

EDAD DE RETIRO FORZOSO - 65 años de edad / EMPLEADOS ASAMBLEA DEPARTAMENTAL - Le son aplicables las normas que estipulan la edad de retiro forzoso / SECRETARIA DE LA ASAMBLEA DEPARTAMENTAL - Cargo de libre nombramiento y remoción / SANCION DISCIPLINARIA - Por posesionarse en el cargo de Secretaria de la Asamblea Departamental habiendo superado la edad de retiro forzoso

De acuerdo con las normas indicadas se concluye que la edad de retiro forzoso de 65 años, sí es aplicable a los empleados de la Asamblea Departamental, puesto que las Leyes 27 de 1992 y 443 de 1998 de manera expresa hicieron extensivas las normas sobre administración de personal contenidas en los Decretos 2400 y 3074 de 1968 y 1950 de 1973. El Decreto 1569 de 1998 señala cuál es la naturaleza general de las funciones del nivel Directivo “comprende los empleos a los cuales corresponden funciones de dirección general, de formulación de políticas institucionales y de adopción de planes, programas y proyectos”. El artículo 8° ibídem incluye el Secretario de Despacho 020 dentro de los empleos del nivel Directivo. De acuerdo con lo anterior se concluye que el cargo de Secretaria de la Asamblea Departamental es de libre nombramiento y remoción el cual no está exceptuado de la aplicación de las normas sobre administración de personal invocadas como transgredidas por las providencias disciplinarias cuya nulidad se solicita en este caso. En esas condiciones, establecido como está que la actora tenía más de 65 años de edad al momento de posesionarse del cargo de Secretaria de la Asamblea Departamental y que las normas sobre edad de retiro forzoso sí le eran aplicables, se negarán las pretensiones de la demanda.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2400 DE 1968 / DECRETO 3074 DE 1968 - ARTICULO 29 / DECRETO 3074 DE 1968 - ARTICULO 31 / DECRETO 1950 DE 1973 - ARTICULO 122 / LEY 27 DE 1992 / LEY 443 DE 1998 - ARTÍCULO 3 / LEY 443 DE 1998 - ARTÍCULO 5

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCION "A"

Consejero ponente: Dr. ALFONSO VARGAS RINCÓN

Bogotá, D.C., diez (10) de febrero de dos mil once (2011)

Radicación número: 73001-23-31-000-2002-01326-01(0199-06)

Actor: CARMENZA ACOSTA AMOROCHO

Demandado: NACION - PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION

CARMENZA ACOSTA AMOROCHO por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., demanda de esta Corporación la nulidad de la Resolución No. 0015 de 10 de julio de 2001 emitida por la Procuraduría Regional del Tolima, por cual se sancionó a la actora con destitución del cargo de Secretaria General de la Asamblea del Tolima y la inhabilidad para ejercer funciones públicas por el término de 5 años, y del artículo 2° de la providencia de 20 de noviembre de 2001 por la cual la Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa confirmó la anterior.

Como consecuencia de lo anterior, solicita se ordene la desanotación de la sanción disciplinaria que se hizo en su hoja de vida. Asimismo se ordene el pago de los daños y

perjuicios causados estimados en la suma de mil salarios mínimos mensuales legales vigentes. La entidad demandada deberá dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 a 178 del Código Contencioso Administrativo. Que se condene en costas a la demandada.

Como hechos en que sustenta sus pretensiones, relata los siguientes:

La señora Carmenza Acosta Amorocho fue elegida por la Asamblea Departamental del Tolima el 2 de enero de 2001 como Secretaria General de dicha Corporación. La demandante se posesionó del cargo el 6 de enero del mismo año.

El 10 de julio de 2001 la Procuraduría Regional del Tolima profirió la Resolución 0015, sancionándola con la destitución del cargo y la pena accesoria de inhabilidad por 5 años para desempeñar cargos públicos.

Posteriormente el Procurador Primero Delegado para la Vigilancia Administrativa mediante providencia de 20 de noviembre de 2001, en el artículo segundo confirmó la anterior decisión.

Los argumentos legales que fundamentan las sanciones disciplinarias no son acertados, situación que genera su nulidad, así como el resarcimiento de los daños morales causados a la actora.

Normas violadas y concepto de la violación:

Se citan como transgredidos el Preámbulo y los artículos 1°, 2°, 6°, 53, 115, 121, 122, 123 y 209 de la Constitución Política y los artículos 3°, 5° y 87 de la Ley 443 de 1998.

Como concepto de violación de la normativa invocada la actora expresó que fue nombrada para desempeñar el cargo de Secretaria de la Asamblea Departamental del Tolima, el cual no pertenece a la rama ejecutiva y tampoco es de carrera administrativa, es decir que el artículo 3° e la Ley 443 de 1998 no le es aplicable, puesto que se trata de un empleo de periodo por un año, que no hace parte de la rama ejecutiva.

Además dicho cargo no está incluido dentro de las prohibiciones o inhabilidades de que tratan los Decretos Ley 2400 y 3074 de 1968 y el Decreto 1950 de 1973,

motivo por el cual no podía ser sancionada disciplinariamente.

Contestación de la demanda.-

La Procuraduría General de la Nación se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda y señala como razones de su defensa, las siguientes:

Para efecto de establecer la aplicabilidad al presente caso del artículo 31 del Decreto 2400 de 1968 y 1950 de 1973, que consagran la edad de retiro forzoso para los empleos de la rama ejecutiva, señala que de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado la aplicación de las citadas normas no incluía ningún otro nivel de la administración y en consecuencia tampoco a los empleos de las entidades territoriales.

No obstante con la expedición de nuevas normas con la Ley 27 de 1992, se hizo extensiva la aplicación de los Decretos Ley 2400 y 3074 de 1968 y sus decretos reglamentarios a los empleados que prestaran sus servicios en entidades y organismos del nivel nacional, departamental, distrital diferentes al distrito capital, municipal, entes descentralizados asambleas

departamentales, consejos municipales y juntas administradoras locales.

De otra parte el término "régimen de personal" no hace referencia solamente al régimen de carrera administrativa, sino que comprende todas las formas de vinculación de servidores públicos que se desempeñen en la rama ejecutiva.

El Consejo de Estado a través de la Sala de Consulta ha manifestado que los Decretos 2400 y 3074 de 1968 y la Ley 27 de 1992 se refieren a empleados administrativos, ya sean de carrera, de periodo o de libre nombramiento y remoción, pero no para cargos de elección popular. Siendo así, no existe duda sobre la aplicabilidad de estas normas al cargo de Secretaria de la Asamblea.

Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado ante el Consejo de Estado interviene en esta oportunidad, y solicita se denieguen las pretensiones de la demanda, con fundamento en las razones que a continuación se exponen:

El inciso 2° del artículo 87 de la Ley 443 de 1998 dispone que el régimen de personal establecido por los Decretos Ley 2400 y 3074 de 1968 será aplicable a los empleados que prestan sus servicios en las entidades señaladas en el artículo 3°, es decir a las entidades de la rama ejecutiva de los niveles nacional, departamental, distrital, municipal y sus entes descentralizados.

Hace referencia a un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil respecto de la aplicación de la prohibición para desempeñarse en el sector público por edad de retiro forzoso tanto a los empleados de carrera administrativa como a los de libre nombramiento y remoción, con excepción de los cargos de elección popular de periodo fijo.

Igualmente la Corte Constitucional en la sentencia C-315 de 1995, aclaró que si bien esta normatividad es anterior a la Constitución de 1991, lo cierto es que debe ser tenida en cuenta bajo esta nueva perspectiva, y aunque sólo comprendía a los funcionarios y empleados de la rama ejecutiva, la Ley 27 de 1992, lo hizo extensivo a los demás empleados y entidades de los niveles nacional, departamental, distrital (diferentes de los empleados del Distrito Capital), municipal y sus entes descentralizados,

las asambleas departamentales, los consejos municipales y distritales y las Juntas administradoras locales.

En esas condiciones el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968 sí le era aplicable a la demandante en relación con la edad de retiro forzoso, y en la medida en que se posesionó en el cargo de Secretaria General de la Asamblea Departamental cuando ya había superado la edad de retiro forzoso, incurrió en la falta disciplinaria endilgada por la Procuraduría infringiendo así el régimen de impedimentos, así como el artículo 122 del Decreto 1950 de 1973.

Para resolver, se

CONSIDERA

El problema jurídico se contra a establecer la legalidad de la Resolución No. 0015 de 10 de julio de 2001 expedida por la Procuraduría Regional del Tolima que le impuso a la actora sanción de destitución del cargo y pena accesoria de inhabilidad por 5 años para desempeñar funciones públicas, y de la providencia de 20 de noviembre de 2001 proferida por el Procurador Primero Delegado para la Vigilancia Administrativa por la cual confirmó la anterior,

por haberse posesionado del cargo de Secretaria de la Asamblea Departamental habiendo superado la edad de retiro forzoso.

Argumenta la actora que teniendo en cuenta que no se trata de un cargo de carrera administrativa, no le es aplicable el artículo 3° de la Ley 443 de 1998, además de que tampoco se trata de un empleo de la rama ejecutiva.

Para efecto de decidir se tiene lo siguiente:

En primer lugar no se encuentra en discusión el hecho de que la actora tenía más de 65¹ años de edad al momento de tomar posesión del cargo de Secretaria de la Asamblea Departamental.

En relación con la edad de retiro forzoso el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968 modificado por el Decreto 3074 del mismo año prevé:

ARTICULO 29. *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 necesidades del servicio lo*

¹ Tenía 71 años de edad de acuerdo con los fallos demandados.

*exijan. (Lo Subrayado tácitamente deroga. Ley 33/85; Ley 77/88, Decreto 625/88, Artículo 1 artículo 8 La Persona retirada con derecho a pensión de jubilación no podrá ser reintegrada al servicio, salvo cuando se trate de ocupar las posiciones de **Presidente de la República, Ministro del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, Superintendente, Viceministro, Secretario General de Ministerio o Departamento Administrativo, Presidente, Gerente o Director de Establecimientos Públicos o de Empresas Industriales y Comerciales del Estado, miembro de misiones diplomáticas no comprendidos en la respectiva carrera y secretarios privados de los despachos de los funcionarios de que trata este artículo.** Por necesidades del servicio, el gobierno podrá ampliar estas excepciones siempre y cuando no sobre pase la edad de sesenta y cinco (65) años.*

ARTICULO 31. Edad de retiro.² *Todo servidor público o empleado que sea funcionario del Estado o que ejerza funciones públicas y que cumpla la edad de 65 años, será retirado del servicio y no podrá ser reintegrado. No obstante, si por decisión libre y voluntaria del mismo, manifiesta al nominador su deseo en el ejercicio de las funciones que venía desempeñando podrá continuar en el cargo hasta cumplir la edad de 70 años.*

Los empleados que cesen en el desempeño de sus funciones por razón de la edad, se harán acreedores a una pensión de vejez, de acuerdo que sobre el particular establezca el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos(...)

² Modificado por el art. 14, Ley 490 de 1998

Por su parte el Decreto 1950 de 1973 reglamentario del anterior, señala:

Art. 122.- La edad de sesenta y cinco (65) años constituye impedimento para desempeñar cargos públicos, salvo para los empleos señalados en el inciso segundo del artículo 29 del decreto 2400 de 1968, adicionado por el 3074 del mismo año.

De acuerdo con las anteriores normas los servidores que lleguen a los 65 años de edad deben ser retirados del servicio que venían prestando, siendo claro además que el llegar a dicha edad se constituye en un impedimento para desempeñar cargos públicos.

Ahora bien, en relación con los servidores a quienes se les aplican las normas anteriores, se tiene lo siguiente:

El artículo 1° del Decreto 2400 de 1968 señala que sus disposiciones regulan la administración del personal civil de la Rama Ejecutiva. Igualmente el Decreto 1952 de 1973 en el artículo 1° regula la administración del personal civil que presta sus servicios en empleos de la rama ejecutiva del poder público en lo nacional, con excepción del personal del ramo de la defensa.

Posteriormente con la expedición de la Ley 27 de 1992 se amplió la cobertura de los Decretos Ley 2400 y 3074 de 1968 a los empleados del Estado que prestan sus servicios en las entidades u organismos de los niveles nacional, departamental; distrital diferentes al Distrito Capital, municipal y sus entes descentralizados, **en las asambleas departamentales**, en los concejos municipales y distritales y en las juntas administradoras locales, excepto las unidades de apoyo que requieran los diputados y concejales. (artículo 2°)

Por su parte la Ley 443 de 1998 señala lo siguiente:

ARTICULO 3o. CAMPO DE APLICACION. Las disposiciones contenidas en la presente ley son aplicables a los empleados del Estado que prestan sus servicios en las entidades de la Rama Ejecutiva de los niveles Nacional, Departamental, Distrital, Municipal y sus entes descentralizados; en las Corporaciones Autónomas Regionales; en las Personerías; en las entidades públicas que conforman el Sistema General de Seguridad Social en Salud; al personal administrativo de las Instituciones de Educación Superior de todos los niveles, cuyos empleos hayan sido definidos como de carrera; al personal administrativo de las instituciones de educación primaria, secundaria y media vocacional de todos los niveles; a los empleados no uniformados del Ministerio de Defensa Nacional, Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, así como a los de las entidades descentralizadas adscritas o vinculadas a los anteriores.

PARAGRAFO 1o. En caso de vacíos de las normas que regulan las carreras especiales a las cuales se refiere la Constitución Política, serán aplicadas las disposiciones contenidas en la presente ley y sus complementarias y reglamentarias.

*PARAGRAFO 2o. Mientras se expiden las normas de carrera para el personal de las Contralorías territoriales, para los empleados de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil y para los empleados del Congreso de la República, **de las Asambleas Departamentales**, de los Concejos Distritales y Municipales y de las Juntas Administradoras Locales les serán aplicables las disposiciones contenidas en la presente ley. (se resalta)*

Respecto de la vigencia de las normas anteriores dispuso:

ARTICULO 87. VIGENCIA. Esta ley rige a partir de su publicación, deroga las Leyes 61 de 1987, 27 de 1992, el artículo 31 de la Ley 10 de 1990, y el Decreto-ley 1222 de 1993; modifica y deroga, en lo pertinente, los títulos IV y V del Decreto-ley 2400 de 1968, el Decreto-ley 694 de 1975, la Ley 10 de 1990, los Decretos-leyes 1034 de 1991, el Decreto 2169 de 1992, el artículo 53 de la Ley 105 de 1994 <sic, la Ley 105 es del año 1993> en lo referente a los regímenes de carrera, salarial y prestacional, y las demás disposiciones que le sean contrarias.

Las disposiciones que regulan el régimen de administración de personal, contempladas en la presente ley y las contenidas en los Decretos-leyes 2400 y 3074 de 1968 y demás normas que los modifiquen, sustituyan o adicionen, se aplicarán a los empleados que prestan sus servicios en las entidades a que

se refiere el artículo 3o. de la presente ley.
(se resalta)

De acuerdo con las normas indicadas se concluye que la edad de retiro forzoso de 65 años, sí es aplicable a los empleados de la Asamblea Departamental, puesto que las Leyes 27 de 1992 y 443 de 1998 de manera expresa hicieron extensivas las normas sobre administración de personal contenidas en los Decretos 2400 y 3074 de 1968 y 1950 de 1973.

En el mismo orden de ideas y respecto del argumento según el cual el cargo de Secretaria General de la Asamblea es de periodo y no de carrera administrativa motivo por el cual tampoco le son aplicables las disposiciones de la Ley 443 de 1998, observa la Sala que el artículo 5° de la misma Ley 443 en relación con la clasificación de los empleos dispone:

ARTICULO 5o. DE LA CLASIFICACION DE LOS EMPLEOS. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera, con excepción de:

1. Los de elección popular, los de período fijo conforme a la Constitución y la ley, aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación y los de trabajadores oficiales.

2. Los empleos de libre nombramiento y remoción que correspondan a los siguientes criterios:

a) Los de dirección, conducción y orientación institucionales, que adelante se indican, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices, así:

En la Administración Central del Nivel Nacional:

Ministro; Director de Departamento Administrativo; Viceministro; Subdirector de Departamento Administrativo; Consejero Comercial; Contador General de la Nación; Subcontador General de la Nación; Superintendente, Superintendente Delegado e Intendente; Director y Subdirector de Unidad Administrativa Especial; Secretario General y Subsecretario General; Director de Superintendencia; Director de Academia Diplomática; Director de Protocolo; Director General Administrativo y/o Financiero, Técnico u Operativo; Director de Gestión; Jefe de Control Interno; Jefe de Oficinas Asesoras de Jurídica, Planeación, Prensa o de Comunicaciones; Negociador Internacional; Experto de Comisión; Interventor de Petróleos; y Capitán de Puerto.

En la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil además los siguientes: Agregado para Asuntos Aéreos; Administrador Aeropuerto; Gerente Aeroportuario; Director Aeronáutico Regional; Director Aeronáutico de Área y Jefe de Oficina Aeronáutica.

En la Administración Descentralizada del Nivel Nacional:

Presidente; Director o Gerente; Vicepresidente, Subdirector o Subgerente; Secretario General; Director o Gerente Territorial, Regional, Seccional o Local; Director de Unidad Hospitalaria; Jefe de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o Comunicaciones; y Jefe de Control Interno.

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

*Secretario General; **Secretario y Subsecretario de Despacho**; Veedor Distrital; 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; Jefe de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o de Comunicaciones; Alcalde Local, Corregidor e, y Personero Delegado de los municipios de categoría especial y categorías uno, dos y tres.*

En la Administración Descentralizada del Nivel Territorial:

Presidente; Director o Gerente; Vicepresidente; Subdirector o Subgerente; Secretario General; Jefe de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o de Comunicaciones y Jefe de Control Interno.

b) Los empleos de cualquier nivel jerárquico cuyo ejercicio implica 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:

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 de 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 requeridas en quienes lo 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.

En el Ministerio de Relaciones Exteriores los del Servicio Administrativo 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; Rector de Institución de Educación Superior distinta a los entes universitarios autónomos.

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

Gobernador; Alcalde Distrital, Municipal y Local.

En la Administración Descentralizada del Nivel Territorial:

Presidente; Director o Gerente; Rector de Institución de Educación Superior distinta a los entes universitarios autónomos.

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

PARAGRAFO 2o. El empleo de Comisario de Familia es de carrera administrativa.

PARAGRAFO 3o. Aquellos empleos que no pertenezcan a los organismos de seguridad del Estado, cuyas funciones, como las de escolta, consistan en la protección y seguridad personales de los servidores públicos, también son de libre nombramiento y remoción.

Obra a folios 300 a 303 la Ordenanza No. 048 de 1998 por la cual se adopta la nomenclatura y clasificación de los cargos de la Asamblea Departamental de acuerdo con el

Decreto 1569 de 1998, en el cual establece un cargo de Secretario de Despacho Código 01221 del nivel Directivo.

El Decreto 1569 de 1998 señala cuál es la naturaleza general de las funciones del nivel Directivo “comprende los empleos a los cuales corresponden funciones de dirección general, de formulación de políticas institucionales y de adopción de planes, programas y proyectos”. El artículo 8° ibídem incluye el Secretario de Despacho 020 dentro de los empleos del nivel Directivo.

De acuerdo con lo anterior se concluye que el cargo de Secretaria de la Asamblea Departamental es de libre nombramiento y remoción el cual no está exceptuado de la aplicación de las normas sobre administración de personal invocadas como transgredidas por las providencias disciplinarias cuya nulidad se solicita en este caso.

En esas condiciones, establecido como está que la actora tenía más de 65 años de edad al momento de posesionarse del cargo de Secretaria de la Asamblea Departamental y que las normas sobre edad de retiro

forzoso sí le eran aplicables, se negarán las pretensiones de la demanda.

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

FALLA

Niéganse las pretensiones de la demanda dentro del proceso promovido por la señora Carmenza Acosta Amorocho contra la Procuraduría General de la Nación.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y ejecutoriada, **ARCHÍVESE** el expediente.

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

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO