabajo es un derecho y una obligación social que goza de especial protección del Estado.

Agrega que el ente de control no debió sancionarlo, ya que el solo hecho de no haber desvinculado a la señora Escobar de Mazuera del cargo de Directora Administrativa de la Contraloría Municipal de Cali por cumplir la edad de retiro forzoso, no afecta los componentes de la función pública, por lo tanto la conducta es atípica por ausencia de ilicitud sustancial (art 5 C.D.U) situación que hace que los actos acusados estén sustentados en falsa motivación.

A efectos de resolver el cargo propuesto, la Sala considera oportuno traer como referencia, la sentencia C-563 del 6 de noviembre de 1997, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, que sobre el tema señala:

“La consagración legal de una edad de retiro forzoso del servicio público afecta el derecho al trabajo, pues el servidor público no puede seguir desempeñándose en su cargo. No obstante, si la fijación responde a criterios objetivos y razonables, debe afirmarse que, en principio, resulta proporcional a los fines constitucionales cuyo logro se persigue. La posibilidad de retirar a un servidor público de su empleo, una vez ha alcanzado una determinada edad fijada en la ley, es un instrumento de que disponen el legislador y la administración para lograr el principio de igualdad de oportunidades en el acceso a los cargos públicos y el derecho al trabajo de los ciudadanos que aspiran a desempeñarse como trabajadores al servicio del Estado.

La fijación legal de la edad de 65 años como razón suficiente para el retiro forzoso de cargos públicos sometidos al régimen de carrera administrativa, no vulnera el derecho fundamental al mínimo vital. En efecto, la restricción impuesta a los servidores públicos que cumplen la edad de retiro forzoso es compensada por el derecho que adquieren al disfrute de la respectiva pensión de jubilación y a las garantías y prestaciones que se derivan de la especial protección y asistencia que el Estado está obligado a dispensar a las personas de la tercera edad”. (Negrillas fuera de texto).

Así pues, los servidores públicos que sean retirados del servicio por llegar a la edad de retiro forzoso, no se les vulnera el derecho fundamental al trabajo, como quiera que esta restricción es compensada por el derecho que adquieren al disfrute de la respectiva pensión de jubilación, garantía y prestación que se deriva de la especial protección y asistencia a las que está obligado a ofrecer el Estado a las personas de la tercera edad.

Ahora bien, el artículo 5° de la Ley 734 de 2002 se refiere a la ilicitud sustancial, textualmente indica:

“La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna”.

Significa que el incumplimiento del deber funcional es entonces necesariamente el que orienta la determinación de la antijuricidad de las conductas que se reprochan por la ley disciplinaria. Obviamente no es el desconocimiento formal de ese deber el que origina la falta disciplinaria, sino que es la infracción sustancial, en otras palabras cuando se atenta contra la función pública y sus fines y principios consagrados por el artículo 209 de la Constitución Política.

De la edad de retiro forzoso como causal de retiro del servicio.

El artículo 31 del [Decreto Ley 2400 de 1968](#), modificado por el artículo 14 de la Ley 490 de 1998, que a su vez fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-644 de 1999. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo, contiene disposiciones sobre la administración del personal civil que presta sus servicios en los empleos de la rama ejecutiva del nivel nacional; este ordenamiento fijó en 65 años la edad de retiro forzoso, para cuyo caso estableció una pensión de vejez, conforme al siguiente tenor:

“Art. 31.- Todo empleado que cumpla la edad de sesenta y cinco (65) años será retirado del servicio y no podrá ser reintegrado. Los empleados que cesen en el desempeño de sus funciones por razón de la edad, se harán acreedores a una pensión de vejez, de acuerdo a lo que sobre el particular establezca el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos.

Exceptuánse de esta disposición los empleos señalados por el inciso 2º del artículo 29 de este decreto.”³ (Se refiere a los empleos en los cuales se puede reintegrar al servicio a la persona pensionada).

En similar sentido el artículo 122 del [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”, señala:

“Art. 122.- 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 29 del [Decreto 2400 de 1968](#), adicionado por el artículo 1º del 3074 del mismo año”

Debe señalarse de otra parte que de acuerdo con el artículo 120 del [Decreto 1950 de 1973](#) el empleado que “*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 conducta⁴.

Ahora bien, cabe recordar que la Corte Constitucional en la Sentencia C-351 de 1995⁵ al declarar la constitucionalidad del artículo 31 del [Decreto Ley 2400 de 1968](#) frente a los cargos planteados en ese proceso⁶ hizo una serie de consideraciones que resultan de capital importancia transcribir para efectos del presente proceso.

Al respecto señaló la Corte:

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

directamente está manifestando su deseo de que esa persona -el elegido- y no otra, ocupe el cargo correspondiente y lo desempeñe durante todo el período previamente señalado en la Carta Política. Para estos cargos la Constitución no prevé edad de retiro forzoso.

El artículo 31 del [Decreto 2400 de 1968](#) no ha perdido vigencia con la expedición de la Carta Política de 1991, porque, como se ha establecido, no la contradice. En efecto, la única tacha de inconstitucionalidad que podría impugnarse, en gracia de discusión, es que discrimina a los mayores de determinada edad, impidiéndoles su realización laboral. Pero el legislador como ya se expresó, es autónomo para fijar el tope de edad, porque la Constitución misma prevé estas situaciones, cuando confiere al legislador la potestad de señalar la edad, sin darle ninguna pauta específica. Luego no puede ser inconstitucional una especificación que goza de amparo constitucional.

No existe una discriminación, pues, porque se trata de una figura constitucional, y porque, además, deben brindarse oportunidades laborales a otras personas, que tienen derecho a relevar a quienes ya han cumplido una etapa en la vida. 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. La función pública es de interés general, y en virtud de ello, la sociedad tiene derecho a que se consagren garantías de eficacia y eficiencia en el desempeño de ciertas funciones. Por ello es razonable que exista una regla general, pero no absoluta, que fije una edad máxima para el desempeño de funciones, no como cese de oportunidad, sino como mecanismo razonable de eficiencia y renovación de los cargos públicos.

(...)

Se entiende por igualdad, como ya lo ha manifestado esta Corporación, la proporcionalidad equivalente entre dos o más entes, según un principio de reciprocidad. Y por derecho fundamental, aquel que siendo inherente a la persona, constituye el fundamento de legitimidad del orden jurídico, haciendo que éste sea justo. De lo anterior se colige que el derecho a la igualdad es la facultad que tiene todo ser humano, y en general toda persona, natural o jurídica, a recibir un trato no discriminado por parte de la sociedad civil y del Estado, según el merecimiento común -la racionalidad y la dignidad- y según los méritos particulares, fundados en la necesidad y en el trabajo. La igualdad en abstracto, implica una identidad en la oportunidad, al paso que en lo específico requiere un discernimiento, una diferencia y una proporcionalidad: se iguala lo diverso, no por homologación, sino por adecuación.

Finalmente, en cuanto a la supuesta violación del artículo 13 Superior por parte de la norma acusada, hay que anotar que el artículo 31 del [Decreto 2400 de 1968](#) no deja en estado de indefensión a los mayores de 65 años, ni los discrimina, porque los hace acreedores a la pensión por vejez, dándoles lo debido en justicia. Por otra parte, el Estado no deja de protegerlos, porque les puede brindar apoyo de otras maneras, y sería absurdo que, en aras de proteger la vejez, consagrara el derecho de los funcionarios mayores de 65 años a permanecer en sus cargos, sin importar los criterios de eficiencia y omitiendo el derecho de renovación generacional, que, por lo demás, está también implícito en el artículo 40-7 de la Constitución.”⁷

En similar sentido en la sentencia C-563 de 1997⁸ la Corte Constitucional al analizar la acusación formulada en ese proceso en contra del artículo 31 del Decreto-Ley 2277 de 1979, hizo igualmente específicas consideraciones sobre la justificación de la edad de retiro forzoso de los servidores públicos que contempla la Constitución.

Señaló esa Alta Corporación:

“(E)l personal civil al servicio de la rama ejecutiva del poder público ([Decreto 2400 de 1968](#), artículo 1°) deberá ser retirado del servicio, sin posibilidad de reintegro, al cumplir los sesenta y cinco años de edad, según lo dispone el artículo 31 del [Decreto 2400 de 1968](#). Así mismo, la edad, como causal de retiro forzoso, se encuentra consignada en los regímenes especiales de administración de personal aplicables a los servidores de la rama judicial del poder público (Ley 270 de 1996, artículo 149-4), del Ministerio Público (Ley 201 de 1995, artículo 166-f), de la Contraloría General de la República (Ley 106 de 1993, artículo 149-6) y de la Registraduría Nacional del Estado Civil (Decreto 3492 de 1986, artículo 100-d).

4. A juicio de la Corte, la consagración legal de una edad de retiro forzoso del servicio público afecta el derecho al trabajo, pues el servidor público no puede seguir desempeñándose en su cargo. No obstante, si la fijación responde a criterios objetivos y razonables, debe afirmarse que, en principio, resulta proporcional a los fines constitucionales cuyo logro se persigue. En efecto, la posibilidad de retirar a un servidor público de su empleo, una vez ha alcanzado una determinada edad fijada en la ley, es un instrumento de que disponen el legislador y la administración para lograr el principio de igualdad de oportunidades en el acceso a los cargos públicos (C.P., artículos 13 y 40-7) y el derecho al trabajo de los ciudadanos que aspiran a desempeñarse como trabajadores al servicio del Estado (C.P., artículo 25). Así mismo, medidas de esta índole persiguen la efectividad del mandato estatal contenido en el artículo 54 de la Carta Política, según el cual “el Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar” que, a su turno, es concordante con las facultades genéricas de intervención del Estado en la economía con la finalidad de “dar pleno empleo a los recursos humanos” (C.P., artículo 334). En suma, es posible afirmar que la fijación de una edad de retiro forzoso como causal de desvinculación del servicio público, constituye una medida gracias a 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”⁹.

Esta Corporación igual ha tenido pronunciamientos reiterados y uniformes en cuanto a que llegada la edad de retiro forzoso no es factible continuar vinculado con la administración salvo los casos expresamente previstos en la misma legislación.¹⁰

En suma, en relación con la edad de retiro forzoso los artículos 29 y 31 del [Decreto 2400 de 1968](#), modificado el primero por el Decreto 3074 del mismo año, y 122 del [Decreto 1950 de 1973](#), disponen que los servidores que lleguen a los 65 años de edad deben ser retirados del servicio que venían prestando, siendo claro además que el llegar a dicha edad se constituye en un impedimento para seguir desempeñando cargos públicos,

salvo cuando se trate de ocupar las posiciones de que trata el artículo 1º del Decreto 3074 de 1968 que adicionó el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968.

Del caso en concreto

La Sala encuentra probado lo siguiente:

Con Resolución OP- 386 de mayo 17 de 2004, fue nombrada la señora Olivia Escobar de Mazuera en el cargo de Directora Administrativa de la Contraloría Municipal de Cali, empleo de libre nombramiento y remoción, del cual tomo posesión el 18 de los mismos mes y año. (FI 49 a 50 p.d).

Fotocopias de la cédula de ciudadanía y del registro civil de nacimiento de la señora Olivia Escobar de Mazuera, que prueban que nació el 2 de enero de 1941 y que en consecuencia el 2 de enero de 2006 cumplió 65 años, alcanzando la edad de retiro forzoso de los servidores públicos.

Que fue declarada insubsistente el día 23 de enero de 2007, es decir 1 año y 21 días de haber cumplido la edad de retiro forzoso.

Como cuestión previa señala la Sala que la Ley 931 de 2004, nombrada por el actor en la Litis de la demanda, tiene como objeto la protección especial por parte del Estado de los derechos que tienen los ciudadanos hacer tratados en condiciones de igualdad, sin que puedan ser discriminados en razón de su edad para acceder al trabajo. Norma que no guarda relación con el caso bajo estudio, como quiera que no hace referencia a la permanencia de los servidores públicos en el servicio una vez cumplan la edad de retiro forzoso, que es el objeto de debate.

Está demostrado en el proceso que la señora Olivia Escobar de Mazuera, se desempeñaba como Directora Administrativa de la Contraloría Municipal de Santiago de Cali, desde el 18 de mayo de 2004, que cumplió la edad de retiro forzoso el 2 de enero de 2006; como quiera que nació el 2 de enero de 1941, pese a ello fue declarada insubsistente hasta el 23 de enero de 2007, es decir 1 año y 21 días después de haber cumplido los 65 años.

Resalta la Sala, que el hecho de no poder vincular a una persona mayor de 65 años a una entidad pública, no es una limitación para el ingreso al trabajo o un trato discriminatorio como equivocadamente lo pretende hacer ver el actor en la demanda, pues dicha persona ya ha logrado el derecho a obtener una pensión de vejez conforme lo señala el artículo 29 del Decreto 3135 de 1968; de esta manera el Estado garantiza su protección especial sin quedar en estado de necesidad ni de indefensión ante la vida, atendiendo a que ya ejerció su derecho al trabajo y el libre desarrollo de su personalidad, por lo tanto se debe aplicar el principio generacional como lo explicó la Corte Constitucional en sentencia C-351 de 1995 M.P Vladimir Naranjo Mesa, trascrita en párrafos anteriores.

Al respecto conviene poner de presente que en gracia de discusión en el evento que la señora Olivia Escobar de Mazuera, no cumpla con el tiempo de servicio para obtener su pensión, el legislador consagró axiomáticos beneficios para a aquellas personas que deban ser retiradas por razón de la edad, entre ellos, lo establecido en el artículo 29 *ibidem*, que señala:

“Pensión de retiro por vejez a partir de la vigencia del presente Decreto, el empleado público o trabajador oficial que sea retirado del servicio por haber cumplido la edad de 65 años y no reúna los requisitos necesarios para tener derecho a pensión de jubilación o invalidez, tendrá derecho a una pensión de retiro por vejez, pagadera por la respectiva entidad de previsión equivalente al veinte por ciento (20%) de su último sueldo devengado y un dos por ciento (2%) más por cada año de servicios, siempre que carezca de recursos para su congrua subsistencia. Esta pensión podrá ser inferior al mínimo legal.

De otra parte, no le asiste duda a la Sala que llegar a la edad de retiro forzoso constituye un impedimento para continuar en el ejercicio del cargo, con las excepciones previstas legalmente señaladas en el inciso segundo del artículo 29 del Decreto 2400 de 1968, adicionado por el artículo 1º del Decreto 3074 del mismo año. Bajo este entendido y siguiendo el contenido normativo y jurisprudencial anteriormente citado, el empleado que “*llegue a la edad de 65 años*”, debe ser retirado del servicio público, hecho que en el presente caso fue omitido por el demandante.

Todo lo dicho demuestra que el señor Jorge Portocarrero Banguera, Contralor Municipal de Cali para la época de los hechos, debió retirar de la entidad a la señora Olivia Escobar de Mazuera desde el 3 de enero de 2006, por haber cumplido la edad de retiro forzoso, pese a ello no lo hizo y pasó un importante lapso para que otro funcionario diferente al demandante lo hiciera, lo que constituye que el actor haya incurrido en la falta disciplinaria tipificada en los Nos 1º y 2º del artículo 34 de la Ley 734 de 2002, por omitir el cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 31 del Decreto 2400 de 1968 y 120, 122 del Decreto 1950 de 1973, como efectivamente lo analizó la Procuraduría en su momento.

En conclusión no existe dentro de la legislación norma jurídica que permita sostener que la señora Escobar de Mazuera debía permanecer en el cargo, por lo tanto era obligación del nominador retirarla del servicio público.

Finalmente manifiesta el demandante, que el solo hecho de no haber desvinculado a la señora Escobar Mazuera del cargo por llegar a la edad de retiro forzoso, no afecta la función pública, en esa medida la conducta es atípica por ausencia de ilicitud sustancial.

A efecto de resolver el cargo, la Sala considera pertinente transcribir el artículo 5 de la Ley 734 de 2002, el cual trata el tema relacionado con la ilicitud sustancial en materia disciplinaria, señalando que: “La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna.”

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-948 de 2002, señaló sobre el deber funcional lo siguiente:

“El incumplimiento de dicho **deber funcional** es entonces necesariamente el que orienta la determinación de la antijuridicidad de las conductas que se reprochan por la ley disciplinaria. Obviamente no es el desconocimiento formal de dicho deber el que origina la falta disciplinaria, sino

que, como por lo demás lo señala la disposición acusada, es la infracción sustancial de dicho deber, es decir el que se atente contra el buen funcionamiento del Estado y por ende contra sus fines, lo que se encuentra al origen de la antijuridicidad de la conducta. Así ha podido señalar esta Corporación que no es posible tipificar faltas disciplinarias que remitan a conductas que cuestionan la actuación del servidor público haciendo abstracción de los deberes funcionales que le incumben como tampoco es posible consagrar cláusulas de responsabilidad disciplinaria que permitan la imputación de faltas desprovistas del contenido sustancial de toda falta disciplinaria”.

De lo anterior se colige que el estudio de la antijuridicidad que se realiza en el proceso disciplinario no está enfocado al análisis de la lesión de un bien jurídico, sino que, se orienta a la afectación de los deberes del servicio y del buen funcionamiento del estado y de los principios que orientan la función pública establecidos en el Art.209 de la Constitución Política, en otras palabras, la ilicitud sustancial debe estar encaminada a la valoración de la antijuridicidad de la conducta disciplinaria, con el propósito de establecer si el comportamiento del servidor público corresponde a los deberes que la constitución y la ley le han impuesto en razón a la naturaleza de su cargo, y así determinar si su desempeño es consonante con el deber funcional y con los fines del Estado.

Teniendo en cuenta los anteriores criterios normativos y jurisprudenciales, la Sala encuentra que los actos acusados valoraron la antijuridicidad de la conducta endilgada y expresaron las razones de perturbación del servicio. Obsérvese que contrario a lo manifestado por el actor, la conducta reprochada afectó la función pública, pues al no retirar del servicio a la señora Escobar de Mazuera tan pronto cumplió los 65 años de edad, omitió un deber funcional consagrado en los numerales 1º y 2º del artículo 34 de la Ley 734 de 2002 en concordancia con lo dispuesto por los artículos 31 del Decreto 2400 de 1968 y 120, 122 del Decreto 1950 de 1973 con lo cual impide realizar el relevo generacional implícito en el numeral 7 del artículo 40 de la Constitución Política, como tantas veces lo ha señalado la Corte Constitucional¹¹, ya que este es el instrumento del que dispone el legislador y la administración para lograr el principio de igualdad de oportunidades al acceso a los cargos públicos y el derecho al trabajo de los ciudadanos que aspiran a desempeñarse como trabajadores al servicio del Estado, principios que orientan la administración pública consagrados en el referido artículo 209 de la Carta Política.

Igualmente, el hecho de producir actos administrativos o ejercer funcione públicas, estando impedida para desempeñarse en el cargo, afecta la función pública, toda vez que dichos actos crean situaciones jurídicas a pesar de estar presididos de nulidad generando responsabilidad a cargo del Estado, conducta con la que se perturba y se atenta contra el buen funcionamiento del Estado y por ende contra sus fines.

Razones por las cuales el cargo no está llamado a prosperar.

En conclusión, la Procuraduría demostró que los hechos en los que se basa la acción están debidamente probados, que la autoría y participación en la conducta tipificada como infracción disciplinaria es imputable al investigado, y por ende, los actos acusados conservan su presunción de legalidad.

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

FALLA

DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda dentro del proceso promovido por JORGE PORTOCARRERO BANGUERA contra la Procuraduría General de la Nación Fiscalía General de la Nación.

RECONOCER personería jurídica a la doctora Ana Carolina Sánchez Sánchez como apoderada de la Procuraduría General de la Nación en los términos y para los efectos del poder conferido a folio 179 del expediente

Una vez ejecutoriada la presente providencia archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

2 Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones.

3 Art 31 [Decreto Ley 2400 de 1968](#)

4 ARTICULO 120. 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. El retiro para gozar de pensión de jubilación o de vejez, se ordenará por la autoridad nominadora, mediante providencia motivada, pero no se hará efectiva hasta que no se haya liquidado y ordenado el reconocimiento y pago de la pensión por resolución en firme. (El aparte tachado fue declarado NULO por el Consejo de Estado mediante Sentencia de 20 de septiembre de 1982, Expediente No. 5786, Dr. Álvaro Orejuela Gómez.)

5 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

6 La Corte Constitucional sintetizó así la acusación formulada en esa ocasión: "De acuerdo con los argumentos del actor, la norma acusada distingue dos clases de ciudadanos: los menores y los mayores de sesenta y cinco años. "Los primeros gozan plenamente de todas las ventajas que otorga la condición de ciudadano, y muy especialmente, la de acceder al desempeño de cargos públicos, en tanto que los segundos soportan todas las cargas de la condición ya dicha, como el pago de impuestos, sin que tengan acceso al desempeño de cargos públicos". A juicio del demandante, la norma acusada es contraria al espíritu de la [Constitución Política](#), y en especial, a su artículo 13, que consagra el derecho a la igualdad, y al artículo 25 superior, que consagra el derecho al trabajo, "que se ve cercenado, especialmente para aquellas personas que optaron por el servicio al Estado." Afirma que "desde luego, a este respecto hay una excepción, pero establecida por la misma Constitución, y es la consagrada en su artículo 233, según el cual los altos funcionarios a que se refiere, por razones que el suscrito no alcanza a entender ni menos compartir, deberán dejar el cargo cuando hayan llegado a la edad de retiro forzoso. No existe en la Constitución ninguna otra excepción, por lo que resulta inconstitucional recortarle, mejor, cercenarle a los ciudadanos mayores de sesenta y cinco años su derecho a participar en el servicio público."

Finalmente sostiene que la causal de retiro señalada en la norma acusada excede los alcances del artículo 125 de la Carta Política, que prevé dos causales de retiro, y defiere a la ley la determinación de otras causales, ya que dicha la causal en comento afecta a todo un sector de la ciudadanía.

7 Sentencia C-351 de 1995 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

8 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

9 Sentencia C-563 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz En similar sentido ver la Sentencia C-1037 de 2003 M.P. Jaime Araujo Rentería.

10 Consejo de Estado Sala plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Jorge Dangond Flores. Bogotá, D. E., once (11) de septiembre (09) de mil novecientos setenta y nueve (1979) Actor: Armando Yepes Garcés. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Jaime Betancur Cuartas. Santafé de Bogotá, D.C., veintidós (22) de febrero de mil novecientos noventa (1990). Radicación número: 347. Actor: Ministerio de Educación Nacional.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección segunda. Subsección a Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de octubre de dos mil doce (2012). Radicación número: 68001-23-31-000-2004-03044-01(2504-11). Actor: Aurora Uribe Badillo.

11 Sentencia C-351 de 1991 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

Relatoría: JORM/Lmr.

Fecha y hora de creación: 2025-06-17 18:50:12