

MEMORANDO INTERNO

RADICACIÓN CORRESPONDENCIA INTERNA	
	I-2017-5838
Fecha	30/01/2017
No. Referencia	

DE: **HEYBY POVEDA FERRO**
Jefe Oficina Asesora Jurídica

PARA: **CLAUDIA PATRICIA OSPINA**
Jefe Oficina de Personal (E)

ASUNTO: Concepto sobre decaimiento de los actos administrativos de retiro de empleados públicos por cumplimiento de la edad de retiro forzoso con ocasión de la Ley 1821/16

REFERENCIA: Radicado I-2017-776 del 04/01/2017

De conformidad con su consulta del asunto, elevada mediante el radicado de la referencia, esta Oficina Asesora Jurídica procederá a emitir concepto, de acuerdo a sus funciones establecidas los literales A y B¹ del artículo 8 del Decreto Distrital 330 de 2008, y en los términos del artículo 28 del CPACA, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, según el cual, por regla general, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución.

1. Consultas jurídicas.

- 1.1. ¿Deben suspenderse los efectos del retiro de los docentes que habían sido notificados de la resolución de retiro por edad y que contaban hasta el 30 de diciembre de 2016, inclusive, con los términos previstos en la Ley 1437 de 2011 para la interposición de recursos, esto es, para quienes ese día culminaban los 10 días hábiles para interponer el recurso de reposición contra el acto administrativo que los desvinculaba de la entidad y que no interpusieron el recurso?
- 1.2. ¿Deben suspenderse los efectos del retiro de los docentes que habían sido notificados de la resolución de retiro por edad y que todavía están dentro de los términos previstos en la Ley 1437 de 2011, para interponer el recurso de reposición contra el acto administrativo que los desvincula de la entidad y que no hagan uso del mismo?
- 1.3. ¿Deben resolverse favorablemente los recursos de reposición que fueron interpuestos contra los actos administrativos de retiro forzoso ya notificados, suspendiendo los efectos del retiro, aunque no hayan invocado como causal de inconformidad los efectos de la Ley 1821 de 2016?
- 1.4. ¿Debe suspenderse la notificación de los actos administrativos de retiro forzoso que ya habían sido expedidos, pero que se encontraban en proceso de notificación personal o por aviso?
- 1.5. ¿Se debe declarar la pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos de retiro forzoso que fueron expedidos con anterioridad al 30 de diciembre de 2016, pero que no se encontraban ejecutoriados a esa fecha?

¹ "Artículo 8º Oficina Asesora de Jurídica. Son funciones de la Oficina Asesora de Jurídica las siguientes:

A. Asesorar y apoyar en materia jurídica al Despacho del Secretario y demás dependencias de la SED.

B. Conceptuar sobre los asuntos de carácter jurídico que le sean consultados por las dependencias de la SED y apoyarlas en la resolución de recursos."

2. Marco jurídico.

- 2.1. Decreto-ley 2400 de 1968².
- 2.2. Decreto-ley 2277 de 1979³.
- 2.3. Decreto-ley 1278 de 2002⁴.
- 2.4. Ley 1821 de 2016⁵.
- 2.5. Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública⁶

3. Tesis jurídicas.

Para responder las consultas se analizarán los siguientes temas: **i)** ámbito de aplicación de la Ley 1821 de 2016; **ii)** pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo; **iii)** oportunidad para alegar el decaimiento del acto administrativo; **iv)** diferencia entre pérdida de ejecutoriedad, revocatoria directa y nulidad de un acto administrativo; **v)** escenarios del procedimiento administrativo de retiro del servicio de empleados públicos por cumplimiento de la edad de retiro forzoso; y finalmente, **vi)** se dará respuesta a las consultas.

4. Análisis jurídico.

4.1. Ámbito de aplicación de la Ley 1821 de 2016.

En atención a la amplitud de la expresión utilizada en el artículo 1 de la Ley 1821 de 2016, según el cual, la misma aplica a las “personas que desempeñen funciones públicas”, es decir, a servidores y a particulares que desempeñen funciones públicas, esta Oficina Asesora Jurídica considera que la misma se aplica tanto al personal administrativo como al personal docente de la planta de la SED.

Coadyuva con la interpretación anterior el principio general de interpretación jurídica, según el cual, donde la norma no distingue, no le corresponde distinguir al intérprete, no resultando por tanto jurídicamente viable deducir, por esta vía, reglas legales implícitas cuyo texto no establece, por ejemplo, su ámbito de aplicación únicamente al régimen general de carrera administrativa, más no a los regímenes específicos o especiales de carrera administrativa, o a los empleos de libre nombramiento y remoción, de periodo fijo o temporales, etc.

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

³ “Por la cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente.”

⁴ “Por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente.”

⁵ “Por medio de la cual se modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas.”

⁶ Decreto Nacional 1083 de 2015.

4.2. Pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo.

Pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo, también llamada por la jurisprudencia como decaimiento del acto administrativo, ha sido desarrollada por la misma como se mostrará a continuación.

La Corte Constitucional por su parte, en la sentencia C-069 de 1995, relativa a la constitucionalidad del artículo 66 del CCA, norma del Código anterior que consagraba la pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo, dejó sentadas las siguientes tesis en relación con dicho tema:

“El Consejo de Estado ha expresado en relación con la pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo, y particularmente en lo relativo al decaimiento del acto administrativo, lo siguiente:

“La doctrina foránea, y la nacional que ha seguido esas concepciones sin mayor profundidad, bueno es reconocerlo, al tratar las formas de extinción de los actos administrativos, generales o de efectos particulares, ha reconocido y consagrado la figura jurídica del decaimiento del acto administrativo, o sea, la extinción de ese acto jurídico producida por circunstancias supervinientes que hacen desaparecer un presupuesto de hecho o de derecho indispensable para la existencia del acto: a) derogación o modificación de la norma legal en que se fundó el acto administrativo; b) declaratoria de inexecutable de la norma constitucional o legal hecha por el juez que ejerce el control de constitucionalidad, en los países donde ello existe; c) declaratoria de nulidad del acto administrativo de carácter general en que se fundamenta la decisión de contenido individual o particular; y d) desaparición de las circunstancias fácticas o de hecho que determinaron el reconocimiento de un derecho o situación jurídica particular y concreta.”⁹

De esta manera, cuando se declara la inexecutable de una norma legal en que se funda un acto administrativo se produce la extinción y fuerza ejecutoria del mismo, pues si bien es cierto que todos los actos administrativos son obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo, también lo es que la misma norma demandada establece que "salvo norma expresa en contrario", en forma tal que bien puede prescribirse la pérdida de fuerza ejecutoria frente a la desaparición de un presupuesto de hecho o de derecho indispensable para la vigencia del acto jurídico, que da lugar a que en virtud de la declaratoria de nulidad del acto o de inexecutable del precepto en que este se funda, decretado por providencia judicial, no pueda seguir surtiendo efectos hacia el futuro, en razón precisamente de haber desaparecido el fundamento legal o el objeto del mismo.”⁷

A su turno, el Consejo de Estado sobre el denominado fenómeno del decaimiento del acto administrativo por la desaparición de sus fundamentos de hecho o de derecho, consagrado en los artículos 66⁸ del CCA

⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-069 de 1995.

⁸ **Artículo 66. Pérdida de fuerza ejecutoria.** Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo pero perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos:

1. Por suspensión provisional.

2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.

3. Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la administración no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos.

4. Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto.

(derogado) y 91⁹ del CPACA (vigente), en sentencia 949 del 01/08/1991, precisó el siguiente criterio, el cual que ha sido reiterado en diversas oportunidades por dicha Corporación.

“La doctrina administrativa foránea, y la nacional que ha seguido esas concepciones sin mayor profundidad, bueno es reconocerlo, al tratar las formas de extinción de los actos administrativos, generales o de efectos particulares, **ha reconocido y consagrado la figura jurídica del decaimiento del acto administrativo, o sea, la extinción de ese acto jurídico producida por circunstancias supervivientes que hacen desaparecer un presupuesto de hecho o de derecho indispensables para la existencia del acto: a) derogación o modificación de la norma legal en que se fundó el acto administrativo, cuando dicha regla es condición indispensable para su vigencia; b) declaratoria de inexecutable de la norma constitucional o legal hecha por el juez que ejerce el control de constitucionalidad, en los países en donde ello existe; c) declaratoria de nulidad del acto administrativo de carácter general en que se fundamenta la decisión de contenido individual o particular; y d) desaparición de las circunstancias fácticas o de hecho que determinaron el reconocimiento de un derecho o situación jurídica particular y concreta.**”

De acuerdo con lo anterior, el legislador colombiano ha establecido expresamente: primero, que el acto administrativo - sin hacer distinción entre el general y el particular o concreto -, salvo norma expresa en contrario, pierde su fuerza ejecutoria, entre otros casos, "cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho" (art. 66 - 2 del C.C.A.); y, segundo, "Cuando por sentencia ejecutoriada se declare la nulidad de una ordenanza o de un acuerdo intendencias, comisarial, distrital o municipal, en todo o en parte, quedarán sin efectos en lo pertinente los decretos reglamentarios " (inciso final del art. 175 del C.C.A.) subrayas fuera de texto.

Corresponde, entonces, a la Sala, para determinar la procedencia o improcedencia de las pretensiones de la demanda, dilucidar los siguientes interrogantes:

1o. Todos los actos administrativos que profieran las diferentes autoridades, colombianas que ejercen función administrativa, ¿se extinguen y pierden su fuerza ejecutoria por el fenómeno jurídico del decaimiento reconocido por la ley, la jurisprudencia y la doctrina nacional?

2o. Cuando se produce la declaratoria de inexecutable de la norma constitucional o legal en que se funda un acto administrativo creador de situación jurídica individual o concreta, ¿se produce la extinción y pérdida de fuerza ejecutoria de ese acto administrativo?

En cuanto a lo primero, considera la Sala que, **salvo norma expresa en contrario, todos los actos administrativos, ya que la ley no establece distinciones, en principio, son susceptibles de extinguirse y, por consiguiente, perder su fuerza ejecutoria, por desaparición de un presupuesto de hecho o de derecho indispensable para la vigencia del acto jurídico (art. 66 C.C.A.)**, pues, es claro que, por ejemplo,

⁵ Cuando pierdan su vigencia.” (Negrillas y subrayado nuestros)

⁹ “**Artículo 91. Pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo.** Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Perderán obligatoriedad y, por lo tanto, no podrán ser ejecutados en los siguientes casos:

1. Cuando sean suspendidos provisionalmente sus efectos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.
2. **Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.**
3. Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la autoridad no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos.
4. Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto.
5. Cuando pierdan vigencia.” (Negrillas y subrayado nuestros)



un decreto reglamentario dictado por un gobernador, intendente –ya no los habrá-, comisario –tampoco existirán- o alcalde, con fundamento en Ordenanza o Acuerdo, no puede subsistir, seguir surtiendo sus efectos, ante la declaratoria de nulidad de aquella o de éste realizada por sentencia ejecutoriada proferida por el juez contencioso-administrativo, en razón de desaparecer el objeto de la reglamentación; que el nombramiento de un funcionario, que requiere necesariamente la calidad de ciudadano, se vuelva ineficaz **si posteriormente** el interesado pierde la ciudadanía, caso en el cual la Administración se limita a constatar que se ha operado la desinvestidura, como lo sostiene E. Sayagues Laso (Tratado de Derecho Administrativo, Montevideo, 1959, Tomó 1, pág. 527); y, que el acto administrativo por medio del cual se ha reconocido y ordenado pagar una pensión de invalidez a un empleado público, pierda esa fuerza obligatoria y se extinga ante la circunstancia fáctica de que, **con posterioridad**, el empleado recupere totalmente su capacidad laboral, o al menos, en un porcentaje que coloque esa pérdida de la capacidad laboral en menos de su setenta y cinco por ciento.

En cuanto a lo segundo, para la Sala también es claro que cuando se produce una declaratoria de inexecuibilidad - reconocimiento y declaración hechos por el juez que ejerce el control de constitucionalidad de lo que no se puede hacer, conseguir o llevar a efecto, ni cumplir ni ejecutar, en razón de haberse comprobado una contradicción con la norma fundamental, según su significado etimológico por la Corte Suprema de Justicia –hoy, a partir de su instalación por la Corte Constitucional-, esa declaratoria no afecta la existencia o vigencia del acto administrativo –como tampoco la existencia y validez de los actos jurídicos celebrados durante la vigencia de la ley o decreto ley posteriormente declarado inexecutable, es decir, que no se puede seguir ejecutando- creador de situación jurídica individual, particular o concreta, no sólo por la consideración de que antes de la sentencia de inexecuibilidad el precepto podía ejecutarse porque, en abstracto, debía considerarse acorde con la Constitución, no obstante que, en casos concretos y dentro del proceso de aplicación de las normas, el órgano público correspondiente puede declarar su inaplicabilidad, por la vía de la llamada excepción de inconstitucionalidad (art.215 de la Constitución de 1886, hoy art. 4 del nuevo ordenamiento constitucional), declaración con efectos limitados al caso, por lo cual subsiste la presunción de constitucionalidad (sentencia de 22 de mayo de 1974 de la Sección Primera de esta Corporación, expediente 2013, consejero ponente Carlos Galindo Pinilla), sino por cuanto, por razones de seguridad jurídica para los integrantes de una sociedad, la declaratoria de inexecuibilidad, a diferencia de la declaratoria de nulidad que hace el juez administrativo, no tiene efectos retroactivos: "El que la Constitución quiera también la validez de la llamada ley inconstitucional surge del hecho de que ella prescribe, no solamente que las leyes deben ser producidas en una forma determinada sino también que, en caso de ser producida una ley en otra forma que la prescrita o tener otro contenido que el prescrito, de ningún modo ha de considerarse nula, sino que ha de valer hasta tanto sea anulada por una instancia para ello acaso por un tribunal constitucional, en un procedimiento regulado por la Constitución " (Hans Kelsen, Teoría Pura del Derecho, págs. 120 a 121)."¹⁰ (**Negrillas y subrayado nuestros**)

4.3. Oportunidad para alegar el decaimiento del acto administrativo.

Como veremos más adelante, la oportunidad para alegar la excepción de pérdida de ejecutoriedad de los actos administrativos del procedimiento de retiro de los servidores públicos por cumplimiento de la edad de retiro forzoso de 65 años establecida en la normatividad anterior es hasta antes de su ejecución, es decir, hasta antes de que sean desvinculados del servicio público, independientemente de si cumplieron los 65 años antes o después de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016 (30/12/2016).

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia 239673 CE-SEC1-EXP1991-N949 del 01/08/1991.

4.4. Diferencia entre pérdida de ejecutoriedad, revocatoria directa y nulidad de un acto administrativo.

La pérdida de ejecutoriedad, la revocatoria directa y la nulidad de un acto administrativa son fenómenos jurídicos independientes entre sí y con causales de procedencia distintas.

Así por ejemplo, el artículo 91 del CPACA consagra el concepto y las causales de pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo así:

“Artículo 91. Pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Perderán obligatoriedad y, por lo tanto, no podrán ser ejecutados en los siguientes casos:

- 1. Cuando sean suspendidos provisionalmente sus efectos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.**
- 2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.**
- 3. Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la autoridad no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos.**
- 4. Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto.**
- 5. Cuando pierdan vigencia.” (Negritas y subrayado nuestros)**

A su turno, el artículo 93 del CPACA establece las causales de revocatoria directa como se muestra a continuación:

“Artículo 93. Causales de revocación. Los actos administrativos deberán ser revocados por las mismas autoridades que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores jerárquicos o funcionales, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos:

- 1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley.**
- 2. Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él.**
- 3. Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona.” (Negritas y subrayado nuestros)**

Por su parte, el artículo 137 del CPACA regula las causales de nulidad de los actos administrativos en el siguiente sentido:

Artículo 137. Nulidad. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.

Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.
(...)”



De acuerdo con el Consejo de Estado, no puede confundirse la ocurrencia de la pérdida de fuerza de ejecutoria del acto administrativo con las causales de nulidad del mismo. Según el alto tribunal, las causales de nulidad se encuentran previstas en la ley y se dan desde la misma formación o expedición del acto, bien sea porque se aparta de las normas en que debía fundarse o porque fue expedido por funcionario u organismo incompetente o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de defensa o mediante falsa motivación o desviación de poder.

Por su parte, recordó que la pérdida de fuerza ejecutoria es un fenómeno jurídico distinto a la nulidad, referido específicamente a uno de los atributos o características del acto administrativo, como lo es la ejecutividad del mismo; es decir, la obligación que en él hay implícita de su cumplimiento y obediencia, tanto por parte de la administración como de los administrados en lo que a cada uno corresponda.

Para la Corporación, dentro de las cinco circunstancias o causas de pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo se encuentra la desaparición de sus fundamentos de derecho, cuya ocurrencia no afecta la validez del acto, en cuanto deja incólume la presunción de legalidad que lo acompaña, precisamente el atributo de este que es el objeto de la acción de nulidad. Por lo mismo, concluyó que tales causales de pérdida de ejecutoria vienen a ser situaciones posteriores al nacimiento del acto de que se trate, y no tienen la virtud de provocar su anulación.

“También ha considerado¹¹ que no puede confundirse la ocurrencia de la pérdida de fuerza de ejecutoria del acto administrativo con las causales de nulidad del mismo. Las causales de nulidad se encuentran previstas en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo y se dan desde la misma formación o expedición del acto, bien sea porque se aparta de las normas en que debía fundarse, o porque fue expedido por funcionario u organismo incompetente o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de defensa o mediante falsa motivación o desviación de poder.

La pérdida de fuerza ejecutoria es un fenómeno jurídico distinto y ocurre por las causales previstas en el artículo 66 ibídem transcritas anteriormente y como lo dijo la jurisprudencia citada:

“(…) dicha figura está referida específicamente a uno de los atributos o características del acto administrativo, cual es la de la ejecutividad del mismo, es decir, la obligación que en él hay implícita de su cumplimiento y obediencia, tanto por parte de la Administración como de los administrados en lo que a cada uno corresponda, consagrada en el primer inciso del precitado artículo 66, al disponer que “salvo norma en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso pero perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos...”.

Dentro de las cinco circunstancias o causas de pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo, está (...) la desaparición de sus fundamentos de derecho (numeral 2, artículo 66 cit.), cuya ocurrencia para nada afecta la validez del acto, en cuanto deja incólume la presunción de legalidad que lo acompaña, precisamente el atributo de éste que es el objeto de la acción de nulidad. Por lo mismo, tales causales de pérdida de ejecutoria, vienen a ser situaciones posteriores al nacimiento del acto de que se trate, y no tienen la virtud de provocar su anulación.”

¹¹ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de fecha 19 de febrero de 1998, Exp. 4490. C.P. Dr. Juan Alberto Polo Figueroa.

En relación con la segunda causal de pérdida de fuerza ejecutoria, que la doctrina ha llamado decaimiento del acto (cuando desaparecen sus fundamentos de hecho o de derecho), ésta se produce “cuando ya no existen las circunstancias de modo, tiempo y lugar que le sirvieron de base”¹² o por cuanto se ha presentado: “a) la derogación o modificación de la norma legal en que se fundó el acto administrativo; b) la declaratoria de inexecutable de la norma constitucional o legal hecha por el juez que ejerce el control de constitucionalidad, en los países donde existe; c) la declaratoria de nulidad del acto administrativo de carácter general en que se fundamenta la decisión de contenido individual o particular;”¹³¹⁴

Agrega la Sala, que por las mismas razones que diferencian el decaimiento de la nulidad de los actos administrativos, la jurisdicción de lo contencioso administrativo no tiene por objeto declarar el decaimiento de los actos, sino la nulidad.”¹⁵

Lo anterior aclaración se hace, en aras de precaver las eventuales confusiones que podrían presentarse en la práctica, especialmente en aquellos casos en que el acto administrativo de retiro del servicio de empleados públicos por cumplimiento de la edad de retiro forzoso haya sido ejecutoriado (adquirido firmeza) y/o ejecutado (retirado el funcionario) después de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016 (30/12/2016).

En los casos de procedimientos administrativos de retiro del servicio de servidores públicos por cumplimiento de la edad de retiro forzoso ejecutoriados después de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016, los interesados en acogerse a la misma deberían interponer la excepción de pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo por desaparición de sus fundamentos de derechos, conforme a los artículos 91.2 y 92 del CPACA, caso en el cual, la SED debe suspender la ejecución del acto administrativo y resolver la excepción propuesta en un término de 15 días, aclarando que contra el acto que la resuelve no procede ningún recursos pero puede ser impugnado en sede judicial.

4.5. Escenarios del procedimiento administrativo de retiro del servicio de empleados públicos por cumplimiento de la edad de retiro forzoso.

De conformidad con las tesis jurisprudenciales y doctrinarias expuestas anteriormente, esta Oficina Asesora Jurídica planteará: **i)** los diferentes escenarios que pueden presentarse en los casos de retiro del servicio de empleados públicos por cumplimiento de la edad de retiro forzoso y **ii)** la consecuencia jurídica producto de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016.

Acto administrativo expedido y en trámite de notificación. En este caso, consideramos que debe proferirse otro acto administrativo que declare el decaimiento del acto administrativo inicial de retiro del servicio del empleado público por cumplimiento de la edad de retiro forzoso, en atención a

¹² Corte Constitucional, Sentencia C-069 de 23 de febrero de 1995.

¹³ Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia de 1o. de agosto de 1991. Exp. 949. Consejero Ponente: Dr. Miguel González Rodríguez.

¹⁴ Idem.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia 76001-23-31-000-2009-01164-01(19154) del 12/03/2015.

la desaparición de sus fundamentos de derecho, v. gr., los artículos 31¹⁶ del Decreto-ley 2400 de 1968, 31¹⁷ del Decreto-ley 2277 de 1979, 2.2.11.1.12.¹⁸ del Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública (Decreto Nacional 1083 de 2015) y demás normas contrarias a la Ley 1821 de 2016, conforme al régimen derogatorio establecido en su artículo 4¹⁹.

El acto administrativo que declare el decaimiento del acto administrativo de retiro del servicio del empleado público por cumplimiento de la edad de retiro forzoso, adicionalmente, debe consultar la voluntad del empleado de permanecer o no en el cargo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 1821 de 2016, y en caso negativo, igualmente en el mismo acto, solicitarle que presente la renuncia formal al cargo dentro de un plazo razonable, con el fin de iniciar un nuevo procedimiento administrativo para el efecto.

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

Lo anterior, teniendo en cuenta que, en caso de que el funcionario encausado no desee continuar prestando el servicio público, su causal de retiro ya no será la del cumplimiento de la edad de retiro forzoso de 65 años, pues las normas que así lo establecían fueron retiradas del ordenamiento antes de la firmeza del acto administrativo que ponía fin a la actuación administrativa para el efecto, de tal suerte que en este nuevo escenario, la causal de retiro del servidor será la de retiro voluntario por renuncia al cargo.

En caso de que el funcionario no exprese su voluntad de continuar o retirarse del servicio público dentro del plazo que se conceda para tal fin, consideramos que debería entenderse que su voluntad es la de continuar en el cargo que desempeña, cosa que también debería dejarse expresa en el acto administrativo que declare el decaimiento del acto de retiro, hasta tanto presente su renuncia formal

¹⁶ Decreto-ley 2400 de 1968. “Artículo 31. Derogado por la Ley 1821 de 2016, artículo 4º. Todo empleado que cumpla la edad de sesenta y cinco (65) años, será retirado del servicio y no será reintegrado. Los empleados que cesaren 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.”

¹⁷ Decreto-ley 2277 de 1979. “Artículo 31. Permanencia. El educador tiene derecho a permanecer en el servicio mientras no haya sido excluido del Escalafón o no haya alcanzado la edad de sesenta y cinco (65) años para su retiro forzoso.”

¹⁸ Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública. “Artículo 2.2.11.1.12. Edad de retiro forzoso. 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 Nacional 2400 de 1968, adicionado por el 3074 del mismo año. (Decreto 1950 de 1973, artículo 122)”

¹⁹ Ley 1821 de 2016. “Artículo 4º. La presente ley rige a partir de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, y en especial las contenidas en los Decretos-ley 2400 de 1968 (artículo 31), 3074 de 1968 (artículo 29), y en los Decretos 1950 de 1973, 3047 de 1989 y 1069 de 2015 (artículos 2.2.6.1.5.3.13 y numeral 4 del artículo 2.2.6.3.2.3).” **(Negritas y subrayados nuestros)**

o llegue a la nueva edad de retiro forzoso de 70 años, establecida en el artículo 1 de la Ley 1821 de 2016.

Acto administrativo expedido, notificado y en término de interposición de recursos. Similares consideraciones a las expuestas anteriormente las hacemos extensivas a este escenario.

Acto administrativo expedido, notificado y con recursos interpuestos o no. Similares consideraciones a las expuestas en el punto 3.1. las hacemos extensivas a este escenario.

Acto administrativo expedido, notificado, con recursos no interpuestos o resueltos y en término de notificación de éstos. Similares consideraciones a las expuestas en el punto 3.1. las hacemos extensivas a este escenario.

Acto administrativo expedido, notificado, con recursos no interpuestos o resueltos, ejecutoriado pero no ejecutado (servidor no retirado del servicio). Similares consideraciones a las expuestas en el punto 3.1. las hacemos extensivas a este escenario.

El Consejo de Estado ha establecido en su jurisprudencia que cuando una situación jurídica particular no está consolidada, la misma no se puede resolver con fundamento en normas declaradas inexequibles o nulas, nosotros agregaríamos las normas derogadas, pues en uno y otro caso lo importante es la consecuencia que se traduce en el retiro de las normas del ordenamiento, independientemente de su casusa. Veamos:

“La Sala ha precisado que **cuando determinada situación jurídica aún no está consolidada²⁰, no se puede resolver con fundamento en normas declaradas inexequibles o nulas, pues, en ese evento, lo que ocurre es que el caso se resuelve con las normas que sean aplicables y que se encuentren vigentes.**”

Por eso, no es que la sentencia se aplique de manera retroactiva a la situación jurídica no consolidada, sino que se aplica de manera inmediata en el sentido de dejar de aplicar la norma declarada nula²¹, en este caso inexequible.”²²

Acto administrativo expedido, notificado, con recursos no interpuestos o resueltos, ejecutoriado y ejecutado (servidor retirado del servicio). Consideramos que en este caso no procedería la declaratoria de pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo de retiro por cumplimiento de la edad de retiro forzoso por desaparición de sus fundamentos de derecho, en la medida en que el acto administrativo en comento haya sido ejecutoriado (adquirido firmeza) y ejecutado (retirado el funcionario) antes del 30/12/2016, es decir, en vigencia de la normatividad anterior que establecía la edad de retiro forzoso a los 65 años, pues es ese caso la situación particular

²⁰ Como cuando, por ejemplo, el acto que creó, modificó o extinguió la situación jurídica particular y concreta está demandado y pendiente de resolver la demanda.

²¹ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta Bogotá, 2 de agosto de 2012. C.P.: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas Radicación: 760012331000200303286 01 (17979).

²² Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia 250002324000200101048 01(19162) del 12/11/2015.



ya se encontraría consolidada. Así lo ha establecido la jurisprudencia reciente del Consejo de Estado, veamos:

“2.- De la aplicación de la excepción de la pérdida de obligatoriedad de los actos administrativos (...)

Debe precisarse que la pérdida de la fuerza ejecutoria hace relación a la imposibilidad de ejecutar los actos propios de la administración para cumplir lo ordenado por ella misma. **En efecto, en los términos del artículo 92 ibídem, los afectados pueden oponerse a la ejecución de un acto administrativo a través de la excepción de pérdida de fuerza ejecutoria, lo cual debe realizarse antes de su ejecución, o dentro del término establecido por la Ley para atacar los actos en sede judicial, siempre y cuando la situación particular no se encuentre consolidada, de lo contrario no son afectados por la decisión anulada.**

Es de señalar además que esta jurisdicción puede pronunciarse sobre la legalidad de los actos que sufrieron el decaimiento, en razón a los efectos que se dieron cuando el mismo estuvo vigente, no obstante para que ello ocurra, el acto administrativo de carácter particular y concreto debe ser demandado en el término señalado por la ley.”²³ **(Negritas y subrayado nuestros)**

Igualmente, como se puede apreciar en la cita, es de precisar que los actos que adolecen de pérdida de fuerza ejecutoria pueden ser objeto de pronunciamiento judicial de legalidad respecto de los efectos que surtieron mientras estuvieron vigentes, siempre y cuando hayan sido demandados dentro del término legal para el efecto.

En similar sentido se pronunció el Consejo de Estado en otra providencia reciente, en la cual sostuvo que la figura de la pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo por desaparición de sus fundamentos de derecho procede en la práctica únicamente frente a actos: **i)** no se han ejecutado o **ii)** se ejecutan en forma recurrente, continua o a futuro; más no respecto de aquellos cuya ejecución fue instantánea, y agregaríamos, o ya fueron ejecutados en el plazo establecido en los mismos, de suerte que en uno y otro caso su situación quedó consolidada antes de la pérdida de ejecutoriedad por no haber sido controvertida en sede administrativa y/o judicial, dentro del término legal.

“Ello, en la medida en que **la figura jurídica solicitada (pérdida ejecutoriedad por decaimiento del acto administrativo al desaparecer su fundamento de derecho) opera en la práctica frente a actos que no se han ejecutado o frente a los que se ejecutan en forma recurrente, continua o a futuro y no frente a aquellos cuya ejecución fue instantánea, es decir, ocurrió en un momento dado y cuya situación quedó consolidada por no haber sido cuestionada administrativa y/o judicialmente en término oportuno.**

En efecto, nótese cómo la norma en comentario se encuentra enmarcada dentro del capítulo de conclusión del procedimiento administrativo, por ende, **la misma no puede operar frente a actuaciones que quedaron finiquitadas hace varios años atrás, es decir, que en relación con los efectos causados es necesario respetar los derechos adquiridos y las situaciones consolidadas antes de la pérdida de fuerza**

²³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 15001-23-33-000-2013-00408-01(2838-13) del 11/02/2016.

ejecutoria²⁴.²⁵

5. Respuestas a las consultas jurídicas.

5.1. ¿Deben suspenderse los efectos del retiro de los docentes que habían sido notificados de la resolución de retiro por edad y que contaban hasta el 30 de diciembre de 2016, inclusive, con los términos previstos en la Ley 1437 de 2011 para la interposición de recursos, esto es, para quienes ese día culminaban los 10 días hábiles para interponer el recurso de reposición contra el acto administrativo que los desvinculaba de la entidad y que no interpusieron el recurso?

Respuesta. Se reitera que lo que debe hacerse en este caso es proferir otro acto administrativo declarando la pérdida de ejecutoriedad de los actos administrativos expedidos en el marco del procedimiento de retiro de los docentes por cumplimiento de la edad de retiro forzoso de 65 años establecida en la normatividad anterior.

Dicho acto además debería: **i)** consultar la voluntad del docente de permanecer o no en el cargo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 1821 de 2016; **ii)** en caso negativo, solicitarle que presente la renuncia formal al cargo dentro de un plazo razonable, con el fin de iniciar un nuevo procedimiento administrativo para el efecto, pues en ese caso la causal de retiro no es la edad de retiro forzoso sino la renuncia voluntaria y **iii)** en caso de que el funcionario no exprese su voluntad de continuar o retirarse del servicio público dentro del plazo que se conceda para tal fin, consideramos que debería dejarse consignado en el acto que allí se entenderá que su voluntad es la de continuar en el cargo que desempeña, hasta tanto presente su renuncia formal o llegue a la nueva edad de retiro forzoso de 70 años, establecida en el artículo 1 de la Ley 1821 de 2016; conforme a las razones expuestas en este concepto.

5.2. ¿Deben suspenderse los efectos del retiro de los docentes que habían sido notificados de la resolución de retiro por edad y que todavía están dentro de los términos previstos en la Ley 1437 de 2011, para interponer el recurso de reposición contra el acto administrativo que los desvincula de la entidad y que no hagan uso del mismo?

Respuesta. Se reitera la respuesta a la consulta anterior.

5.3. ¿Deben resolverse favorablemente los recursos de reposición que fueron interpuestos contra los actos administrativos de retiro forzoso ya notificados, suspendiendo los

²⁴ ARBOLEDA PERDOMO Enrique José, Comentarios al Nuevo código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, ley 1437 de 2011, pagina134, Editorial legis Primera Edición 2011.

²⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 15001-23-33-000-2013-00194-01(2874-13) del 04/02/2016. La tesis de la anterior sentencia fue reiterada por la Sección Segunda en la Sentencia 15001-23-33-000-2013-00220-01(2388-13) del 04/02/2016.



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE EDUCACIÓN

efectos del retiro, aunque no hayan invocado como causal de inconformidad los efectos de la Ley 1821 de 2016?

Respuesta. Se reitera la respuesta a la consulta 5.1.

5.4. ¿Debe suspenderse la notificación de los actos administrativos de retiro forzoso que ya habían sido expedidos, pero que se encontraban en proceso de notificación personal o por aviso?

Respuesta. En este caso el acto administrativo de retiro por cumplimiento de la edad de retiro forzoso de 65 años establecida en la normatividad anterior existe, aunque es ineficaz por falta de notificación al interesado, conforme lo ha establecido la jurisprudencia del Consejo de Estado. Por ende, en la medida en que el acto ya fue expedido, es decir, ya existe, debería proferirse el otro acto administrativo de declaratoria de pérdida de ejecutoriedad de aquel, incluyendo los contenidos sugeridos en la respuesta a la consulta 5.1., y notificarse ambos actos administrativos.

5.5. ¿Se debe declarar la pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos de retiro forzoso que fueron expedidos con anterioridad al 30 de diciembre de 2016, pero que no se encontraban ejecutoriados a esa fecha?

Respuesta. Se reitera la respuesta a la consulta 5.1.

Finalmente, recuerde que puede consultar los conceptos emitidos por la Oficina Asesora Jurídica en la página web de la Secretaría de Educación del Distrito, <http://www.educacionbogota.edu.co>, siguiendo la ruta: *Nuestra entidad / Marco Jurídico / Oficina Asesora Jurídica / Conceptos jurídicos emitidos por la OAJ.*

Cordialmente

HEYBY POVEDA FERRO

Jefe Oficina Asesora Jurídica

Proyectó: Javier Bolaños Zambrano
Abogado Contratista Oficina Asesora Jurídica