



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: John Jairo Morales Alzate

Bogotá, D.C.; veinticuatro (24) de abril de dos mil veinticuatro (2024).

Radicación: 11001-03-06-000-2024-00136 -00

Número Único: 2523

Referencia: Consulta formulada por el Ministerio del Interior sobre la aplicación de la edad de retiro forzoso para secretarios de despacho del Distrito Capital de Bogotá y otros cargos.

El ministro del Interior, con fundamento en lo previsto en el numeral 1.º del artículo 38 de la Ley 270 de 1996 y el numeral .1º del inciso tercero del artículo 112 de la Ley 1437 de 2011, consulta a la Sala sobre la «aplicación de la edad de retiro forzoso para secretarios de despacho del Distrito Capital de Bogotá».

I. ANTECEDENTES

En el escrito dirigido a la Sala, el Ministerio consultante expuso:

1. El artículo 1.º del Decreto Ley 3074 de 1968¹ dispone, como regla general, el retiro del empleado que reúna las condiciones para tener derecho a una pensión de jubilación, salvo las excepciones que el gobierno Nacional establezca y de acuerdo a las necesidades del servicio.

La norma señala que las personas con derecho a pensión de jubilación que pueden ser reintegradas al servicio, son las siguientes:

- a) Presidente de la República;
- b) Ministro de Despacho, jefe de Departamento Administrativo, superintendente;
- c) Viceministro, secretario General de Ministerio o Departamento Administrativo;
- d) Presidente, gerente o director de establecimientos públicos;
- e) Miembro de misión diplomática no comprendidos en la respectiva carrera y
- f) Secretarios privados de los despachos mencionados.

¹ Este artículo modificó el Decreto Ley 2400 de 1968.

2. El Decreto 1083 de 2015², en su artículo 2.2.11.1.5³, señala que las personas mayores de 70 años o aquellas con derecho a pensión de vejez, pueden ser reintegradas al servicio, en los cargos que venían del Decreto 3074 de 1968, incluyendo los siguientes:
 - a) Consejero o asesor;
 - b) Elección popular;
 - c) Las demás que por necesidades del servicio determine el Gobierno Nacional, siempre que no sobrepasen la edad de retiro forzoso.
- 2.1. Es de destacar, en esta parte del concepto, que el Decreto 1083 de 2015, en su artículo 2.2.11.1.7 - edad de retiro forzoso -, indica que la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016 fue el 30 de diciembre de 2016⁴.
3. La Ley 1821 de 2016 elevó, para las personas que desempeñan funciones públicas, la edad de retiro forzoso a 70 años. Exceptuó de esta regla, a los funcionarios de elección popular y a los cargos enunciados en el artículo 29 del Decreto Ley 2400 de 1968⁵, modificado por el artículo 1.º del Decreto Ley 3074 de 1968⁶.
4. El 5 de abril de 2024, el Ministerio del Interior radicó solicitud de concepto ante la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en la que formula los siguientes interrogantes:
 1. ¿Dada la autonomía constitucional del Distrito Capital y las demás consideraciones arriba expuestas ¿A los Secretarios de Despacho, los Directores de Departamento Administrativo y demás servidores de la Alta Dirección del Distrito Capital le son aplicables las disposiciones de la Ley 1821 de 2016?

² Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.

³ Este artículo se refiere al reintegro al servicio de pensionados.

⁴ El Decreto 1083 de 2015, es el Decreto Único Reglamentario de la Función Pública, y es un decreto compilatorio que para el momento de su expedición recogió todos los decretos del sector de la Función Pública. Se actualiza a medida que van saliendo normas sobre los diferentes temas que allí se contiene, verbigracia, la edad de retiro forzoso, regulada por la Ley 1821 de 2016, que a su vez modifica el régimen de la edad de retiro forzoso del Decreto 1083 de 2015, que era de 65 años. Por esta razón, aunque la ley que modificó la edad de retiro forzoso es del 2016, esta fue incorporada en el Decreto Único Reglamentario de la Función Pública que es del 2015.

⁵ Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones.

⁶ Por el cual se modifica y adiciona el Decreto número 2400 de 1968.

2. ¿Dado que el Distrito Capital se rige por el régimen especial, como el Decreto Ley 1421 de 1993 o Estatuto Orgánico de Bogotá, sin que allí se señale limitación alguna para ser nombrado como Secretario de Despacho del Distrito Capital y, habida cuenta que la Ley 1821 de 2016 no contempla un ámbito de aplicación, ni alude a los servidores públicos del Distrito Capital, es posible exceptuar de la regulación de esta última a los Secretarios de Despacho del Distrito Capital?
3. Si bien se trata de dos situaciones distintas, igualmente se consulta a la Honorable Sala: ¿Si en virtud de lo dispuesto en los artículos 2.1.1.1 Objeto y 2.1.1.2 Ámbito de Aplicación del Decreto 1083 de 2015, es dable aplicar a los Secretarios de Despacho, los Directores de Departamento Administrativo y demás servidores de la Alta Dirección del Distrito Capital, las excepciones contenidas en el artículo 2.2.11.1.5 Reintegro al servicio de pensionados del Decreto 1083 de 2015?
4. Como consecuencia de la procedencia de la aplicación de algunas de las anteriores alternativas normativas ¿Pueden los Secretarios de Despacho del Distrito Capital de Bogotá, permanecer en el cargo aún después de haber cumplido la edad de retiro forzoso?

De conformidad con los antecedentes y preguntas formuladas, el Ministerio del Interior consideró necesario aclarar el alcance e interpretación de la norma de retiro forzoso en relación con los secretarios de Despacho, los directores de Departamento Administrativo y demás servidores de la alta dirección de Bogotá Distrito Capital (en adelante Bogotá D.C.), de conformidad con el principio de autonomía de las entidades territoriales, el régimen jurídico especial de este distrito y el derecho fundamental de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos y al principio de igualdad.

Asimismo, el Ministerio consulta sobre la aplicabilidad de las excepciones contenidas en el artículo 2.2.11.1.5 del Decreto 1083 de 2015, relativo al reintegro al servicio de pensionados, para los servidores referidos en el párrafo anterior.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La consulta tiene por objeto establecer si a los secretarios de Despacho, los directores de Departamento Administrativo y demás servidores de la alta dirección del D.C.: i) le son aplicables las disposiciones de la Ley 1821 de 2016, sobre edad de retiro forzoso, y ii) si dichos cargos pueden equiparse a los funcionarios exceptuados en el artículo 2.2.11.1.5. del Decreto 1083 de 2015 que regula el

reintegro al servicio cuando se supera la edad de retiro forzoso o cuando se goza de la pensión de vejez.

En este sentido, la Sala considera necesario abordar los siguientes temas:

i) Principio del Estado Unitario y la autonomía de los entes territoriales:

- a) Bogotá, Distrito Capital: régimen Constitucional y legal especial.
- b) Régimen laboral aplicable a Bogotá D.C.
- c) Naturaleza de los cargos de los Secretarios de Despacho, los Directores de Departamento Administrativo y demás servidores de la Alta Dirección de Bogotá D.C.

ii) Edad de retiro forzoso: antecedentes y Ley 1821 de 2016:

- a) Conceptos de la Sala respecto de la Ley 1821 de 2016;

iii) Reintegro al servicio de pensionados: aplicación a los secretarios de Despacho, los directores de Departamento Administrativo y demás servidores de la alta dirección del Distrito Capital; y

iv) Conclusiones.

1. Principio del Estado Unitario y la autonomía de los entes territoriales

La Constitución Política de 1991 contempla en su preámbulo y en el artículo 1.^{o7}, que Colombia está organizada en forma de República Unitaria. Al mismo tiempo, resalta el artículo 1 la autonomía de sus entidades territoriales.

En concordancia con lo anterior, el artículo 287⁸ de la Carta señaló los componentes básicos de la autonomía como garantía institucional de las entidades territoriales, a saber: i) capacidad de gobernarse por autoridades propias; ii) potestad de ejercer

⁷ Artículo 1.^o Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

⁸ Artículo 287. Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos:

1. Gobernarse por autoridades propias.
2. Ejercer las competencias que les correspondan.
3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.
4. Participar en las rentas nacionales.

las competencias que les correspondan; iii) facultad de administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones, y iv) derecho a participar en las rentas nacionales.

La Corte Constitucional, en Sentencia C-579 de 2001⁹, al referirse sobre el alcance de la autonomía de los entes territoriales, precisó:

[D]e la regla de limitaciones recíprocas se desprende una sub-regla, en el sentido de que la autonomía constitucionalmente reconocida implica, para los entes territoriales, la facultad de gestionar sus asuntos propios; es decir, aquellos que solo a ellos atañen. Ello implica, en consonancia con los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad que deberán gobernar el ejercicio de las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales, que todo lo que tenga que ver con asuntos que rebasan el ámbito meramente local o regional, deberá ser regulado por una ley de la República: en los términos de la sentencia C-216/94, “es un desorden el pretender que lo que por esencia es nacional se regule con criterios seccionales o locales”. En el mismo sentido, en la sentencia C-004/93 se afirmó: “la introducción del concepto de autonomía, que implica un cambio sustancial en las relaciones centro-periferia, debe en todo caso ser entendida dentro del marco general del Estado unitario. De esta forma, a la ley corresponderá definir y defender los intereses nacionales, y para ello puede intervenir en los asuntos locales, siempre que no se trate de materias de competencia exclusiva de las entidades territoriales. En cualquier caso, hay que tener en cuenta que de lo que se trata es de armonizar los distintos intereses, y no simplemente de delimitarlos y separarlos. Por esto, generalmente las competencias que se ejercen en los distintos niveles no son excluyentes. Por el contrario, dichas competencias, como lo señala la propia Constitución, deben ejercerse dentro de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad”. En consecuencia, la autonomía territorial tiene límites en lo que toca con los intereses nacionales (C-506/95): “La autonomía inherente a la descentralización supone la gestión propia de sus intereses, es decir, la particular regulación de lo específico de cada localidad, pero siempre dentro de los parámetros de un orden unificado por la voluntad general bajo la forma de ley. Es decir, la normatividad propia debe estar en armonía con la ley general del Estado, ya que la parte se ordena al todo, así como lo específico está comprendido dentro de lo genérico” (Sentencia C-497A/94). (Negrilla y subraya la Sala).

Del anterior pronunciamiento se concluye, que la autonomía reconocida constitucionalmente no tiene un carácter absoluto, pues está circunscrita por los límites dados por la Constitución y la ley. Lo anterior, implica la sujeción de sus

⁹ Corte Constitucional, Sentencia del C-579 de 2001.

tareas a la normativa nacional, en virtud de los principios de legalidad y del Estado de Derecho.

Asimismo, la Corte Constitucional¹⁰ ha destacado que, en materia de organización territorial, la Norma Suprema mantiene la centralización política, la cual se traduce en unidad legislativa, en decisiones de carácter político que tienen vigencia en todo el territorio nacional, pero en armonía con el principio de autonomía a favor de las entidades territoriales, preservando la unidad del Estado.

En similar sentido, la Sección Primera del Consejo de Estado, en sentencia de julio 14 de 2011¹¹, al analizar la autonomía de los entes territoriales, como garantía constitucional y sus límites, consideró:

Por su parte, el principio de autonomía de las entidades territoriales tiene que ver con la potestad de autogobierno y manejo de los asuntos propios. Para ello, el artículo 287 de la Carta señaló los componentes básicos de la autonomía como garantía institucional de las entidades territoriales, a saber: (i) capacidad de gobernarse por autoridades propias; (ii) potestad de ejercer las competencias que les correspondan; (iii) facultad de administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones; y (iv) derecho a participar en las rentas nacionales.

El artículo 287 Superior también advierte que la autonomía de las entidades territoriales se ejerce “**dentro de los límites de la Constitución y la ley**”, con lo cual apunta a preservar el interés nacional y el principio de Estado Unitario. Sin embargo, como lo ha explicado la jurisprudencia constitucional, el Legislador no puede hacer uso indiscriminado de sus atribuciones para despojar por completo la autonomía que la propia Carta pregonaba para el manejo de los asuntos de interés local.

Es así como la jurisprudencia ha insistido en la necesidad de armonizar estos principios a fin de superar las inevitables tensiones que en ciertos momentos pueden presentarse entre unidad y autonomía. Este equilibrio debe buscarse a partir de las definiciones constitucionales de cada uno de ellos, reconociendo que ninguno tiene carácter absoluto, pero que tampoco pueden desvanecerse por completo: “por un lado, el principio de autonomía debe desarrollarse **dentro de los límites de la Constitución y la ley**, con lo cual se reconoce la posición de superioridad del Estado unitario, y por el otro,

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-216/94.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Primera, julio 14 de 2011, Rad. 2009-00032-02.

En esta sentencia la Sección Primera examinó los límites constitucionales y legales de la atribución de las administraciones de las entidades territoriales para financiar proyectos de gasto público, comprometiendo los recursos de presupuestos de anualidades posteriores, mediante el mecanismo de las denominadas «vigencias futuras excepcionales».

el principio unitario debe respetar un espacio esencial de autonomía cuyo límite lo constituye el ámbito en que se desarrolla esta última". (Negrillas del original; subrayas de la Sala).

En suma, es posible mencionar, que si bien el principio de autonomía de las entidades territoriales parte de la potestad de autogobierno y gestión de sus propios asuntos, este no es absoluto y que el mismo deberá estar armonizado con los intereses nacionales y los límites que se establecen en la Constitución y la ley.

1.1. Bogotá D. C.: régimen constitucional y legal especial

1.1.1. Constitución Política de 1991

El artículo 322¹² de la Constitución Política establece que Bogotá, en calidad de Capital de la República y del Departamento de Cundinamarca, se organiza como Distrito Capital, con un régimen propio en lo político, fiscal y administrativo, determinado por la Constitución y las leyes especiales que para el mismo se dicten y de manera residual por las disposiciones vigentes para los municipios.

De manera adicional, establece la norma que el Concejo, a iniciativa del Alcalde, dividirá el territorio distrital en localidades, de acuerdo con las características sociales de sus habitantes, y hará el correspondiente reparto de competencias y funciones administrativas, esto de conformidad con la autonomía diseñada dentro de la arquitectura constitucional.

1.1.2. Estatuto Orgánico de Bogotá D.C.

En desarrollo de la anterior disposición constitucional, el Presidente de la República, en uso de las atribuciones que le confirió el artículo transitorio 41 de la Constitución Política, dictó el Régimen Especial para Bogotá D.C., Decreto-Ley 1421 de 1993 - Estatuto Orgánico de Bogotá.

¹² Artículo 322. Bogotá, Capital de la República y del departamento de Cundinamarca, se organiza como Distrito Capital.

Su régimen político, fiscal y administrativo será el que determinen la Constitución, las leyes especiales que para el mismo se dicten y las disposiciones vigentes para los municipios.

Con base en las normas generales que establezca la ley, el concejo a iniciativa del alcalde, dividirá el territorio distrital en localidades, de acuerdo con las características sociales de sus habitantes, y hará el correspondiente reparto de competencias y funciones administrativas.

A las autoridades distritales corresponderá garantizar el desarrollo armónico e integrado de la ciudad y la eficiente prestación de los servicios a cargo del Distrito; a las locales, la gestión de los asuntos propios de su territorio.

En relación con la organización administrativa y el régimen aplicable a Bogotá D.C., el estatuto en mención¹³ en sus artículos 1.º y 2.º estableció:

Artículo 1. Santafé de Bogotá, Distrito Capital. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 322 de la Constitución Política, la ciudad de Santafé de Bogotá, Capital de la República y del departamento de Cundinamarca, se organiza como Distrito Capital y goza de autonomía para la gestión de sus intereses, dentro de los límites de la Constitución y la ley.

Artículo 2. Régimen aplicable. El Distrito Capital como entidad territorial está sujeto al régimen político, administrativo y fiscal que para él establece expresamente la Constitución, el presente estatuto y las leyes especiales que para su organización y funcionamiento se dicten. En ausencia de las normas anteriores, se somete a las disposiciones constitucionales y legales vigentes para los municipios. (Subraya la Sala).

Conforme a las anteriores normas, el Distrito Capital de Bogotá, para la gestión de sus intereses, goza de autonomía: i) política, ii) administrativa y iii) fiscal, dentro de los límites de la Constitución y la ley. Asimismo, el referido decreto determina el marco jurídico aplicable a este distrito, a saber: la Constitución, el mismo Estatuto Orgánico y las demás leyes especiales que se expidan para Bogotá y, subsidiariamente, las disposiciones constitucionales y legales vigentes para los municipios.

A su vez, el artículo 7.º, del citado Estatuto, determinó el alcance de la autonomía administrativa del cual goza el Distrito Capital de Bogotá, en los siguientes términos:

Artículo 7. Autonomía. Las atribuciones administrativas que la Constitución y las leyes confieren a los departamentos se entienden otorgadas al Distrito Capital, en lo que fuere compatible con el régimen especial de este último, y sin perjuicio de las prerrogativas políticas, fiscales y administrativas que el ordenamiento jurídico concede al departamento de Cundinamarca.

Las disposiciones de la Asamblea y de la Gobernación de Cundinamarca no rigen en el territorio del Distrito, salvo en lo que se refiere a las rentas departamentales que de conformidad con las normas vigentes, deban recaudarse en el Distrito.

Las normas contenidas en el presente estatuto se entenderán sin perjuicio de las rentas consagradas en la Constitución y la ley en favor del departamento de Cundinamarca. (Resalta la Sala).

¹³ Decreto-Ley 1421 de 1993 «Por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá».

En relación con el régimen especial de Bogotá, la instancia constitucional, en Sentencia C-778 de 2001¹⁴, consideró lo siguiente:

La Constitución ha prescrito que el régimen político, fiscal y administrativo, conforme al cual se organiza el Distrito Capital, se adopte una 'ley especial'. La característica de esta ley no está relacionada con aspectos de orden formal o con el método que ha de seguirse para su aprobación. Distingue a la 'ley especial', como categoría de acto normativo creado por la Constitución, la unicidad de su contenido: en ella se plasma el régimen político, fiscal y administrativo del distrito Capital.

Dado que el elemento que le confiere singularidad a la ley especial, es su contenido, se diferencian de las ordinarias solamente en cuanto su contenido, que integra una materia homogénea, tanto por el sujeto como porque sus reglas se informan de la singularidad de la ciudad en la que concurren condiciones no predicables de ningún municipio - sede de los órganos superiores del Estado, capital de la República y de un Departamento -, es evidente que en su caso con mayor intensidad cabe señalar que el proyecto de ley en el que se origina debe referirse a esa materia, siendo inadmisibles las disposiciones o modificaciones que no se vinculen directamente con ella (C.P., art. 158).

El status especial de la ley se difuminaría si en él se comprende toda regulación que de una o de otra manera afecte al Distrito Capital. **La especialidad es un atributo que responde a las exigencias que se derivan de la anotada singularidad del Distrito Capital y, por tanto, no puede ir más allá de la misma, de suerte que allí donde la situación que constituye el supuesto de una regulación resulta indiferente para cualquier entidad territorial, no se justifica que se establezca la regla especial.**

(...)

En síntesis: la existencia de un régimen especial para el Distrito Capital de Bogotá no impide que el legislador incluya en otros ordenamientos normas aplicables a él, como es el caso de la ley 617/2000, en la que se regulan distintos aspectos relacionados con la racionalización del gasto público y el saneamiento de las finanzas del Estado, siempre y cuando no se vacíe de contenido el estatuto especial. (Subraya la Sala).

De lo anterior se colige que, la especialidad del régimen para el D.C., no impide que el legislador pueda incluir normas que le resulten aplicables, sin que dicha

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-778 de 2001 del 2001.

competencia del Congreso implique un vaciamiento de la autonomía reconocida al ente territorial en estudio.

1.1.3. Régimen laboral aplicable a Bogotá D.C.

El Estatuto Orgánico de Bogotá señala en su artículo 2.º, que el D.C. «está sujeto al régimen político, administrativo y fiscal que para él establece expresamente la Constitución, el presente estatuto y las leyes especiales que para su organización y funcionamiento se dicten. » y que en ausencia de las normas anteriores, el «Distrito Capital se somete a las disposiciones constitucionales y legales vigentes para los municipios».

En el Título VIII, del mismo Estatuto, se regula el régimen aplicable a los servidores públicos del Distrito de Bogotá. En primer lugar, el artículo 125¹⁵ señala que, por regla general, el servidor público¹⁶ vinculado a la administración distrital tiene el carácter de empleado público.

Sin embargo, este artículo 125 hace una clasificación de los demás servidores del D.C., así: i), los trabajadores de la construcción y el sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales; ii) los servidores de los establecimientos públicos son empleados públicos; iii) Las personas que presten sus servicios en las empresas

¹⁵ ARTÍCULO 125. Empleados y trabajadores. Los servidores públicos vinculados a la administración tienen el carácter de empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y el sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales.

Los servidores de los establecimientos públicos y de los entes universitarios autónomos también son empleados públicos. En sus estatutos se precisarán las actividades que deben ser desempeñadas por trabajadores oficiales, de acuerdo con el anterior inciso.

Las personas que presten sus servicios en las empresas industriales y comerciales son empleados públicos o trabajadores oficiales. En los estatutos de dichas entidades se precisarán cuáles servidores tienen una u otra calidad.

¹⁶ El artículo 123 de la Constitución define que «son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios».

Por su parte, el artículo 125 dispone que, por regla general «[L]os empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera.» y exceptúa «los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley».

industriales y comerciales son empleados públicos o trabajadores oficiales y vi) los servidores de las sociedades de economía mixta, no sometidas al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado, se registrarán por el derecho privado.

Por su parte, el artículo 126 del citado Estatuto establece, de manera expresa, que le es aplicable a Bogotá D.C. y a sus entidades descentralizada las normas de la Ley 27 de 1992, que regulaba el empleo público, la carrera administrativa y gerencia pública, hoy Ley 909 de 2004, en los términos allí previstos y sus disposiciones complementarias.

En concordancia con lo anterior, el artículo 3.º, numeral 1.º, literal c), de la Ley 909 de 2004 contempla, dentro de su campo de aplicación: "A los empleados públicos de carrera de las entidades del nivel territorial: departamentos, Distrito Capital, distritos y municipios y sus entes descentralizados.

Ahora bien, los artículos *a posteriori* - del 127 al 134 – de la Decreto 1421 de 1993 se refieren a la selección de trabajadores, a la declaración de bienes, a los salarios y prestaciones, al régimen disciplinario, a las sanciones, al plazo de la investigación, al procedimiento y prescripción de la acción disciplinaria.

Corolario del régimen laboral aplicable al D.C., puede afirmarse que, a Bogotá se le aplica:

- i) Estatuto Orgánico de Bogotá - Decreto 1421 de 1993- (artículo 125 - 129)
- ii) La Ley 909 de 2004, por remisión del artículo 126 del Decreto-Ley 1421 de 1993.
- iii) Ante la ausencia de disposiciones especiales constitucionales o legales, las normas vigentes que rigen para los demás municipios.

1.1.4. Naturaleza de los cargos de los secretarios de Despacho, los directores de Departamento Administrativo y demás servidores de la Alta Dirección del D.C.

El artículo 125 de la Constitución Política establece:

Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. (subrayas fuera del texto).

De conformidad con la norma anterior, los servidores públicos que prestan sus servicios al Estado son, por regla general, de carrera, con excepción de los de elección popular, de libre nombramiento y remoción y trabajadores oficiales, entre otros que determine la ley.

Ahora bien, se resalta que el inciso segundo del artículo 126 del Estatuto Orgánico de Bogotá dispone que a Bogotá D.C. le son aplicables las disposiciones de la Ley 909 de 2004, en los términos allí previstos y sus disposiciones complementarias.

En este sentido, la Ley 909 de 2004, respecto de los cargos libre nombramiento, tanto a nivel Nacional como territorial señala:

Artículo 5. Clasificación de los empleos. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de:

1. Los de libre nombramiento y remoción que correspondan a uno de los siguientes criterios:
 - a) Los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices así:

En la Administración Central y órganos de control del Nivel Territorial:

Secretario General; Secretario y Subsecretario de Despacho; Veedor Delegado, Veedor Municipal; Director y Subdirector de Departamento Administrativo; Director y Subdirector Ejecutivo de Asociación de Municipios; Director y Subdirector de Área Metropolitana; Subcontralor, Vicecontralor o Contralor Auxiliar; Jefe de Control Interno o quien haga sus veces; Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o de Comunicaciones; Alcalde Local, Corregidor y Personero Delegado.

En la Administración Descentralizada del Nivel Territorial:

Presidente; Director o Gerente; Vicepresidente; Subdirector o Subgerente; Secretario General; Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o de Comunicaciones y Jefes de Control Interno y Control Interno Disciplinario o quien haga sus veces;

En la Administración Central y órganos de control del Nivel Territorial:

Secretario General; Secretario y Subsecretario de Despacho; Veedor Delegado, Veedor Municipal; Director y Subdirector de Departamento Administrativo; Director y Subdirector Ejecutivo de Asociación de Municipios; Director y Subdirector de Área Metropolitana; Subcontralor, Vicecontralor o Contralor Auxiliar; Jefe de Control

Interno o quien haga sus veces; Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o de Comunicaciones; Alcalde Local, Corregidor y Personero Delegado.

En la Administración Descentralizada del Nivel Territorial:

Presidente; Director o Gerente; Vicepresidente; Subdirector o Subgerente; Secretario General; Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o de Comunicaciones y Jefes de Control Interno y Control Interno Disciplinario o quien haga sus veces;

b) Los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza, que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato de los siguientes funcionarios, siempre y cuando tales empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos así:

En la Administración Central del Nivel Nacional:

Ministro y Viceministro; Director y Subdirector de Departamento Administrativo; Director y Subdirector de la Policía Nacional; Superintendente; y Director de Unidad Administrativa Especial.

En las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, los empleos adscritos a las oficinas de comando, de las unidades y reparticiones de inteligencia y de comunicaciones, en razón de la necesaria confianza *intuitu personae* requerida en quienes los ejerzan, dado el manejo que debe dársele a los asuntos sometidos al exclusivo ámbito de la reserva, del orden público y de la seguridad nacional, Comandantes y Segundos Comandantes de Fuerza y Jefe del Estado Mayor Conjunto.

En el Ministerio de Relaciones Exteriores los del servicio administrativo en el exterior con nacionalidad diferente de la Colombiana y el personal de apoyo en el exterior. En el Congreso de la República, los previstos en la Ley 5a. de 1992.

En la Administración Descentralizada del Nivel Nacional:

Presidente, Director o Gerente General, Superintendente y Director de Unidad Administrativa Especial.

En la Administración Central y órganos de Control del Nivel Territorial:

Gobernador, Alcalde Mayor, Distrital, Municipal y Local.

En la Administración Descentralizada del Nivel Territorial:

Presidente, Director o Gerente;

c) Los empleos cuyo ejercicio implica la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado;

- d) Los empleos que no pertenezcan a organismos de seguridad del Estado, cuyas funciones como las de escolta, consistan en la protección y seguridad personales de los servidores públicos.
- e) <Literal adicionado por el artículo 1 de la Ley 1093 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> Los empleos que cumplan funciones de asesoría en las Mesas Directivas de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales;
- g) <Literal adicionado por el artículo 1 de la Ley 1093 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> Los empleos cuyo ejercicio impliquen especial confianza que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, que estén adscritos a las oficinas de los secretarios de despacho, de los Directores de Departamento Administrativo, de los gerentes, tanto en los departamentos, distritos especiales, Distrito Capital y distritos y municipios de categoría especial y primera. (Resalta la Sala).

De lo anterior, la Sala colige que los cargos de secretarios de Despacho, directores de Departamento Administrativo y demás servidores de la Alta Dirección del Distrito Capital son: i) servidores públicos, ii) que ejercen funciones públicas en cumplimiento de la Constitución y la ley y, iii) que corresponden a cargos de libre nombramiento y remoción.

2. Edad de retiro forzoso: Ley 1821 de 2016

La Sala mediante Concepto 2326 de 2017, al analizar el alcance de la Ley 1821 de 2016, planteó las siguientes consideraciones, que por ser de importancia para la presente consulta, se retoman a continuación:

La Ley 1821 de 2016 es la culminación de una serie de propuestas e iniciativas legislativas que, desde hace varios años, buscaban aumentar la edad de retiro forzoso para los servidores públicos, inspiradas en el simple pero importante motivo de que las expectativas de vida de los colombianos, tanto en el caso de los hombres como de las mujeres, han aumentado dramáticamente desde 1968, cuando se estableció en 65 años la edad de retiro forzoso.

Un primer intento se dio con el artículo 14 de la Ley 490 de 1998, al cual se hizo referencia en el acápite anterior, intento que fracasó al declararse inexecutable dicha norma por parte de la Corte Constitucional.

Luego se presentaron algunos proyectos de ley al Congreso de la República, los cuales no prosperaron, hasta que, por iniciativa de varios senadores y representantes a la Cámara, se presentó el proyecto de ley N° 110 de 2015 (Cámara de Representantes), “[p]or medio de la cual se modifica la edad

máxima de retiro de algunos servidores públicos del orden nacional y de los particulares que ejercen funciones públicas de modo permanente”.

Este proyecto derivó finalmente en la Ley 1821 de 2016, “[p]or medio de la cual se modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas”, publicada en el Diario Oficial el día 30 de diciembre de 2016.

Esta ley cuenta solamente con cuatro (4) artículos, al igual que el proyecto inicialmente presentado.

El artículo 1º, que es el central, prescribe lo siguiente:

“Artículo 1º. 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”.

A juicio de la Sala, este artículo trae dos (2) importantes consecuencias, desde el punto de vista jurídico: (i) en primer lugar, aumenta la edad de retiro forzoso, hasta los 70 años, para los cargos, posiciones y funciones públicas que ya estaban sometidos a la edad máxima de 65 años para su ejercicio, de acuerdo con la legislación anterior, y (ii) en segundo lugar, somete a la edad de retiro forzoso (70 años) a aquellos servidores públicos y particulares que ejerzan de manera permanente funciones públicas y que, de acuerdo con el régimen anterior, no estaban sometidos a dicha causal de retiro, con excepción solamente de los mencionados en el segundo inciso del mismo artículo, a los cuales nos referiremos más adelante.

[...]

En efecto, la Ley 1821 de 2016 elevó a 70 años, la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas¹⁷.

¹⁷ Artículo 1o. <Artículo corregido por el artículo 1 del Decreto 321 de 2017. El nuevo texto es el siguiente:> La edad máxima para el retiro del cargo de las personas que desempeñen funciones

Es así como en el articulado se indican los presupuestos de aplicabilidad, los cuales son: i) que la persona desempeñe funciones públicas y ii) que cumpla 70 años. Asimismo, regula unas excepciones: i) para aquellos funcionarios que sean de elección popular y ii) los mencionados en el artículo 29 del Decreto Ley 2400 de 1968, modificado por el artículo 1.º del Decreto Ley 3074 de 1968.

El artículo 29 del Decreto Ley 2400 modificado por el artículo 1.º del Decreto Ley 3074 de 1968, enuncia los cargos que, aun teniendo derecho a pensión de jubilación, pueden ser reintegrados al servicio:

El empleado que reúna las condiciones para tener derecho a disfrutar de una pensión de jubilación, cesará definitivamente en sus funciones y será retirado del servicio dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha en que reúna tales condiciones. No obstante, el Gobierno podrá establecer excepciones para el retiro, cuando las necesidades del servicio lo exijan.

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,

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.

<Inciso CONDICIONALMENTE exequible> Lo aquí dispuesto no se aplicará a los funcionarios de elección popular ni a los mencionados en el artículo 29 del Decreto-ley 2400 de 1968, modificado por 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 párrafo 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. <Artículo corregido por el artículo 1 del Decreto 321 de 2017. El nuevo texto es el siguiente:> 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, y en los Decretos números 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).(Resaltado del texto original y de la Sala).

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. (Se resalta).

La Sala evidencia, que el listado de cargos que trae el Decreto Ley 3074 de 1968 es enunciativo, pues habilita al Gobierno para incluir nuevas excepciones por necesidad del servicio, mediante una motivación reforzada, pero siempre con el limitante de la edad de retiro forzoso (70 años). Esta misma facultad está reiterada en el numeral décimo del artículo 2.2.11.1.5 del Decreto 1083 de 2015, «[P]or medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública», que compiló, entre otras, las normas vigentes en materia de empleo público.

2.1. Conceptos de la Sala respecto de la Ley 1821 de 2016¹⁸

a) Concepto 2326. Febrero 8 de 2017

Mediante este concepto, la Sala resolvió una consulta elevada por el ministerio de Justicia y del Derecho, en el que se indagaba sobre aspectos generales de dicha ley, y otros particulares relacionados con su aplicación a los notarios. Para el efecto, la Sala abordó los siguientes temas:

(i) La regulación del retiro forzoso por la edad en Colombia; (ii) la Ley 1821 de 2016: antecedentes; (iii) interpretación del segundo inciso del artículo 1° de la Ley 1821: personas excluidas de su aplicación; (iv) interpretación de los artículos 2° y 4° de la misma ley: situación de los servidores públicos que cumplieron 65 años antes de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016, e irretroactividad de la ley, y (v) consideraciones adicionales en relación con los notarios.

Sobre el particular, es relevante recordar que la Sala afirmó, luego de hacer un recuento de las disposiciones que han regulado la causal de retiro forzoso por edad, que los artículos 3.°, 41 y 55 de la Ley 909 de 2004¹⁹ extendieron dicha causal, contenida en el Decreto Ley 2400 de 1968, a una gama amplia de servidores públicos de todas las ramas del poder público, de organismos de control y de órganos autónomos.

Posteriormente, la Sala realizó la interpretación de la Ley 1821, y en relación con su artículo 1.° sostuvo:

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2466 del 9 de agosto de 2021.

¹⁹ «Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones».

[L]a única conclusión que, a juicio de la Sala, resulta fiel a los antecedentes de la norma (interpretación histórica), a la finalidad perseguida con la Ley 1821 de 2016 (interpretación teleológica), a las otras partes de la misma ley, empezando por el artículo 1° en su integridad (interpretación sistemática), y a la jurisprudencia constitucional sobre este tema (interpretación constitucional), es que el citado inciso eximió de la causal de retiro forzoso por edad (la de 70 años o cualquier otra) a los servidores públicos de elección popular y a aquellos que señala el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968, tal como fue modificado por el artículo 1° del Decreto 3074 del mismo año, es decir, quienes ocupen los cargos 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 estos funcionarios. (Paréntesis y cursivas textuales).

Respecto de la interpretación al artículo 2.°, la Sala arribó a las siguientes conclusiones:

En este sentido, la “*opción voluntaria de permanecer en el cargo*”, a que se refiere el artículo 2° de la Ley 1821 de 2016, no es otra que la posibilidad de mantenerse en el empleo o en el ejercicio de las funciones públicas que se ejerzan hasta cumplir la edad de retiro forzoso, a pesar de haber completado los requisitos para pensionarse, en lugar de retirarse para disfrutar de la pensión de jubilación. Así quedó consignado, además, en los antecedentes legislativos de la norma, tal como se explicó en el aparte B) de este concepto.

Las consideraciones anteriores permiten entender claramente que el artículo 2° de la Ley 1821 se reduce a establecer dos reglas de derecho, a saber:

- i) Que dicha ley no modifica los requisitos previstos en las normas vigentes para adquirir el derecho a la pensión de jubilación; y
- ii) Que las personas que ejerzan funciones públicas no están obligadas, a partir de la vigencia de la citada ley, a retirarse de sus cargos al cumplir los requisitos para pensionarse, sino que pueden seguir ejerciendo sus funciones hasta cumplir la edad de retiro forzoso (70 años).

Así entendida la norma, se aprecia con claridad que la misma no se refiere de ninguna forma y en ningún sentido (favorable o desfavorable) a quienes hubieran cumplido la edad de retiro forzoso prevista en la legislación anterior (65 años) antes de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016 y que, por cualquier motivo, sigan ejerciendo funciones públicas.

Es necesario recordar que actualmente la edad exigida por la ley para adquirir el derecho a la pensión de jubilación es de 62 para los hombres y de 57 para las mujeres, tal como lo disponen los artículos 33 y 36 de la Ley 100 de 1993, modificado el primero de ellos por la Ley 797 de 2003. En consecuencia, de la opción que consagra el artículo 2º de la Ley 1821 de 2016 disponen los hombres y las mujeres que ejerzan funciones públicas y que lleguen a la edad de 62 años (para los primeros) o de 57 (para las segundas), siempre que en ambos casos hayan completado también las semanas de cotización o el tiempo de servicios exigido por el artículo 33 de la Ley 100 (hoy en día 1.300 semanas). (Cursivas, subrayado y paréntesis textuales).

La argumentación transcrita, guarda nexos inescindibles con la pregunta 2 de la consulta y su correspondiente respuesta, que por resultar relevante para el presente concepto se transcribe:

[...]

2. En los términos del artículo 2º de la Ley 1821 de 2016, ¿pueden permanecer voluntariamente en sus cargos las personas que (i) antes de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016 cumplieron la edad de 65 años, pero a esa fecha (ii) no se les había definido su situación laboral mediante acto administrativo de retiro y (iii) continúan ejerciendo funciones públicas?

Dado que la vigencia de la Ley 1821 de 2016 se rige por el “efecto general inmediato” (no es retroactiva) y que el artículo 2º de la misma no regula el supuesto fáctico que se describe en la pregunta, no pueden permanecer en sus cargos, hasta cumplir los 70 años de edad, las personas que antes de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016 (es decir, hasta el 30 de diciembre de ese año) cumplieron la edad de retiro forzoso a la que estaban sujetos, pero que continúan, por cualquier motivo, en el ejercicio de funciones públicas, independientemente de que su situación laboral o administrativa haya sido declarada (no constituida) o no mediante un acto administrativo en firme.

Dichas personas deben retirarse efectivamente de sus cargos y/o cesar en el ejercicio de las funciones públicas dentro del plazo y en las condiciones que establecían (o establecen) las normas legales y reglamentarias anteriores a la Ley 1821 que les sean aplicables, sin desconocer, en todo caso, lo previsto en la jurisprudencia constitucional para amparar los derechos fundamentales de las personas de la tercera edad y otras que requieren protección en condiciones especiales. (Se subraya).

Como puede apreciarse, de las transcripciones realizadas que resultan relevantes para el presente concepto, la Sala fijó «el ámbito de aplicación de la Ley 1821 respecto de las personas que *desempeñen funciones públicas*».

b) Concepto 2328. Agosto 15 de 2017

Por solicitud del Ministerio de Educación Nacional, la Sala rindió su concepto sobre la edad de retiro forzoso para el personal docente que labora en instituciones educativas oficiales, tanto en los niveles de preescolar, básica (primaria y secundaria) y media, como en las universidades públicas, a raíz de la expedición de la Ley 1821 de 2016.

En primer término, la Sala reiteró lo dicho en el Concepto 2326 de 2017, en particular, la interpretación sobre el artículo 2.º que se transcribió en precedencia.

Posteriormente, aludió a los docentes oficiales en su naturaleza de servidores públicos al tenor del artículo 123 del Constitución Política, y afirmó que al «tener la condición de servidores públicos, los docentes oficiales cumplen indudablemente funciones públicas o, para expresarlo con mayor precisión, ejercen *'la función pública'*».

Así las cosas, la Sala llegó a la conclusión de que la Ley 1821 se aplica, de manera general, a todos los docentes del Estado, pero a región seguido precisó:

[q]ue ello no significa que lo dispuesto en tal normatividad se aplique a todos los educadores oficiales por igual, o dicho de otra manera, en la misma medida y de la misma forma, pues, como se verá en los acápites siguientes, no existe un solo cuerpo legal que regule la relación de tales servidores públicos con el Estado, sino **varios regímenes** que se encuentran vigentes, dependiendo del tipo de establecimiento o institución en la cual cumplan sus labores, del grado o nivel de enseñanza en el cual se desempeñan y de la época en la cual se vincularon al servicio, entre otros factores. Tales **regímenes** contienen **normas especiales** y, en algunos casos, sustancialmente distintas, en lo referente a la permanencia y al retiro de los docentes y, en particular, a la cesación de sus funciones por la edad, de lo cual se colige **que la Ley 1821 de 2016 no modificó** tales disposiciones de la misma manera y, por lo tanto, que las conclusiones que puedan extraerse sobre la aplicación de la citada ley no son necesariamente iguales para los diferentes grupos de profesores oficiales. (Subrayado textual. Énfasis añadido).

c) Concepto 2405. Febrero 5 de 2019

La Dirección del Departamento Administrativo de la Función Pública consultó a la Sala sobre la aplicación de la Ley 1821 de 2016 a los representantes del presidente de la República en las juntas o consejos directivos de las entidades públicas descentralizadas de la Rama Ejecutiva, del orden nacional, en este asunto, la Sala se remitió a lo sostenido en el Concepto 2326 de 2017, que en lo pertinente ya fue recordado en literal a) de este acápite.

De otra parte, al estudiar el Decreto 1083 de 2015 «por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública», en el artículo 2.2.11.1.7 la Saña consideró que a la luz de la Ley 1821 de 2016, «el efecto o consecuencia jurídica para las personas que desempeñen funciones públicas y lleguen a la edad de setenta (70) años, es la de producirse “el retiro inmediato del cargo que desempeñen”, al cual, además, no pueden ser “reintegradas” posteriormente».

d) Concepto 2466. Agosto 9 de 2021

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público formuló consulta ante la Sala sobre la aplicación de la Ley 1821 de 2016, sobre edad de retiro forzoso a los trabajadores del Banco de la República señalados en el literal b) del artículo 38 de la Ley 31 de 1992.

En este Concepto, la Sala hizo referencia a la exclusividad del régimen legal propio del Banco de la República y sobre la inaplicabilidad del régimen previsto para la Rama Ejecutiva a los trabajadores de esa entidad.

Consideró que, en virtud del régimen legal propio del Banco de la República, a los trabajadores no le eran aplicables las normas que regulan las relaciones laborales del Estado, con sus demás servidores, según el mandato del artículo 48 de los estatutos del Banco y, por tanto, estarán sometidos al régimen laboral propio de esa entidad, al reglamento interno y a la convención colectiva, siempre que no contradigan el régimen propio y especial, el cual no establece una edad de retiro forzoso.

3. Reintegro al servicio de pensionados: aplicación a los secretarios de Despacho, los directores de Departamento Administrativo y demás servidores de la alta dirección del D.C.

Observa la Sala, que el otro planteamiento que presenta el Ministerio consultante es sobre el reintegro al servicio de pensionados y su aplicación a los secretarios de Despacho, los directores de Departamento Administrativo y demás servidores de la Alta Dirección del Distrito Capital.

Al respecto, el artículo 2.2.11.1.5 del Decreto 1083 de 2015, modificado por el artículo 1.º del Decreto 222 de 2023 dispone:

Artículo 1. Modifíquese el **ARTÍCULO 2.2.11.1.5** del Decreto 1083 de 2015, el cual quedará así:

“ARTÍCULO 2.2.11.1.5. Reintegro al servicio de pensionados. La persona mayor de 70 años o retirada con derecho a pensión de vejez no podrá ser reintegrada al servicio, salvo cuando se trate de ocupar los cargos de:

1. Presidente de la República.
2. Ministro del despacho o Director de Departamento Administrativo.
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. Las demás que por necesidades del servicio determine el Gobierno Nacional, siempre que no sobrepasen la edad de retiro forzoso.

PARÁGRAFO. La persona que se encuentre gozando de pensión de jubilación y que no haya llegado a la edad de 70 años, podrá ser reintegrada al servicio al empleo de:

1. Director General o Subdirector 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 Establecimientos Públicos.
5. Secretario General de Establecimiento Público del Orden Nacional.
6. Presidente, Gerente o Subgerente de Empresa Oficial de Servicios Públicos del orden nacional o territorial.
7. Rector, Vicerrector General, Vicerrector Nacional, Vicerrector de Sede, Secretario General, Gerente Nacional, Directores Nacionales y Decanos de los entes universitarios autónomos.”(Resalta la Sala).

Ahora bien, para la Sala es claro que la regla general es el retiro por llegar a la edad de 70 años o por estar gozando de una pensión de jubilación.

Sin perjuicio de lo anterior, una persona que se encuentre frente a estas dos situaciones tiene la posibilidad de volver a la administración para ocupar alguno de los cargos que el artículo 2.2.11.1.5 del Decreto 1083 de 2015 enuncia.

Estas dos posibilidades, que contempla la norma de volver al servicio público, se encuentran regladas en nuestra legislación y no operan en forma indiscriminada, definiendo los momentos en los cuales son aplicables y los cargos que gozan de dicho beneficio.

En este sentido, es importante destacar que el Decreto 1083 de 2015²⁰ de la Función Pública replicó, en su artículo 2.2.11.1.5, las dos situaciones excepcionales de permanencia en la función pública, aun teniendo la edad de 70 años o estando en la condición de pensionado, a algunos de los cargos exceptuados.

La Sala de Consulta y Servicio Civil²¹, en Concepto 786 de 1996, en el cual estudió si aplicaban las normas generales sobre reintegro al servicio y sus excepciones, al Distrito de Bogotá, consideró que por mandato de la Ley 27 de 1992²², las disposiciones de los Decretos Ley 2400 y 3074 de 1968, la Ley 61 de 1987, sus decretos reglamentarios y las normas que la modifiquen o adicionen eran aplicables a los empleados del Estado que prestaran sus servicios en las entidades u organismos de los niveles nacional, departamental, distrital (incluido el Distrito Capital conforme al Decreto 1421 de 1993), municipal y sus entes descentralizados, en las asambleas departamentales, en los concejos municipales y distritales y en las juntas administradoras locales.

Y, en relación a la prohibición de reintegrar al servicio empleados públicos retirados para disfrutar la pensión de jubilación sostuvo que « [E]l reintegro podrá hacerse si la persona no ha llegado a la edad de retiro forzoso; cumplida esa edad sólo podrá ser reintegrada a los empleos consignados en el artículo 29 del Decreto - ley 2400 de 1968, o a los de elección popular».

Ahora bien, el Concepto 786 de 1996 también abordó la posibilidad de homologar un cargo del orden nacional con uno del Distrito, y consideró que no podría, vía analogía hacer esa equivalencia. Al respecto expresamente señaló:

²⁰ Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.

²¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta, Concepto 786 de 1996.

²² Esta ley se encuentra derogada por el artículo 87 de la Ley 443 de 1998, derogada parcialmente, por el artículo 58 de la Ley 909 de 2004.

En cuanto a si es posible homologar los cargos de secretarios de despacho de gobernaciones y alcaldías con los de Ministro de Estado, la Sala considera que ella no procede. El empleo de ministro tiene origen en la Constitución Política (artículos 206 a 208), los de los mencionados secretarios son creados por ordenanza o acuerdo. Además, tienen nivel y funciones diferentes.

[...]

5. Los secretarios privados de los gobernadores, alcaldes y secretarios de despacho de gobernaciones y alcaldías, no están comprendidos en las excepciones que consagran los Decretos - ley 2400 y 3074 de 1968 y su Reglamentario 1950 de 1973; su naturaleza exceptiva no permite extender su aplicación por analogía. (Resaltado fuera del texto).

De la anterior transcripción, la Sala consideró que no se aplicará la analogía para equiparar cargos del orden Nacional con los del nivel territorial.

En conclusión, frente al retiro forzoso, bien sea por edad o por pensión de «jubilación» solo es posible continuar en el servicio cuando:

- i) La persona ocupe alguno de los cargos que señala el artículo 2.2.11.1.5 del Decreto 1083 de 2015.
- ii) El legislador y el Gobierno Nacional dispongan la ampliación de los cargos que se excluyen de manera excepcional del régimen de retiro forzoso y pueden seguir en el cargo después de los 70 años.
- iii) Se trate de personas que no hayan cumplido la edad de retiro forzoso, pero que estén gozando de pensión de jubilación, caso en el cual podrán reintegrarse al servicio en los cargos señalados en el parágrafo del artículo 2.2.11.1.5 del Decreto 1083 de 2015.

4. Conclusiones del marco normativo

De conformidad con las consideraciones precedentes, es posible afirmar lo siguiente:

1. En virtud del artículo 1.º de la Constitución Política «Colombia es un Estado social de derecho organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territorial».

Este mandato constitucional establece que la organización territorial del Estado colombiano se estructura a partir de los principios fundamentales de unidad estatal y autonomía de las entidades territoriales, pilares que configuran la organización y el funcionamiento del Estado, y en particular, la distribución y articulación de competencias entre la Nación y las entidades territoriales.

2. En desarrollo de lo anterior, el principio de autonomía de las entidades territoriales parte de la potestad de autogobierno y gestión de sus propios asuntos.

Para ello, el artículo 287 de la Carta señaló los componentes básicos de la autonomía como garantía institucional de las entidades territoriales, como son: (i) capacidad de gobernarse por autoridades propias; (ii) potestad de ejercer las competencias que les correspondan; (iii) facultad de administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones, y (iv) derecho a participar en las rentas nacionales, con la advertencia que el ejercicio de estas facultades deben estar dentro de los límites de la Constitución y la ley, en sentido formal.

3. El Decreto 1421 de 1993 delimita el régimen especial para el D. C., en materias como i) organización administrativa y su funcionamiento ii) planeación y desarrollo local ii) régimen fiscal y iv) servicios públicos, lo anterior, dentro de los límites de la constitución y la ley.
4. Por disposición constitucional, el Distrito Capital de Bogotá está sometido al régimen administrativo especial que fije la ley. En ese régimen administrativo debe entenderse incluido el régimen laboral administrativo del distrito.
5. Respecto al régimen laboral aplicable al D. C., el artículo 125 del Decreto 1421 de 1993 establece que el servidor público vinculado a la administración tiene, por regla general, el carácter de empleado público y se le aplica la Constitución, las normas especiales propias y las generales que regulan el empleo público, la carrera administrativa y la gerencia pública.

En este sentido, el artículo 126 del referido Estatuto establece que: «[S]on aplicables en el Distrito Capital y sus entidades descentralizadas las disposiciones de la Ley 27 de 1992, en los términos allí previstos y sus disposiciones complementarias».

La referida Ley 27 de 1992, corresponde hoy a la Ley 909 de 2004 que regula el empleo público y la carrera administrativa en Colombia.

El artículo 41 de la Ley 909 de 2004 establece que «el retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce, entre otras, en los casos en los que se llegue a la edad de retiro forzoso».

Los cargos que son objeto de la consulta del Ministerio del Interior (secretaría de Despacho del Distrito y directores de departamentos administrativos) son cargos de libre nombramiento y remoción.

6. De conformidad con la Ley 1821 de 2016, hay una regla general que dispone que las personas que desempeñen funciones públicas y que lleguen a la edad de 70 años deben retirarse del servicio.

Sin embargo, esta regla tiene como excepción los cargos enunciados en el artículo 2.2.11.1.5 del Decreto 1083 de 2015, en armonía con los Decretos 2400 y 3074 de 1968²³. Aplicable también, para las personas que tienen derecho a la pensión de jubilación, que pueden o no tener la edad de retiro forzoso.

En atención a las consideraciones de hecho y de derecho, la Sala de Consulta y Servicio Civil

III. RESPONDE

1. Dada la autonomía constitucional del Distrito Capital y las demás consideraciones arriba expuestas ¿A los Secretarios de Despacho, los Directores de Departamento Administrativo y demás servidores de la Alta

²³ Normas actualmente vigentes de conformidad con el artículo 4.º de la Ley 1821 de 2016, que reza:

ARTÍCULO 1o. <Artículo corregido por el artículo 1 del Decreto 321 de 2017. El nuevo texto es el siguiente:> 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.

<Inciso CONDICIONALMENTE exequible> Lo aquí dispuesto no se aplicará a los funcionarios de elección popular ni a los mencionados en el artículo 29 del Decreto-ley 2400 de 1968, modificado por el artículo 1o del Decreto-ley 3074 de 1968. (Se resalta).

Dirección del Distrito Capital le son aplicables las disposiciones de la Ley 1821 de 2016?.

Sí, le son aplicables las disposiciones de la Ley 1821 de 2016, a los secretarios de Despacho, los directores de Departamento Administrativo y demás servidores de la alta dirección del D.C., por la remisión del Estatuto Orgánico de Bogotá a las normas de la Ley 24 Ley 27 de 1992, hoy correspondientes a la Ley 909 de 2004, la que a su turno remite al régimen de retiro forzoso establecido en La Ley 1821 de 2016.

2. ¿Dado que el Distrito Capital se rige por el régimen especial, como el Decreto Ley 1421 de 1993 o Estatuto Orgánico de Bogotá, sin que allí se señale limitación alguna para ser nombrado como Secretario de Despacho del Distrito Capital y, habida cuenta que la Ley 1821 de 2016 no contempla un ámbito de aplicación, ni alude a los servidores públicos del Distrito Capital, es posible exceptuar de la regulación de esta última a los Secretarios de Despacho del Distrito Capital?.

No, no es viable exceptuar la aplicación de la Ley 1821 de 2016 a los Secretarios de Despacho del Distrito Capital, porque el régimen especial de éste, extiende la aplicación de la Ley 27 de 1992, hoy correspondiente a la Ley 909 de 2004, a sus empleados y esta se refiere a la edad de retiro forzoso que es actualmente regulada por la Ley 1821 de 2016.

3. Si bien se trata de dos situaciones distintas, igualmente se consulta a la Honorable Sala: ¿Si en virtud de lo dispuesto en los artículos 2.1.1.1 Objeto y 2.1.1.2 Ámbito de Aplicación del Decreto 1083 de 2015, es dable aplicar a los Secretarios de Despacho, los Directores de Departamento Administrativo y demás servidores de la Alta Dirección del Distrito Capital, las excepciones contenidas en el artículo 2.2.11.1.5 Reintegro al servicio de pensionados del Decreto 1083 de 2015?.

No, las excepciones contenidas en el artículo 2.2.11.1.5 (Reintegro al servicio de pensionados), le son aplicables a los cargos mencionados en la norma y no da lugar a realizar su extensión por vía de analogía o interpretación.

4. Como consecuencia de la procedencia de la aplicación de algunas de las anteriores alternativas normativas ¿Pueden los Secretarios de Despacho del Distrito Capital de Bogotá, permanecer en el cargo aún después de haber cumplido la edad de retiro forzoso?.

No, no pueden permanecer en el cargo, porque a estos les son aplicables las disposiciones contenidas en la Ley 1821 de 2016.

Remítase al Ministerio del Interior y envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.



ÓSCAR DARÍO AMAYA NAVAS
Presidente de la Sala



MARÍA DEL PILAR BAHAMÓN FALLA
Consejero de Estado

ANA MARÍA CHARRY GAITÁN
Consejera de Estado
(Ausente con excusa)



JOHN JAIRO MORALES ALZATE
Consejero de Estado



REINA CAROLINA SOLÓRZANO HERNÁNDEZ
Secretaria de Sala

Id Documento: 110010306000202400136001800000800009