CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN A

CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá D. C., cuatro (4) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Referencia:	**Nulidad Simple**
Radicado:	11001 03 25 000 2017 00471 00 (2205-2017)
Accionante:	Carlos Alfonso Araujo Castro
Demandado:	Nación – Departamento Administrativo de la Función Pública
Temas:	Edad de retiro forzoso. Inciso segundo del artículo 2.2.11.1.7. del Decreto 648 del 19 de abril de 2017[1], proferido por el presidente de la República.

SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA- LEY 1437 DE 2011

I. ASUNTO

1. La Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, como tribunal supremo de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo[2], decide en única instancia, la demanda instaurada en ejercicio del medio de control de nulidad por el señor Carlos Alfonso Araujo Castro, quien actúa en su propio nombre, en contra del inciso segundo del artículo 2.2.11.1.7. del Decreto 648 del 19 de abril de 2017[3], proferido por el presidente de la República.

[1] «Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1083 de 2015, Reglamentario Único del Sector de la Función Pública»
[2] Ordinal 1.º del artículo 237 de la Constitución Política.
[3] «Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1083 de 2015, Reglamentario Único del Sector de la Función Pública»

II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda[4]

2. El señor Carlos Alfonso Araujo Castro, actuando en su propio nombre, interpuso demanda en ejercicio del medio de control de nulidad previsto en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, en donde se pretende la nulidad del inciso segundo del artículo 2.2.11.1.7. del Decreto 648 del 19 de abril de 2017, proferido por el presidente de la República «Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1083 de 2015, Reglamentario Único del Sector de la Función Pública».

3. A folio 26[5], se solicitó la suspensión provisional de los efectos del acuerdo acusado.

2.2. Norma acusada

4. El accionante solicita la nulidad, en su integridad, del inciso segundo del artículo 2.2.11.1.7. del Decreto 648 del 19 de abril de 2017, proferido por el presidente de la República «Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1083 de 2015, Reglamentario Único del Sector de la Función Pública», que dispone:

> «**ARTÍCULO 2.2.11.1.7** ***Edad de retiro forzoso.*** A partir de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016, la edad de setenta (70) años constituye impedimento para desempeñar cargos públicos, salvo las excepciones señaladas en el artículo 2.2.11.1.5.
>
> Las personas que antes de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016 tuvieren 65 años o más y continúan vinculadas al servicio público, deberán ser retiradas del servicio. Lo anterior, por cuanto no son destinatarias de la regulación de que trata la citada ley.»[6].

2.3. Hechos

5. Se indicó en la demanda, que la Ley 1821 de 2016 «Por medio de la cual se modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas», estableció que las personas que se encontraban en ejercicio de funciones públicas a

[4] Folios. 22 y s.s. del cuaderno principal.
[5] Folios 26 y siguientes del cuaderno de medidas cautelares.
[6] https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=80915

su entrada en vigencia (30 de diciembre de 2016) y que habían cumplido 65 años podían permanecer en sus cargos voluntariamente, siempre y cuando siguieran cotizando al régimen de seguridad social en salud, pensiones y riesgos laborales, sin perjuicio de que hayan completado los requisitos para acceder a la pensión.

6. Sin embargo, con la expedición del inciso 2.° del artículo 2.2.11.1.7. del Decreto 648 de 19 de abril de 2017 «Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1083 de 2015, Reglamentario Único del Sector de la Función Pública» se realizó una interpretación errónea del inciso 2.° de la Ley 1821 de 2016, que es desfavorable a los empleados públicos que se encuentran vinculados al servicio público y al momento de entrar a regir la ley ya habían cumplido los 65 años de edad.

7. Según lo relató, dentro del trámite legislativo se observó que en el informe de conciliación del proyecto de Ley 131 de 2015 (Senado) y 110 de 2015 (Cámara), presentado el 14 de diciembre de 2016 y publicado en la Gaceta del Congreso No. 1129 del 14 de diciembre de 2016 se expresó que la aplicación de la Ley no cobijaría a quienes hubiesen cumplido los 65 años antes de entrar en vigencia la norma, sin que se hubiesen informado por los conciliadores las razones de su inclusión y sin análisis o debate alguno frente al tema.

8. El 15 de diciembre de 2016, se presentó nuevamente informe de conciliación del proyecto de ley (publicado en la gaceta del Congreso No. 1141 de 15 de diciembre de 2016) y nota aclaratoria al informe de conciliación (publicado en la Gaceta del Congreso No. 1142 de 15 de diciembre de 2016) en el que se eliminó la inclusión incorporada en el informe de conciliación publicado en la gaceta 1129, en relación con las personas que habían cumplido los 65 años de edad.

9. Según lo indicó, en el informe de conciliación publicado en la gaceta No. 1141 y en la nota aclaratoria publicada en la gaceta No. 1142, se observa que los conciliadores informaron al Congreso que «el texto radicado el día 14 de diciembre presentó algunos errores de transcripción». Pero no se realizó el análisis o debate alguno, como tampoco se observó durante el trámite del proyecto proposición alguna, análisis o debate frente a la inclusión de esta excepción para aquellos que ya tenían 65 años, excepto, la proposición de la doctora Robledo, en relación con los notarios y en consideración a que se había culminado el proceso de concurso

público y podrán afectarse derechos adquiridos de las personas que participaron en este .

10. Por ello, se colige que los empleados públicos que a la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016 (30 de diciembre de 2016) tenían 65 años de edad, pueden permanecer en sus cargos voluntariamente, siempre y cuando continúen cotizando al régimen de seguridad social en salud, pensiones y riesgos laborales, así hayan completado los requisitos para acceder a la pensión de vejez o jubilación, toda vez que a ellos no se les aplica lo dispuesto en el parágrafo 3.° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9.° de la Ley 797 de 2003, por expresa disposición legal.

2.4. Normas violadas y concepto de violación.

11. El demandante consideró que con la expedición del inciso 2.° del artículo 2.2.11.1.7. del Decreto 648 del 19 de abril de 2017, proferido por presidente de la República, se vulneraron los artículos 40, numeral 7.°, 53 y 189 numeral 11 de la Constitución Política y el artículo 2.° de la Ley 1821 de 2016.

12. Según el accionante, la norma demandada incurrió en las siguientes causales de anulación:

- **Violación al principio de favorabilidad establecido en el artículo 53 de la Constitución Política y el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos**.

13. El artículo 53 impone que se busque la interpretación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación en las fuentes formales del derecho.

14. Al respecto indicó que desde la perspectiva de la Corte Constitucional, señalada en la sentencia C- 177 de 2005, la aplicación retrospectiva de la Ley laboral opera siempre y cuando no haya cesado el vínculo laboral y en este sentido, el trabajador cuya edad de retiro forzoso se hubiera verificado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016, tiene la posibilidad de hacer uso de la opción que ofrece el artículo 2.° de la misma ley, si y solo si, la relación laboral se encontraba vigente al momento de la expedición de aquella.

15. En este caso lo establecido en el inciso 2.° del artículo 2.2.11.1.7. del Decreto 648 de 19 de abril de 2017 proferido por el presidente de la República establece una interpretación errónea del inciso 2.° de la Ley 1841 de 2016, que es desfavorable a los empleados públicos que se encuentran vinculados al servicio público y al momento de entrar a regir la ley ya habían cumplido los 65 años de edad.

- **Violación del artículo 2.° de la Ley 1821 de 2016.**

16. Según la demanda, la norma acusada viola ostensiblemente lo establecido en el artículo 2.° de la Ley 1821 de 2016.

17. Lo anterior porque, las personas que se encontraban en ejercicio de funciones públicas a la entrada en vigor de la Ley (30 de diciembre de 2016) y que habían cumplido 65 años pueden permanecer en sus cargos voluntariamente siempre y cuando sigan cotizando al régimen de seguridad social en salud, pensiones y riesgos laborales. Lo anterior, sin perjuicio de que hayan completado los requisitos para acceder de la pensión, toda vez que a ellos no se les aplica lo dispuesto en el parágrafo 3.° del artículo 9.° de la Ley 797 de 2003.

- **Exceso de la potestad reglamentaria.**

18. El numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política de Colombia le asignó al presidente de la República la atribución de ejercer la potestad reglamentaria mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes y so pretexto del ejercicio de la potestad reglamentaria mal puede ampliarse el ámbito de aplicación de la ley. Y en este caso el presidente de la República le dio un ámbito de aplicación diferente al inciso 2.° de la Ley 1821 de 2016.

19. Finalmente es de indicar que a folio 22 el demandante hizo alusión a la falsa motivación, sin explicar de qué forma se configuró la causal de nulidad mencionada.

2.5. Contestación de la demanda

20. El Departamento Administrativo de la función Pública [7], a través de apoderado, se opuso a las pretensiones de la demanda.

21. Tal como lo manifestó el apoderado, contrario a lo señalado por el demandante, la Ley 1821 de 2016 no es aplicable a los servidores públicos que con anterioridad a su expedición tenían cumplidos 65 años o más de edad y en consecuencia configuraron la causal legal de retiro del servicio contemplada en el literal g) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 « por edad de retiro forzoso» que constituye una hipótesis distinta a la consagrada en el artículo 2.° de la Ley 1821 de 2016.

22. En efecto, la Ley 1821 de 2016 tiene como sus destinatarios a los servidores que, para el momento su expedición, no tenían los 65 años de edad y por esa razón tampoco configuraron esa causal de retiro del servicio, pudiendo permanecer voluntariamente en el cargo hasta los 70 años, aunque hubiesen completado los requisitos de pensión, sin que les sea aplicable el artículo 9.° de la Ley 797 de 2003.

23. En consecuencia, no son iguales ni equiparables las hipótesis previstas en el inciso 2.° del artículo 2.2.11.1.7. del Decreto 648 de 2017 (mayores de 65 años) y la contemplada en el artículo 2.° de la Ley 1821 de 2016 (menores de 65 años) lo cual desvirtúa los argumentos de nulidad del actor, toda vez que no se incurrió en los vicios endilgados.

2.6. Trámite procesal

24. Mediante providencia de 9 de julio de 2019[8], se admitió la demanda conforme con el artículo 171 del CPACA y se ordenó la notificación al representante legal del Departamento Administrativo de la Función Pública, así como al procurador delegado ante esta corporación y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

25. Por auto de 10 de diciembre de 2020[9] se negó la solicitud de suspensión provisional de la norma acusada.

[7] Ff. 58 y s.s. Cdno. 1.
[8] F. 44 y s.s.
[9] F. 40 a 45 cuaderno de medidas cautelares.

26. Mediante proveído de 22 de octubre de 2021 en aplicación del numeral 1.° del artículo 182 A de la Ley 1437 de 2011 se adoptaron las siguientes decisiones:

- Se prescindió de la audiencia inicial prevista en el artículo 180 *ibidem.*

- Se incorporaron las pruebas documentales aportadas por las partes de conformidad con lo señalado por el artículo 173 del CGP.

- La fijación del litigio se estableció en los siguientes términos:

i) «Deberá la Sala determinar si ¿el Departamento Administrativo de la Función Pública, al expedir el inciso 2° del artículo 2.211.1.7 del Decreto 648 del 19 de abril de 2017, desconoció el principio de favorabilidad y las pautas dadas por el artículo 2.° de la Ley 1821 de 2016 frente a los empleados cuya edad de retiro forzoso se hubiera verificado con anterioridad a la entrada en vigor de la citada Ley 1821 de 2016[10]?

ii) Deberá verificarse si ¿con la expedición del inciso 2.° del artículo 2.211.1.7 del Decreto 648 del 19 de abril de 2017 se incurrió en falsa motivación y exceso de la potestad reglamentaria?»

- De igual forma se dispuso que en caso de no presentarse recursos contra esta decisión u observaciones sobre la fijación del litigio, ordenó correr traslado a las partes y al Ministerio Público para que presenten sus alegatos de conclusión y concepto respectivamente.

- **La parte demandante**[11] reiteró los argumentos manifestados en la demanda, referentes a que se incurrió en falsa motivación, exceso de la potestad reglamentaria y desconocimiento del principio de favorabilidad para los empleados que a la entrada en vigor de la Ley 1821 de 2016 tuvieran 65 años de edad y se encontraran vinculados al servicio. Además, se desconoció lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia C – 084 de 2018.

- **La apoderada del Departamento Administrativo de la Función Pública**[12] insistió en que, contrario a lo considerado por el demandante, los destinatarios de lo dispuesto en el artículo 2.° de la Ley 1821 de 2016 , son aquellas personas

[10] «Por medio de la cual se modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas».
[11] Ff. 75 y s.s. C. 1. Índices 43 y 45 SAMAI.
[12] Folios 79 y siguientes C. 1. Índice 42 SAMAI.

que **no** se encontraban en la excepción consagrada en el artículo 1 ° de aquella y, al momento de entrar a regir la Ley 1821 de 2016, no hubieran cumplido la edad 65 años. En consecuencia, estas personas de ninguna manera resultan afectadas con lo dispuesto en el inciso ahora acusado, razón por la cual, los argumentos esbozados por el demandante, según los cuales, aquel: (i.) puede ocasionar un perjuicio irremediable a los servidores públicos que se encuentran dentro del ámbito del artículo segundo de la Ley 1821 de 2016, y (ii) viola ostensiblemente lo allí normado, no están llamados a prosperar.

2.7. Concepto del Ministerio Público

27. El **procurador tercero delegado** ante esta Corporación[13] consideró que no estaban llamados a prosperar los cargos de la demanda impetrada comoquiera que la norma acusada se ajusta al ordenamiento jurídico que rige la edad de retiro forzoso, así como los derechos laborales de los servidores públicos.

28. Además, la interpretación que hace el accionante del artículo 2 de la Ley 1821 de 2016 es sesgada y pretende que los funcionarios que cumplieron la edad de 65 años de servicios, con anterioridad a la entrada en vigor de esa norma, permanezcan en el cargo por regla general.

29. Indicó que cuando la Ley 1821 de 2016 estableció que «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 [...] lo que hizo fue descartar los casos de las personas que «a *contrario sensu* de la nueva edad de retiro forzoso, ya han cumplido la edad de retiro forzoso establecida en el anterior régimen normativo, sin que el legislador hubiere dispuesto un régimen de transición, ni mucho menos.» (sic).

30. En ese sentido, el accionante no puede pretender darle un alcance diferente a la ley anterior que regulaba el retiro forzoso a los 65 años de edad con miras a establecer una supuesta protección laboral a los servidores que ya habían cumplido los 65

[13] Ff. 222 y s.s. C. 1.

años con anterioridad a la nueva normativa modificatoria de la edad de retiro forzoso.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

3.1. Competencia

31. En virtud de lo señalado en el artículo 149 numeral 1.º del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la Subsección A de la Sección Segunda de esta Corporación es competente para conocer en única instancia la demanda de nulidad contra el inciso segundo del artículo 2.2.11.1.7. del Decreto 648 del 19 de abril de 2017[14], proferido por el presidente de la República.

3.2. Problema jurídico

32. De acuerdo con lo anterior corresponde a la Sala determinar ¿si el inciso 2° del artículo 2.2.11.1.7 del Decreto 648 del 19 de abril de 2017, desconoció las pautas dadas por el artículo 2.° de la Ley 1821 de 2016 así como el principio de favorabilidad frente a los empleados cuya edad de retiro forzoso hubiera ocurrido con anterioridad a la entrada en vigor de la citada Ley 1821 de 2016?

33. Deberá verificarse, además, si ¿con la expedición del inciso 2.° del artículo 2.2.11.1.7 del Decreto 648 del 19 de abril de 2017 se incurrió en falsa motivación y exceso de la potestad reglamentaria?

34. Para solucionar esta controversia y por efectos metodológicos la Sala se referirá en primer lugar a nociones generales de la edad de retiro forzoso como causal de retiro del servicio, luego analizará, el cargo de desconocimiento del artículo 2.° de la Ley 1821 de 2016 y partir de esto se establecerá si le asiste razón al demandante frente a las demás causales de anulación invocadas?

[14] «Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1083 de 2015, Reglamentario Único del Sector de la Función Pública»

3.3. Análisis de la Sala

3.3.1. Nociones generales sobre la edad de retiro forzoso.

35. En primer lugar, debe indicarse que el fundamento del retiro de los empleos públicos se encuentra en el artículo 125 de la Constitución Política norma que dispone:

> **« Artículo 125. 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. Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público. El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. **El retiro se hará**: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y **por las demás causales previstas en la Constitución o la ley**. En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción».

36. Específicamente frente a la causal de cumplimiento de la edad por retiro forzoso esta Corporación ha señalado que se encuentra instituida como una limitación para acceder y ejercer el empleo público y tiene su justificación constitucional en la necesidad de permitir un acceso en igualdad de condiciones a los cargos de la administración pública y garantizar el derecho al trabajo de quienes aspiran a acceder a dichos cargos por un relevo generacional que concrete los mandamientos constitucionales contenidos en los artículos 54 y 334 de la carta política y que imponen al Estado la obligación de promover la ubicación laboral de las personas que se encuentren en edad de trabajar y lo autorizan para intervenir con miras a alcanzar el pleno empleo de los recursos humanos.

37. Esta misma consideración fue realizada por la Corte Constitucional que en sentencia C – 351 de 1995 indicó: que se se trata de una figura constitucional, que se justifica en que «[...] deben brindarse oportunidades laborales a otras personas, que tienen derecho a relevar a quienes ya han cumplido una etapa en la vida.».

38. En cuanto a los orígenes de sus fundamentos legales, la reforma administrativa de 1968, con respecto al régimen de los empleados

públicos, dispuso dentro de las causales de «cesación definitiva de funciones» el retiro «por edad» tal como se estableció en el artículo 25[15] del Decreto 2400 de 1968[16], modificado por el artículo 1.° del Decreto 3074 del mismo año.

39. Particularmente en su artículo 31 la norma en mención estableció:

> «ARTICULO 31. Todo empleado que cumpla la edad de sesenta y cinco (65) años será retirado del servicio y no será reintegrado. Los empleados que cesen en el desempeño de sus funciones por razón de la edad, se harán acreedores a una pensión por vejez, de acuerdo a lo que sobre el particular establezca el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos. Exceptúanse de esta disposición los empleos señalados por el inciso 2o. del artículo 29 de este Decreto».

40. Sobre esta norma la Corte Constitucional en la citada sentencia C -351 de 1995, con ponencia del magistrado Vladimiro Naranjo Mesa, señaló que no entraba en contradicción con la Carta Política de 1991 y, además, que **el legislador era autónomo para fijar el tope de edad, toda vez que se le otorgó la potestad sin darle ninguna pauta específica**. Además, indicó:

> «[…]
> 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».

[15] «Artículo 25. La cesación definitiva de funciones se produce en los siguientes casos:
[…]
f. Por edad;
[…]».

[16] «Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones.»

41. A continuación, el Decreto 1950 de 1973[17] , en su artículo 105, y con relación al retiro de los empleados oficiales, estableció que:

> «El retiro del servicio implica la cesación en el ejercicio de funciones públicas y se produce:
> (...)
> 5. Por edad».

42. En el artículo 122 *ibidem*, y con relación a la causal de retiro forzoso, consagró que:

> **«Artículo 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 3074 del mismo año».

43. Posteriormente, esta misma causal fue establecida en la Ley 909 de 2004[18] en su artículo 41 literal g) para el caso de empleados públicos de libre nombramiento y remoción y los empleados de carrera administrativa en los siguientes términos:

> « Artículo 41.Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:
> [...]
>
> g) Por edad de retiro forzoso;
> [...]».

44. Con posterioridad, el Congreso de la República planteó la necesidad de reformar la edad de retiro forzoso, a través del Proyecto de Ley 110 de 2015[19], con el fin de aprovechar la experiencia y el conocimiento de las personas que llegan a una edad madura, conservando la libertad de aquellas personas cuyo deseo fuera retirarse del servicio para gozar de su pensión de vejez, e igualmente permitirles a quienes no habían completado el tiempo de cotización al momento de la edad de retiro forzoso completar las 1300 semanas exigidas por la ley.

[17] « **por el cual se reglamentan los Decretos-leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil.**»
[18] «[P]or la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones».
[19] «Por medio del cual se modifica la edad máxima de retiro de las personas que desempeñan funciones públicas.»

45. Al respecto, el legislador manifestó lo siguiente:

> «En este proyecto de ley se recogen esas iniciativas, por supuesto guardando una consonancia con los Artículos de la constitución correspondientes, el 150 y 158, [...] es necesario aprovechar la experiencia acumulada de tantas personas que a un alto nivel, hoy en día le pueden y le quieren seguir aportando al país con su experiencia y sabiduría, pero también está en la libertad para que el funcionario que quiera retirarse a los 65 años una vez cumplidas las semanas de cotización, lo haga, [...] además, les da una posibilidad a estas personas que aunque cumplieron los 65 años no han alcanzado a completar las 1300 semanas de cotización, si no las ha completado.»[20]

46. Igualmente, en la Gaceta del Congreso 702 del 14 de septiembre de 2015, la exposición de motivos hizo referencia a los beneficios económicos de esa disposición, como son:

> «[...] Ciertamente, la propuesta que contiene este proyecto de ley trae consigo un importante beneficio cuantitativo para el sistema pensional, como quiera que disminuye a cero el subsidio estatal a las pensiones de quienes opten por permanecer en sus cargos hasta la edad de 70 años.
> En efecto, en el régimen actual de prima media, en el que la pensión se puede obtener desde los 57 o los 62 años (dependiendo del sexo del trabajador) y la obligatoriedad de retirarse del cargo como máximo al cumplir los 65 años, se tiene que, dado el promedio actual de vida de los pensionados, cada funcionario pensionado recibirá por concepto de pensión una cifra que superará en alrededor de mil millones de pesos, lo que cotizó en su vida laboral.
> [...]
> La propuesta, por lo demás, le apunta a la autonomía de los trabajadores, como quiera que la permanencia en el cargo después de haber completado los requisitos para la pensión de jubilación, y hasta el límite de los 70 años, es voluntaria, pero quien decida continuar en el ejercicio de su cargo, debe seguir cotizando a la seguridad social del mismo modo y en la misma forma que lo venía haciendo con antelación.
> Por lo anterior, el presente proyecto de ley, [...] se fundamenta, entre otras, en estas consideraciones:
> - Se mantienen los aportes pensionales en los porcentajes que actualmente señala la ley.
> - Se mantiene la edad que actualmente se tiene como requisito para acceder a la pensión de jubilación.
> - Se mantiene el número de semanas cotizadas para el reconocimiento de la pensión de vejez.
> - Se facilita y da la opción voluntaria a todos los servidores públicos, para que una vez cumplidos los requisitos del número de semanas cotizadas y edad, puedan suspender el beneficio del reconocimiento pensional y continuar laborando por un tiempo máximo de 5 años, bajo la condición de no recibir la mesada

[20] Gaceta 622 del 12 de agosto de 2016 del Congreso de la República.

> pensional y seguir aportando por el periodo adicional de esos mismos 5 años, teniendo la opción de renunciar a este reconocimiento y hacer efectiva su pensión.»

47. Los razonamientos señalados fueron la base para que el Congreso de la República expidiera la Ley 1821 de 2016 «Por medio de la cual se modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas», de 65 a 70 años, tal como lo indicó en su artículo 1.° corregido por el artículo 1.° del Decreto 321 de 2017, que estableció:

> «**Artículo 1°.** La edad máxima para el retiro del cargo de las personas que desempeñen funciones públicas será de setenta (70) años. Una vez cumplidos, se causará el retiro inmediato del cargo que desempeñen sin que puedan ser reintegradas bajo ninguna circunstancia.
> Lo aquí dispuesto no se aplicará a los funcionarios de elección popular ni a los mencionados en el artículo 29 del Decreto-ley 2400 de 1968, modificado por el artículo 1° del Decreto-ley 3074 de 1968.»[21]

48. Como se aprecia, la disposición en cita se aplica a «las personas que desempeñen funciones públicas», es decir, en principio a todos los servidores públicos de todas las ramas del poder público, con excepción de «los funcionarios de elección popular», y también «los mencionados en el Artículo 29 del Decreto-ley 2400 de 1968, modificado por el artículo 1.° del Decreto-ley 3074 de 1968», que alude a quienes prestan al Estado servicios ocasionales como los peritos obligatorios, los jurados de votación, los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra, considerados por la ley como meros auxiliares de la administración pública.

49. Finalmente, es de recordar, que la citada disposición fue objeto de análisis por parte de la Corte Constitucional mediante las sentencias C-084 de 2018 y C-135 de 2018, oportunidades en las cuales estableció que el señalamiento de una nueva edad de retiro forzoso se justificó en criterios objetivos, en los que se tuvo en cuenta el aumento en la expectativa promedio de vida de la población, el mayor envejecimiento de la misma, la necesidad de incluir su experiencia dentro de las fuerzas productivas del país, la posibilidad de aumentar la cobertura en el acceso del derecho a la pensión de jubilación, los ahorros a favor de la sostenibilidad

[21] Declarado exequible en sentencia de la Corte Constitucional C-426 de 2020, en el entendido de que la edad máxima para el retiro del cargo no es aplicable a los miembros de la Junta Directiva del Banco de la República.

financiera del sistema pensional y la alternativa de contar con recursos adicionales para atender mandatos de solidaridad.

50. En suma, concluyó que (a) no se vulneraban los principios de racionalidad de la ley ni de mérito en el acceso a la función pública, en armonía con el derecho a la renovación laboral; (b) no se infringían los artículos 125 ni 131 de la Constitución, ni los derechos adquiridos, los principios de buena fe, confianza legítima e igualdad. (c) no se violaba el mandato de no regresividad en materia laboral; (d) no se infringía el derecho al relevo generacional[22]..

51. Finalmente, en sentencia C- 426 de 2020, la Corte declaró exequible el artículo 1.º de la Ley 1821 de 2016, en el entendido de que la edad máxima para el retiro del cargo no es aplicable a los miembros de la Junta Directiva del Banco de la República[23].

52. De acuerdo con esto, la edad de retiro forzoso es una causal objetiva de desvinculación del cargo para los empleados públicos, puesto que se activa con el cumplimiento de los 70 años (antes 65 años), sin que, **en principio**, puedan ser reintegrados.

3.4. Cargos de anulación

3.4.1. Primer cargo. Desconocimiento del artículo 2.° de la Ley 1821 de 2016.

53. En este caso se pretende la nulidad del inciso segundo del artículo 2.2.11.1.7. del Decreto 648 del 19 de abril de 2017, proferido por el presidente de la República «Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1083 de 2015, Reglamentario Único del Sector de la Función Pública», que dispone:

> «**ARTÍCULO 2.2.11.1.7** ***Edad de retiro forzoso.*** A partir de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016, la edad de setenta (70) años constituye impedimento para desempeñar cargos

[22] Tal como se cita en sentencia C 426 de 2020 con ponencia del magistrado Antonio José Lizarazo Ocampo.
[23] En esa oportunidad la Corte consideró que el legislador desconoció el diseño institucional adoptado por el constituyente para garantizar la autonomía del Banco de la República, al no establecer en la disposición demandada que la edad de retiro forzoso señalada en ella es inaplicable a los miembros de su Junta Directiva, en particular a su gerente y a sus miembros de dedicación exclusiva y que, por tal razón, incurrió en una omisión legislativa relativa, con fundamento en el desconocimiento de los mandatos contenidos en los artículos 371, 372 y 373 de la Constitución Política.

> públicos, salvo las excepciones señaladas en el artículo 2.2.11.1.5.
>
> Las personas que antes de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016 tuvieren 65 años o más y continúan vinculadas al servicio público, deberán ser retiradas del servicio. Lo anterior, por cuanto no son destinatarias de la regulación de que trata la citada ley.»[24].

54. Según la demanda, el inciso 2.° del artículo 2.2.11.1.7. del Decreto 648 del 19 de abril de 2017, proferido por presidente de la República vulnera lo establecido en el artículo 2.° de la Ley 1821 de 2016, porque según el demandante, «[...] las personas que se encontraban en ejercicio de funciones públicas a la entrada en vigor de la Ley (30 de diciembre de 2016) y que habían cumplido 65 años pueden permanecer en sus cargos voluntariamente siempre y cuando sigan cotizando al régimen de seguridad social en salud, pensiones y riesgos laborales. Lo anterior, sin perjuicio de que hayan completado los requisitos para acceder a la pensión toda vez que a ellos no se les aplica lo dispuesto en el parágrafo 3.° del artículo 9.° de la Ley 797 de 2003.

55. Ahora bien, el artículo 2.° de la Ley 1821 de 2016, dispone:

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

56. Como se aprecia, la tesis del demandante presupone que las previsiones del artículo 1.° la Ley 1821 de 2016 no se aplican a las personas que a la entrada en vigor de la Ley tuviesen 65 años de edad, con base en lo establecido en el artículo 2.° *ibidem*. Por ende, estima que la orden de retiro del servicio establecida en el inciso segundo del artículo 2.2.11.1.7. del Decreto 648 del 19 de abril de 2017, va en contravía con la ley en cita.

57. Al respecto, es menester recordar que esta Corporación ya se ha pronunciado en varias oportunidades frente al ámbito de

[24] https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=80915

aplicación de la Ley 1821 de 2016, donde se ha establecido que **el artículo segundo de la Ley 1821 de 2016** no es aplicable a aquellas personas que, a pesar de haber cumplido la edad de retiro forzoso (65 años) antes del 30 de diciembre del mismo año en que la ley entró en vigor, continuaron en el ejercicio de funciones públicas.

58. En efecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, en **concepto 2326 de 8 de febrero de 2017** al absolver la pregunta formulada por el ministro de justicia y del derecho concluyó:

> «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.
>
> [...]

59. La Sala de Consulta coligió en la citada providencia que, dado que el objetivo principal de la Ley 1821 de 2016 es el de establecer en 70 años la edad de retiro forzoso de las personas que ejerzan funciones públicas, como lo dispone su artículo 1º, es claro que dicha disposición genera dos efectos jurídicos:

(i) Ampliar la edad de retiro para las personas que estando cobijadas por esta causal y no habiendo sido exceptuadas

por el inciso segundo del artículo 1º, no hubieran cumplido la edad prevista en la normatividad anterior (65 años) al momento de entrar a regir la Ley 1821, es decir, a más tardar el 30 de diciembre de 2016, y,

(ii) Someter a la nueva edad de retiro forzoso (70 años) a las personas que no habiendo cumplido esa edad el 30 de diciembre de 2016 y no encontrándose incursas en las excepciones previstas en el segundo inciso del artículo 1º, no estaban sujetas a la causal de retiro forzoso por la edad, conforme a la legislación anterior.

60. Concluyó entonces que «Por lo tanto, el efecto general inmediato de la Ley 1821 de 2016 excluye cualquier interpretación con efectos retroactivos.»

61. Es pertinente indicar que en posteriores **conceptos tales como el 2404 de 5 de febrero de 2019**[25], y el **2466 de 9 de agosto de 2021**[26] la Sala de Consulta y Servicio Civil retomó en sus fundamentos las pautas dadas en el Concepto 2326 de 8 de febrero de 2017, al absolver preguntas específicas 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 en el orden nacional y a los trabajadores del Banco de la República (literal b) del artículo 38 de la Ley 31 de 1992).

62. Por su parte, como ya se indicó en el acápite precedente, la Corte Constitucional, en sentencias C-084 de 2018 y C-135 de 2018, al analizar la Ley 1821 de 2016 consideró que establecer una nueva edad de retiro forzoso se justificó en criterios objetivos, entre ellos, el aumento de expectativa de vida de la población, aumentar la cobertura en el acceso del derecho a la pensión de jubilación.

63. En esos casos la Corte , concluyó que (a) no se vulneraban los principios de racionalidad de la ley ni de mérito en el acceso a la función pública, en armonía con el derecho a la renovación laboral; (b) no se infringían los artículos 125 ni 131 de la Constitución, ni los derechos adquiridos, los principios de buena fe, confianza legítima e igualdad. (c) no se violaba el mandato de no regresividad

[25] Radicación 11001030600020180023 3-00, con ponencia del Consejero Álvaro Namén Vargas.
[26] Consejero Ponente: Óscar Daría Amaya Navas, Número Único: 11001-03-06-000-2021-00052-00.

en materia laboral; (d) no se infringía el derecho al relevo generacional[27].

64. Finalmente, en sentencia C- 426 de 2020, la Corte declaró exequible el artículo 1.º de la Ley 1821 de 2016, en el entendido de que la edad máxima para el retiro del cargo no es aplicable a los miembros de la Junta Directiva del Banco de la República[28].

65. Como se aprecia de lo anterior, es evidente que si la Ley 1821 de 2016 estableció un nuevo parámetro de edad para determinar cuándo debe operar la causal de retiro del servicio, dejando atrás la pauta de 65 años de edad, vigente desde 1968, **en virtud del principio de irretroactividad de la ley, no puede aplicarse la citada disposición en casos donde las personas vinculadas al servicio adquirieron esa edad antes de la entrada en vigencia de la Ley 1821**, pues lo contrario sería desconocer las situaciones consolidadas y definidas a la luz de la normatividad anterior como lo era la Ley 909 de 2004, artículo 41.

66. Por tanto, como la Ley 1821 de 2016 rigió a partir de su vigencia, se tiene que los destinatarios de lo dispuesto en el artículo 2.° de la Ley 1821 de 2016, son aquellas personas que:

(i) No se encuentran dentro de la excepción consagrada en el artículo 1.° de aquella y,
(ii) Al momento de entrar a regir la Ley 1821, esto es, a más tardar el 30 de diciembre de 2016, no hubieran cumplido la edad establecida en la normatividad anterior (65 años).

67. De acuerdo con esto, como el artículo 2.° de la Ley 1821 de 2016 **no** es aplicable a los empleados públicos que hubiesen cumplido 65 años con anterioridad a la entrada en vigor de la ley, se advierte que el inciso 2.° del artículo 2.2.11.1.7. del Decreto 648 del 19 de abril de 2017, no entra en contradicción con la ley, sino que, al contrario, efectiviza la aplicación de la pauta legislativa al disponer que las personas que antes de la entrada en vigencia de

[27] Tal como se cita en sentencia C 426 de 2020 con ponencia del magistrado Antonio José Lizarazo Ocampo.
[28] En esa oportunidad la Corte consideró que el legislador desconoció el diseño institucional adoptado por el constituyente para garantizar la autonomía del Banco de la República, al no establecer en la disposición demandada que la edad de retiro forzoso señalada en ella es inaplicable a los miembros de su Junta Directiva, en particular a su gerente y a sus miembros de dedicación exclusiva y que, por tal razón, incurrió en una omisión legislativa relativa, con fundamento en el desconocimiento de los mandatos contenidos en los artículos 371, 372 y 373 de la Constitución Política.

la Ley 1821 de 2016 tuvieren 65 años o más y continúan vinculadas al servicio público, deberán ser retiradas del mismo, razón que impone denegar este cargo de nulidad.

3.4.2. Segundo cargo. Violación al principio de favorabilidad y el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos.

68. Según el señor Araujo Castro, en este caso se desconoció el artículo 53 superior toda vez que lo establecido en el inciso 2.° del artículo 2.2.11.1.7. del Decreto 648 de 19 de abril de 2017 establece una interpretación errónea del inciso 2.° de la Ley 1841 de 2016, que es desfavorable a los empleados públicos que se encuentran vinculados a servicio público y al momento de entrar a regir la ley ya habían cumplido los 65 años de edad.

69. Al respecto es menester recordar que la Constitución Política en su artículo 53, consagró el principio de favorabilidad en materia laboral, como la garantía que tiene el empleado de optar por la situación más favorable en caso de duda en la aplicación e interpretación de las normas:

> «Artículo 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:
>
> Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad..
>
> [...]».

70. La Corte Constitucional en la sentencia T-545 de 28 de mayo de 2004, definió el mencionado principio de la siguiente manera:

> «[...] en caso de duda y ante la existencia de dos o más interpretaciones de una disposición jurídica contenida en una fuente formal del derecho (ley, acto administrativo, convención

colectiva) debe preferirse aquella interpretación que mejor satisfaga los intereses del trabajador. Este y no otro es el entendido que le ha otorgado la jurisprudencia a la disposición pertinente del artículo 53 de la Constitución.»

71. Así mismo, procedió a definir la interpretación razonable y objetiva, determinando los criterios a tener en cuenta para su efectiva aplicación:

«La Corte no niega que el recurso a la razonabilidad, por la imprecisión del término, parece no decir mucho sobre cuáles son las características de una interpretación admisible. Sobre el punto, la Corte adelantará algunos de los criterios que permiten identificar una interpretación como razonable y objetiva; estos criterios son: (i) la corrección de la fundamentación jurídica, (ii) la aplicación judicial o administrativa reiterada, y (iii) la corrección y suficiencia de la argumentación.
El criterio de razonabilidad de la interpretación como producto de una correcta fundamentación jurídica, es un desarrollo del artículo 53 de la Constitución, en la medida en que la duda debe surgir a partir de una divergencia interpretativa sobre las fuentes formales del derecho. Esto implica que las opciones hermenéuticas, por un lado deben encuadrar en el marco semántico de las disposiciones de las fuentes formales, y de otro, deben estar en consonancia con las disposiciones de la Constitución. Sólo serán admisibles como razonables, aquellas interpretaciones de las fuentes formales, que además de encuadrarse en el marco de las disposiciones normativas respectivas, también se correspondan con la interpretación autorizada de las normas constitucionales.

El criterio de razonabilidad de la interpretación como producto de su aplicación administrativa y judicial reiterada, es un desarrollo del artículo 13 de la Constitución, en la medida en que garantiza uniformidad en la forma en que el derecho objetivo se concreta en las prácticas sociales: ya sea en la decisión judicial de controversias o en el funcionamiento ordinario de la administración. Además, la aplicación reiterada de ciertas interpretaciones de las disposiciones jurídicas ofrece un elemento de objetividad que permite a su vez cualificar, en los casos problemáticos, cuando se está en presencia de una duda objetiva y no se trata en cambio de un eventual capricho del operador jurídico.

Finalmente, el criterio de razonabilidad de la interpretación como resultado de un proceso de argumentación suficiente, es un desarrollo del artículo 29 de la Constitución, en la medida en que se proscribe la arbitrariedad del operador jurídico y se exige que su actuación esté debidamente motivada. El control racional del discurso jurídico está determinado entonces por la posibilidad real de escrutinio sobre las razones para la decisión de los operadores jurídicos: que sea posible un juicio sobre la suficiencia de los argumentos, su idoneidad, su corrección, y su pertinencia. Por otra parte, además de la razonabilidad, las interpretaciones deben ser efectivamente concurrentes al caso bajo estudio. Es decir, las opciones hermenéuticas deben aplicar a los supuestos de hecho

> de las disposiciones en juego y a las situaciones que delimiten fácticamente cada caso bajo examen. En este sentido, no sería admisible hablar de dos interpretaciones divergentes cuando se pueda establecer que las mismas no son aplicables a un mismo supuesto de hecho o que no consulten los límites fácticos de los casos por resolver.»

72. Por su parte, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, en sentencia del 1.° de junio de 2017[29], sostuvo que la aplicación del principio de la favorabilidad en materia laboral se presenta cuando existe un conflicto entre dos normas vigentes o cuando existe una sola que admite varias interpretaciones, el cual debe emplearse respetando el principio de inescindibilidad de la ley, en el sentido que la norma favorable deberá aplicarse en su integridad. Así, explicó que para que opere el principio de favorabilidad deben darse los siguientes requisitos:

> 1. Frente a una situación de carácter laboral, existen dos normas vigentes susceptibles de aplicarse al caso concreto, es decir que regulen la misma situación fáctica.
> 2. Que el juez tenga duda sobre cuál de ellas debe aplicar.
> 3. Que la norma que escoja se aplique en su totalidad, o sea, que no puede interpretarse parcialmente, sino de forma íntegra, como un todo, esto es, como un cuerpo normativo.

73. Ahora bien, el escenario normativo y jurisprudencial explicado en el acápite anterior ilustró de forma suficiente acerca de que los destinatarios de lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley 1821 de 2016, son quienes no se encuentran dentro de la excepción consagrada en el artículo 1° de aquella y al momento de entrar a regir la Ley 1821, esto es, a más tardar el 30 de diciembre de 2016, no hubieran cumplido la edad establecida en la normatividad anterior (65 años).

74. En este sentido, como la norma demandada no entra en contradicción con lo establecido por la Ley 1821 de 2016, se colige que en el *sub examine* **no** se dan los supuestos exigidos para aplicar el principio de favorabilidad.

75. Lo anterior, comoquiera que este caso **no** se centra sobre dos normas **vigentes** susceptibles de aplicarse, es decir que regulen la misma situación fáctica, pues como se vio, la Ley 1821 de 2016 entró a regir desde el 30 de diciembre de 2016[30], y a partir de ello

[29] Radicación número: 15001-23-33-000-2015-00058-01(3452-16) con ponencia de la consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez.
[30] Publicada en el Diario Oficial AÑO CLII. N. 50102. 30, DICIEMBRE, 2016. PAG. 504.

se estableció una nueva edad para que opere el retiro del servicio por esa causal, como es el cumplimiento de los 70 años, esto acorde con las consideraciones establecidas por el legislador en los antecedentes legislativos, siendo uno de ellos, el aumento en la expectativa de vida en Colombia, de acuerdo con los datos suministrados por el DANE.

76. Así entonces, el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos del grupo poblacional vinculado al servicio que hubiere cumplido 65 años con anterioridad al 30 de diciembre de 2016 no se vio afectado en este sentido. Su situación fue analizada en su momento por el DANE y el legislador, quienes establecieron para ellos un baremo menor de expectativa de vida.

77. De acuerdo con lo expuesto es apenas evidente que el cargo en mención no está llamado a prosperar.

3.4.3. Tercer cargo. Exceso de la potestad reglamentaria.

78. Frente a este causal de anulación, en la demanda se indicó que, en este caso, al expedir el inciso segundo del artículo 2.2.11.1.7. del Decreto 648 del 19 de abril de 2017, «Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1083 de 2015, Reglamentario Único del Sector de la Función Pública» el presidente de la República le dio un ámbito de aplicación diferente al inciso 2.° de la Ley 1821 de 2016.

79. Al respecto, el artículo 189, numeral 11, del ordenamiento superior hace recaer en el presidente de la República la función de «[e]jercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes».

80. En este caso, el Decreto reglamentario Decreto 648 del 19 de abril de 2017, se expidió por el presidente de la República « en ejercicio de las facultades que le confiere el numeral 11 del artículo 189, y en desarrollo de las Leyes 87 de 1993, 489 de 1998, 790 de 2002, 909 de 2004, 1635 de 2013, 1821 de 2016, 1822 de 2017 y los Decretos-ley 2400 de 1968, 3074 de 1968, 1228 de 1995 y 1567 de 1998,», lo anterior por cuanto « [...] el Decreto-ley 2400 de 1968, por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones, ha sido modificado por las Leyes 13 de 1984 y 734 de 2002, en materia de régimen disciplinario, y por las Leyes 27 de 1992, 443 de 1998, 909 de 2004,

1635 de 2013, 1821 de 2016, 1822 de 2017 y los Decretos-ley 3074 de 1968 y 1567 de 1998, en temas de administración de personal, situaciones administrativas y retiro de los empleados públicos».

81. De acuerdo con la conclusión que se extrae de los acápites anteriores, según la cual las personas que antes de la entrada en vigor de la Ley 1821 de 2016 tenían 65 años o más y continuaban vinculadas al servicio público, no eran destinatarias de la regulación establecida en la citada ley.

82. En virtud de lo anterior, 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 del cargo desempeñado.

83. En ese sentido, como el inciso segundo del artículo 2.2.11.1.7. del Decreto 648 del 19 de abril de 2017, estableció que las personas que antes de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016 tuvieren 65 años o más y continuaban vinculadas al servicio público, debían ser retiradas del mismo, lo que hizo fue dar aplicación a la preceptiva del legislador, que modificó la edad de retiro forzoso, sin que del texto de la misma Ley 1821 se pueda extraer que introdujo algún tipo de transición.

84. Además, debe destacarse el **efecto general inmediato de la norma**, en virtud de lo establecido por el artículo 40 de la misma Ley 1821, al establecer que rige a partir de su publicación, tal como se estableció en el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil 2326 de 2017, citado en precedencia, cuando señaló:

> «En armonía con lo anterior, debe observarse que el Congreso de la República no estableció un régimen de transición en parte alguna de la Ley 1821 de 2016, como hubiera podido hacerlo, ni para disponer que las personas que estuvieran cerca de cumplir la edad de retiro forzoso anterior (65 años) quedaran por fuera del incremento en dicha edad efectuado por la Ley 1821, ni para permitir, por el contrario, que quienes hubiesen cumplido 65 años en un determinado lapso anterior a la publicación de la ley, pudieran acogerse a la nueva edad de retiro forzoso.
>
> Lo anterior implica, a juicio de la Sala, que la aplicación de la Ley 1821 de 2016 corresponde, en forma simple, al "efecto general inmediato" de las leyes, esto es, que no regula situaciones jurídicas consolidadas con anterioridad a su entrada en vigencia, sino solamente situaciones jurídicas que no hayan nacido en ese momento y situaciones jurídicas que se iniciaron con la legislación anterior pero que no se habían consolidado (efecto retrospectivo).»

85. De acuerdo con ello, se tiene que la Ley 1821 de 2016 no reguló situaciones jurídicas consolidadas con anterioridad a su entrada en vigencia (contar con 65 años de edad antes del 30 de diciembre de 2016 y continuar vinculado al servicio), originando que los servidores cobijados por la normatividad anterior debían ser retirados del servicio y/o cesar en el ejercicio de sus funciones, esto es, sin desconocer lo previsto en la jurisprudencia constitucional frente a los derechos fundamentales de las personas de la tercera edad y otras que requieren protección en condiciones especiales.

86. De acuerdo con todo lo anterior, se concluye que, en este caso, tampoco se incurrió en la causal de anulación por exceso de la potestad reglamentaria, comoquiera que el inciso 2.° del artículo 2.2.11.1.7. del Decreto 648 del 19 de abril de 2017, efectivizó la medida del legislador establecida en la Ley 1821 de 2016, que modificó la edad de retiro forzoso, y que no era aplicable a las personas que antes de la entrada en vigor de la misma tenían 65 años o más y continuaban vinculadas al servicio público.

87.Finalmente es de indicar que en su demanda el señor Castro Araujo hizo alusión al cargo de falsa motivación[31], para lo cual se refirió a su definición, pero sin explicar de qué forma se configuró la causal de nulidad mencionada, razón por la cual la Sala se relevará de su análisis y negará las pretensiones de la demanda del epígrafe, en los términos ya indicados.

88. 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 de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A

PRIMERO.- NEGAR las pretensiones de la demanda instaurada en ejercicio del medio de control de nulidad por el señor Carlos Alfonso Araujo Castro, en contra del inciso segundo del artículo 2.2.11.1.7. del Decreto 648 del 19 de abril de 2017[32], proferido por el presidente de la República, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

[31] Folio 22 cuaderno principal.
[32] «Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1083 de 2015, Reglamentario Único del Sector de la Función Pública»

SEGUNDO.- **RECONOCER** a la abogada Adriana Marcela Ortega Moreno, portadora de la tarjeta profesional núm. 273.576 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar en el presente proceso como apoderada sustituta del Departamento Administrativo de la Función Pública, en los términos y para los fines del poder otorgado a folio 78 del expediente.

TERCERO.- Ejecutoriada esta providencia ARCHIVAR el expediente, previas las anotaciones correspondientes en el programa «SAMAI».

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el cuatro (4) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
Consejero de Estado

JORGE IVÁN DUQUE GUTIÉRREZ
Consejero de Estado

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS
Consejero de Estado

La anterior providencia ha sido firmada electrónicamente y se encuentra visible en su respectivo expediente digital, el cual esta disponible en el **Sistema de Gestión Judicial del Consejo de Estado – SAMAI**, al que puede acceder escaneando el código QR visible en este documento o visitando la página web https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080