

C-084-18

Sentencia C-084/18

LEY QUE REGULA EDAD DE RETIRO FORZOSO DE LAS PERSONAS QUE DESEMPEÑEN FUNCIONES PUBLICAS-Exequibilidad

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD-Formal y material

El ámbito del control jurídico que puede hacer la Corte respecto de la constitucionalidad de los cuerpos normativos expedidos por el legislador, suele dividirse o clasificarse en dos: (a) el control material o sustancial que se realiza respecto del sentido que tienen las disposiciones confrontadas frente a los mandatos que se prevén en el Texto Superior y (b) el control formal o de procedimiento, en el que se busca determinar si en el trámite de creación de una ley, el órgano que lo llevó a cabo siguió las exigencias previstas en la Carta Política y en otros regímenes que sirven como parámetros de validez en el desenvolvimiento de la función legislativa, como sucede especialmente con las leyes orgánicas, cuyo fin es el de sujetar el desarrollo de la actividad legislativa a cargo del Congreso (CP art. 151).

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POR VICIOS DE PROCEDIMIENTO EN TRAMITE LEGISLATIVO-Aplicación del principio de instrumentalización de las formas/CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POR VICIOS DE PROCEDIMIENTO EN TRAMITE LEGISLATIVO-Aplicación del principio de corrección de las formas/CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POR VICIOS DE PROCEDIMIENTO EN TRAMITE LEGISLATIVO-Aplicación del principio in dubio pro legislatoris

TRAMITE LEGISLATIVO-Distinción entre vicios de procedimiento y meras irregularidades

VICIOS DE PROCEDIMIENTO EN TRAMITE LEGISLATIVO-Concepto/VICIOS DE PROCEDIMIENTO EN TRAMITE LEGISLATIVO-Carácter de subsanables e insubsanables

PRINCIPIO DE PUBLICIDAD EN TRAMITE LEGISLATIVO-Jurisprudencia constitucional/PRINCIPIO DE PUBLICIDAD-Elemento fundamental del debate parlamentario

DEBATE LEGISLATIVO-Concepto/DEBATE LEGISLATIVO-Objeto sobre el que recae/DEBATE LEGISLATIVO-Desconocimiento del objeto excluye posibilidad del debate

El artículo 94 de la Ley 5ª de 1992 define al debate como “el sometimiento a discusión de cualquier proposición o proyecto sobre cuya adopción deba resolver la respectiva Corporación”. Esto implica que, si el elemento esencial del debate es la discusión, el presupuesto lógico para que tal actuación pueda llevarse a cabo es que los congresistas tengan conocimiento del proyecto o de las proposiciones que se someten a su decisión. Por tal razón, la jurisprudencia de la Corte ha señalado que la votación sobre un texto desconocido no puede considerarse válidamente como debate.

PRINCIPIO DE PUBLICIDAD EN TRAMITE LEGISLATIVO-Alcance

CONGRESO-Contenido normativo de la convocatoria a sesiones extraordinarias

CONVOCATORIA A SESIONES EXTRAORDINARIAS-Requisitos

(i) Toda reunión en sesiones extraordinarias es válida siempre que medie una convocatoria del Gobierno Nacional; (ii) dicho acto debe precisar el término de duración de las sesiones; (iii) para que las mismas puedan llevarse a cabo es indispensable que el Congreso se encuentre en receso por la culminación de los períodos ordinarios; y (iv) los asuntos a tratar se limitan a aquellos dispuestos por el Gobierno, con excepción de la función de control político que puede ejercerse en todo tiempo.

SESIONES EXTRAORDINARIAS-Posibilidad de adicionar las materias que son objeto de discusión

EDAD DE RETIRO FORZOSO-Cláusula general de configuración normativa/EDAD DE RETIRO FORZOSO-Marco normativo/EDAD DE RETIRO FORZOSO-Jurisprudencia constitucional

DERECHO A LA RENOVACION GENERACIONAL-Jurisprudencia constitucional

EDAD DE RETIRO FORZOSO-Determinación debe fundarse en criterios objetivos

Para la Corte, no existe una fórmula o parámetro único que permita fijar la edad de retiro forzoso, pues, como ya se dijo y se advirtió en la Sentencia C-563 de 1997, su determinación debe fundarse en criterios objetivos “tales como la expectativa de vida promedio de la población colombiana o las necesidades de renovación del mercado de trabajo en orden a la consideración de la productividad del sistema económico”. En general, a juicio de este Tribunal, es preciso acudir a criterios objetivos y razonables que permitan justificar una decisión desde el punto de vista constitucional, teniendo en cuenta el derecho al relevo generacional y la oportunidad que demandan las personas mayores de continuar aportando a la sociedad.

PRINCIPIO DE RACIONALIDAD Y PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD DE LA LEY-Distinción

En el ámbito del legislativo, mientras la racionalidad busca evitar que se adopten leyes absurdas y que resulten alejadas de los valores o principios que se consagran en la Constitución. La razonabilidad busca evitar que, esas mismas leyes, no sean adecuadas, necesarias o proporcionales a luz de otros valores o principios constitucionales.

PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DEL MERITO-Criterio rector del acceso a la función pública

CONCURSO PUBLICO DE MERITOS-Concepto/CONCURSO PUBLICO DE MERITOS-Finalidad

El concurso público se ha entendido como el medio dirigido a garantizar la selección objetiva del funcionario, basado en la evaluación y determinación de la capacidad e idoneidad del aspirante para cumplir con las funciones propias del cargo a desempeñar. Su fin último es el de escoger entre los distintos candidatos a aquél que pueda brindar las mejores condiciones para el desarrollo de la función pública.

CONCURSO PUBLICO-Etapas

OBLIGATORIEDAD DE LAS REGLAS DISPUESTAS EN LOS CONCURSO PUBLICOS-

Jurisprudencia constitucional

CONCURSO PUBLICO DE MERITOS-Vulneración de la confianza legítima

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA-No puede desconocer derechos de aspirantes que participan en concurso de méritos

LISTA DE ELEGIBLES-Naturaleza jurídica

DERECHOS ADQUIRIDOS Y MERAS EXPECTATIVAS-Distinción

PROVISION DE CARGOS-Existencia de vacantes

DERECHO ADQUIRIDO EN INGRESO AL SERVICIO PUBLICO-Requisitos

Para que confluya un derecho adquirido en el ingreso al servicio público por medio de listas o registros de elegibles, se requiere acreditar que: (i) la persona participó en un concurso de méritos; (ii) que el nombre fue incluido en la lista de elegibles y (iii) que existe en efecto una vacante para ser designado. Este último supuesto sólo se entiende como acreditado cuando se trata de espacios previamente disponibles en la función pública, más no cuando para su asignación se requiere acreditar un componente de naturaleza variable, pues en dicho escenario lo que acaece es una mera expectativa.

Referencia: Expedientes D-11938 y D-11940 (acumulados)

Asunto: Demandas de inconstitucionalidad contra 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”

Ana de Jesús Montes Calderón

Orlando Muñoz Neira

Magistrado Sustanciador:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá DC, veintinueve (29) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En virtud de lo previsto en los artículos 5 del Decreto 2067 de 1991 y 49 del Acuerdo No. 02 de 2015, en sesión llevada a cabo el día 1° de febrero de 2017, la Sala Plena de esta Corporación decidió acumular la demanda de inconstitucionalidad D-11940 al expediente

D-11938, por existir coincidencia total o parcial en las normas acusadas.

Las demandas propuestas se traducen en el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en el numeral 4 del artículo 241 de la Constitución Política, mediante las cuales los ciudadanos Ana de Jesús Montes Calderón y Orlando Muñoz Neira pretenden controvertir la constitucionalidad de la totalidad de 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”, tanto por la supuesta ocurrencia de vicios de procedimiento como por razones de fondo.

En Auto del 17 de febrero de 2017, el despacho del Magistrado Sustanciador admitió las demandas y dispuso la práctica de varias pruebas conducentes a conocer los debates legislativos que antecedieron a la aprobación de la citada ley, las razones que sustentaron su expedición y los posibles efectos derivados de su entrada en vigencia. Con tal fin, se solicitó información a los Secretarios Generales del Senado de la República y la Cámara de Representantes; al Secretario de la Comisión Séptima del Senado de la República; a la Sección de Leyes del Senado de la República; a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República; al Gerente de la Imprenta Nacional; al Ministro de Hacienda y Crédito Público; a la Ministra de Trabajo; al Superintendente de Notariado y Registro; al Director del Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas (DANE); al Procurador General de la Nación, al Fiscal General de la Nación y al Presidente del Consejo Superior de la Judicatura.

Con posterioridad, una vez relacionados los oficios del 8, 9, 10, 13 y 14 de marzo, 17 y 26 de abril, y 23 de mayo de 2017, remitidos por la Secretaría General de la Corte, el despacho del Magistrado Sustanciador encontró que fueron recibidos la mayoría de los documentos solicitados, procediendo a requerir tan sólo el envío de aquellos que no fueron entregados en tiempo. Con tal propósito, de forma sucesiva, se expedieron Autos los días 10 y 31 de marzo, 4 de mayo y 5 de junio de 2017.

Con ocasión de la expedición del Decreto 889 de 2017, en Auto 305 del 21 de junio del año en cita, la Sala Plena de la Corte decidió “(...) suspender los términos de los procesos de constitucionalidad enumerados en el fundamento jurídico sexto de [dicha] decisión, que hayan sido admitidos para trámite ante la Corte y en la etapa procesal en que actualmente se encuentren”. Esta decisión incluyó el proceso de la referencia, como se constata en el sistema de información de este Tribunal.

Una vez recibidas la totalidad de las pruebas decretadas, el despacho del Magistrado Sustanciador solicitó a la Sala Plena de la Corte autorizar la fijación del proceso en lista, remitir las invitaciones respectivas para que expertos brindaran su opinión sobre las materias sometidas a controversia, y solicitar al Procurador General de la Nación el envío del concepto a su cargo, requerimiento que fue aprobado por unanimidad, en sesión del 22 de noviembre de 2017.

Vencido el plazo previsto en la ley para el efecto, se recibieron intervenciones por parte del Ministerio de Justicia y del Derecho; el Consejo Superior de la Judicatura; el Banco de la República; el Departamento Administrativo de la Función Pública; la Confederación de Trabajadores de Colombia; la Unión Colegiada del Notariado Colombiano (U.C.N.C); y los

ciudadanos Helí Abel Torrado Torrado, Jesús Aureliano Gómez Jiménez, Andrés Medina Pineda, Lubin Fernando Nieves Meneses, Marlen López Forero, José David Manotas Cabarcas, Fabio César Amorocho Martínez, Luis Alfonso Leal Núñez, Jaime Córdoba Triviño, Javier Alberto Cárdenas Guzmán, Julieta Teresa Játiva, Juan David Eraso, Juan Cuasquer Caicedo, Yobana Villareal Burbano, Silvia Játiva Enríquez, Jairo Salas Ibarra, Nelson Rene Eraso, Fernando Játiva Ruano y Carlos Alfonso Araujo Castro.

De esta manera, previo levantamiento formal de la suspensión de términos decretada en este proceso mediante Auto 305 de 2017, la cual se verá reflejada en la parte resolutive de esta providencia, y sobre la base de que se cumplieron la totalidad de los trámites previstos en el artículo 242 del Texto Superior y en el Decreto 2067 de 1991, procede la Corte a resolver sobre las demandas de la referencia.

II. NORMAS DEMANDADAS

A continuación, se transcribe el texto del precepto legal demandado, de conformidad con su publicación en el Diario Oficial No. 50.102 del 30 de diciembre de 2016:

“Ley 1821 de 2016

(diciembre 30)

Artículo 1.- <Artículo corregido por el artículo 1 del Decreto 321 de 2017. El nuevo texto es el siguiente:> La edad máxima para el retiro del cargo de las personas que desempeñen funciones públicas será de setenta (70) años. Una vez cumplidos, se causará el retiro inmediato del cargo que desempeñen sin que puedan ser reintegradas bajo ninguna circunstancia.

Lo aquí dispuesto no se aplicará a los funcionarios de elección popular ni a los mencionados en el artículo 29 del Decreto-Ley 2400 de 1968, modificado por el artículo 1º del Decreto-Ley 3074 de 1968.

Artículo 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 3º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003.

Artículo 3.- Esta ley no modifica el régimen de acceso a ningún cargo público, ni el de permanencia y retiro de los mismos, salvo en la edad máxima de retiro forzoso aquí fijada. Tampoco modifica las condiciones, requisitos, circunstancias y demás situaciones establecidas en el régimen general y los regímenes especiales que regulan el acceso al derecho a la pensión de jubilación.

Artículo 4.- <Artículo corregido por el artículo 1 del Decreto 321 de 2017. El nuevo texto es el siguiente:> La presente ley rige a partir de su publicación y deroga todas las

disposiciones que le sean contrarias, y en especial las contenidas en los Decretos-ley 2400 de 1968 (artículo 31), 3074 de 1968, y en los Decretos números 1950 de 1973, 3047 de 1989 y 1069 de 2015 (artículos 2.2.6.1.5.3.13 y numeral 4 del artículo 2.2.6.3.2.3).”[1]

III. DEMANDAS, INTERVENCIONES Y CONCEPTO DE LA VISTA FISCAL

Dada la diversidad de las razones expuestas para solicitar la declaratoria de inconstitucionalidad de los preceptos acusados, tanto por motivos de forma como de fondo, la metodología que se utilizará en esta sentencia implicará, en esta primera parte, resumir por separado cada uno de los cargos formulados, en donde no se seguirá el mismo esquema formal de las demandas, sino aquél que le brinda a este Tribunal la posibilidad de abarcar con mayor claridad el juicio propuesto. Así las cosas, se iniciará con la identificación global de las acusaciones realizadas, seguidas de cada una de las intervenciones vinculadas con el tema y el concepto que sobre el particular se presenta por el Procurador General de la Nación. En seguida, en la segunda parte de esta providencia, se proseguirá con el análisis punto por punto de los cargos impetrados, sobre la base del ejercicio de caracterización efectuado por la Corte.

Del resumen de la primera parte, se excluye la intervención del Banco de la República, toda vez que la misma no se pronuncia sobre ninguno de los cargos formulados, sino que sugiere una controversia distinta vinculada con la inaplicación de la Ley 1821 de 2016 para los miembros de la Junta Directiva del Banco de la República, al entender que las reglas de permanencia y retiro en dicho cargo tienen un soporte constitucional específico (CP art. 372) que impide su asimilación al del resto de funcionarios públicos[2], más aún cuando se ha admitido que sus atribuciones y organización se someten a un régimen legal propio, en el que no se aplica la edad de retiro forzoso[3].

Al respecto, se considera que no cabe examinar el problema jurídico planteado por el Banco de la República, ya que, como lo ha reiterado recientemente este Tribunal[4], por lo general, el alcance de su pronunciamiento se limita a los cargos planteados en la demanda, entre otras, por las siguientes razones: (i) porque el juicio de constitucionalidad por vía activa tan sólo es procedente cuando se formula una acusación ciudadana (CP art. 241), que satisface los requisitos formales y materiales de admisión[5], por lo que son los cargos que allí se exponen las que concretan el objeto del debate constitucional, en ejercicio de un derecho político de carácter fundamental (CP art. 40.6); (ii) porque la obligación de rendir concepto por parte del Procurador General de la Nación se circunscribe a la pretensión de inconstitucionalidad planteada por el actor, sin que sea posible ampliar los temas objeto de pronunciamiento, así sean invocados por algunos de los intervinientes, pues, de hacerlo, se estaría ante un control cuyo origen no es el ejercicio del derecho de acción como lo exige la Constitución (CP art. 241), y (iii) porque de asumir un juicio sobre cargos distintos a los expuestos en la demanda, eliminaría la posibilidad de quienes participaron en la expedición de la norma de explicar las razones que justifican su constitucionalidad (CP art. 244), como elemento mínimo de contradicción que debe tener el juicio abstracto a cargo de la Corte[6].

De igual manera tampoco cabe pronunciarse sobre la intervención realizada por el ciudadano Carlos Alfonso Araujo Castro, pues a través de ella no se pronuncia coadyuvando

la demanda o solicitando la exequibilidad de la ley cuestionada, sino que, en su lugar, formula una consulta a esta Corporación en la que pregunta si el artículo segundo tiene efectos retroactivos respecto de los funcionarios que habiendo cumplido 65 años al momento de sancionarse la Ley 1821 de 2016, no habían adquirido o tramitado su pensión de vejez y se hallaban en ejercicio de funciones públicas, con ocasión de la expedición del Decreto 648 de 2017[7], en el que se dispone el retiro del servicio de dichos funcionarios[8].

Al respecto, la Corte reitera el control de constitucionalidad supone un juicio de contradicción entre una norma de inferior jerarquía y la Constitución, con el propósito de expulsar del ordenamiento jurídico las disposiciones que desconozcan o sean contrarias a sus mandatos, sin que en el desarrollo de esta función pueda el tribunal constitucional actuar como órgano consultivo, con el propósito de pronunciarse sobre el alcance de una norma y su eventual contradicción con preceptos de carácter administrativo. Así, por ejemplo, en la Sentencia C-1269 de 2000[9], esta Corporación dispuso que:

“Finalmente, y a propósito de las solicitudes que el accionante plantea para que la Corporación aclare “cuál es verdadero sentido y alcance de los Decretos 573 y 574 de 1995”, que no fueron objeto de esta demanda, y para que “haga precisión sobre cuál es la misión verdadera de los comités, sobre las actas que se levantan y la notificación al evaluado (sic) cuándo debe realizarse”; y, además para que “obligue a la justicia administrativa a respetar y aplicar los fallos de tan alta Corporación”, la Corte Constitucional reitera que carece de competencia para resolver sobre estas peticiones, pues la Corporación la tiene fijada en los estrictos y precisos términos del artículo 241 de la Constitución Política, en el cual no aparece ninguna función mediante la cual a esta Corte le compete aclarar el verdadero sentido y alcance de normas legales por fuera de los procesos sobre los cuales le corresponde resolver, ni muchos menos impartir órdenes a la justicia administrativa en relación con la observancia de sus fallos.”

En idéntico sentido, en la Sentencia C-357 de 1999[10], este Tribunal aclaró que:

“La acción pública de inconstitucionalidad es un mecanismo que busca el cotejo, por la autoridad judicial competente –en Colombia, la Corte Constitucional– entre el precepto legal demandado y los mandatos constitucionales. // El análisis que efectúa la Corte debe darse en abstracto, teniendo en cuenta el contenido objetivo de la disposición examinada, y en ningún caso la aplicación concreta que ella tenga (...) // Los cargos que se formulen por un ciudadano contra una norma integrante del orden jurídico, para pedir a esta Corte que la declare inconstitucional, no pueden fundarse, entonces, en sus desarrollos específicos, ni referirse a su ejecución práctica o a los abusos que puedan cometerse por los operadores jurídicos en casos concretos. Puesto que el juicio de constitucionalidad implica la confrontación en abstracto entre el contenido de la disposición acusada y la preceptiva fundamental, las demandas que busquen su inexecuibilidad deben aludir a ella en los mismos términos.”

Con excepción de las dos intervenciones previamente mencionadas, las cuales no serán tenidas en cuenta por las razones expuestas, se advierte que, a partir del contenido de las dos demandas acumuladas (D-11938 y D-11940) y de la labor de identificación global efectuada por la Corte, se agrupan en cuatro los cargos que serán objeto de resumen y posterior examen por parte de la Sala Plena de este Tribunal, a saber: (i) violación del

principio de publicidad, respecto de varias actuaciones realizadas a lo largo del trámite legislativo que concluyó con la aprobación del proyecto que dio origen a la Ley 1821 de 2016; (ii) desconocimiento de las reglas de convocatoria a sesiones extraordinarias, al considerar que el decreto que habilitó esa instancia de actuación, se profirió por fuera del término constitucional y de las condiciones habilitadas para el efecto; (iii) vulneración de los principios de racionalidad de la ley y de mérito en el acceso a la función pública, en armonía con el derecho a la renovación laboral, por cuanto la ley impugnada carece de un objetivo constitucional válido, restringe la idoneidad del servicio únicamente al factor edad e impide que tenga aplicación el derecho al relevo generacional que emana del artículo 40.7 del Texto Superior; y finalmente, (iv) infracción de los artículos 125 y 131 de la Constitución, aunado a la violación de los derechos adquiridos y los principios de buena fe, confianza legítima e igualdad, toda vez que el cambio realizado por el Congreso en la edad de retiro forzoso (65 a 70 años) desconoce la firmeza de varias listas de elegibles, que crean derechos subjetivos de carácter particular y concreto, y que, como parte de las reglas del concurso de méritos para el acceder al servicio público, no pueden ser alteradas ni modificadas por el legislador.

Con fundamento en lo anterior, se procederá a resumir cada uno de los cargos propuestos, siguiendo el esquema mencionado en este acápite.

3.1. PRIMER CARGO: Violación del principio de publicidad

3.1.1. Fundamentos de la demanda

El principio de publicidad constituye una garantía esencial del trámite legislativo, el cual no sólo aplica respecto de los miembros del Congreso, sino que trasciende al público o a los ciudadanos en general. Este principio se vulneró en el trámite del proyecto que dio origen a la Ley 1821 de 2016, conforme se sostiene en la demanda D-11938, por las siguientes razones:

(i) El artículo 35 del Reglamento del Congreso establece que en las sesiones de las comisiones permanentes se debe levantar un acta, la cual debe leerse y aprobarse en la siguiente sesión, en aras de brindar al público en general conocimiento sobre lo ocurrido y las razones que justificaron la toma de una decisión[11]. Al respecto, la demandante afirma que, en la reunión de la Comisión Séptima del Senado del 9 de noviembre de 2016, se aprobó la ponencia para primer debate, actuación que quedó consignada en el Acta No. 20. Sin embargo, en las sesiones siguientes de dicha comisión no aparece su aprobación en el orden día, con lo cual se desconoce el citado mandato reglamentario, con la particularidad de que se autorizó la publicación de la ponencia para segundo debate el 16 de noviembre del año en cita, sin que la Comisión se hubiese allanado a obedecer el deber de publicidad a su cargo.

(ii) En las plenarias del Senado transmitidas por el Canal Institucional nunca se dio a conocer el articulado que se sometía a discusión y aprobación, así como tampoco se dio lectura a dos conceptos en los que se pedía el archivo de la iniciativa, elaborados por parte del Ministerio de Trabajo y de la Superintendencia de Notariado y Registro, desconociendo con ello lo previsto en el numeral 3 del artículo 47 de la Ley 5ª de 1992, conforme al cual: "Son deberes del Secretario (...) de cada Cámara: (...) 3. Dar lectura a los proyectos,

proposiciones y demás documentos y mensajes que daban ser leídos en sesión plenaria”.

(iii) Cuando se aprobó el proyecto en la plenaria del Senado de la República el día 14 de diciembre de 2016, se omitió dar a conocer el contenido del informe de una subcomisión nombrada para estudiar la solicitud de archivo que fue radicada por la Superintendencia de Notariado y Registro.

(iv) El informe de conciliación se publicó con anterioridad a la aprobación de la iniciativa en el último debate en la plenaria del Senado de la República, con lo cual se concertó un texto por fuera del reglamento y sin conocer la versión final de lo aprobado. En este informe quedaba claro “que la ley no tendría un efecto retroactivo, es decir, no se aplicaría a quienes al momento de entrar en vigencia la ley ya hubieran cumplido 65 años”[12].

(v) El 15 de diciembre de 2016, con violación del reglamento, se publicó un segundo informe de conciliación, variando el texto de lo propuesto, en el sentido de excluir expresamente la prohibición de que ley no aplica para quienes al momento de su entrada en vigor ya hubieran cumplido 65 años, es decir, dándole un efecto retroactivo.

3.1.2. Intervenciones

3.1.2.1. Intervención del Ministerio de Justicia y del Derecho

Para el Director de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia y del Derecho los cargos formulados no están llamados a prosperar, por las razones que se exponen a continuación:

(i) El Acta No. 20 sí fue aprobada como lo dispone el reglamento en sesión del 30 de noviembre de 2016, como consta en el Acta No. 24 de esa misma fecha. Allí se advierte que, en el punto tercero, se somete el citado documento a consideración y aprobación de la Comisión Séptima del Senado, concluyendo dicho acto con la siguiente declaración secretarial: “Con el mecanismo de votación ordinaria, la Comisión Séptima del Senado de la República aprueba las actas números 16, 17, 18, 19, 20 y 21. Acaba de llegar el Senador Antonio José Correa que también aprueba las actas. Diez (10) votos aprueban las respectivas actas, la Secretaría hará las constancias del caso, las salvedades en cuenta a los senadores que no asistieron a esas sesiones, bien con excusa, bien con aplicación del artículo 92, señor Presidente. // Quedan aprobadas las actas por diez (10) votos, actas números 16, 17, 18, 19, 20 y 21, legislatura 2016-2017”[13].

(ii) El articulado que se sometía a discusión y votación en la plenaria del Senado, en el cuarto debate, fue consignado en el informe de ponencia, por lo que no puede existir violación alguna del principio de publicidad. Además, los conceptos emitidos por el Ministerio de Trabajo y la Superintendencia de Notariado y Registro fueron divulgados en las Gacetas del Congreso Nos. 1077 y 1107 de 2016, respectivamente, lo que deja sin fundamento el cargo que se plantea en la demanda.

(iii) Si bien coincide la fecha del último debate en la plenaria del Senado con aquella en la que se surtió la publicación del primer informe de conciliación (14 de diciembre de 2016), tal circunstancia es irrelevante, pues ese informe fue reemplazado por un nuevo, el cual se

publicó en la Gaceta del Congreso No. 1142 del día 15 del mes y año en cita. En este último documento, se afirma que el cambio se justifica porque “el texto radicado el 14 de diciembre presentó algunos errores de transcripción”[14]. Para el interviniente, con la corrección realizada, se entiende subsanada “cualquier inconsistencia [entre] la fecha de aprobación en cuarto debate en plenaria del Senado y la publicación del último informe de conciliación”[15].

(iv) No existe inconsistencia alguna por la publicación de dos informes de conciliación, ya que expresamente en el segundo se registró una nota aclaratoria que explica lo ocurrido y que le resta validez al primer documento que fue publicado.

3.1.2.2. Intervención del Departamento Administrativo de la Función Pública

El Departamento Administrativo de la Función Pública, a través de apoderado judicial, solicita a la Corte que se declare la exequibilidad de la Ley 1821 de 2016, con base en las siguientes consideraciones:

(i) El Acta No. 20 fue aprobada como lo exige el artículo 35 de la Ley 5ª de 1992, en sesión del 30 de noviembre de 2016, según consta en el Acta No. 24 de esa fecha, publicada en la Gaceta del Congreso No. 80 de 2017.

(ii) El texto sometido a discusión y aprobación fue incluido en el Acta No. 49 del 14 de diciembre de 2016, fecha en que fue aprobado el proyecto de ley en cuarto debate en la plenaria del Senado de la República. Por otra parte, los conceptos emitidos por el Ministerio de Trabajo y la Superintendencia de Notariado y Registro fueron divulgados en las Gacetas Nos. 1077 y 1107 de 2016, respectivamente.

(iii) No tiene ningún efecto la publicación del primer informe de conciliación en la misma fecha en que se surtió el último debate en la plenaria del Senado, toda vez que dicho informe fue reemplazado por uno nuevo, que se divulgó en la Gaceta del Congreso No. 1142 del 15 de diciembre de 2016, con ocasión de la existencia de algunos errores de transcripción en el primero.

3.1.2.3. Intervención de la Unión Colegiada del Notariado Colombiano (U.C.N.C.)

El Presidente y Representante Legal de la Unión Colegiada del Notariado Colombiano solicita declarar la exequibilidad de la ley acusada, por las razones que a continuación se exponen:

(i) Lo primero que se destaca por el interviniente es que el Acta No. 20 fue publicada en la Gaceta del Congreso No. 1110 del 7 de diciembre de 2016, por lo que se cumplió con el requisito de publicidad, pues se realizó su divulgación en el medio oficial de comunicación del legislativo. Por lo demás, aunque se probase que dicha acta no se aprobó en la siguiente sesión, como lo prescribe el artículo 35 de la Ley 5ª de 1992, tal circunstancia constituye una mera irregularidad de trámite que no tiene la entidad para constituir un vicio de procedimiento, toda vez que no se afecta ningún valor o principio constitucional vinculado con la formación de la voluntad democrática o con el respeto al régimen de competencias, conforme se deriva de la aplicación del principio de instrumentalidad de las formas.

(ii) Tampoco cabe reparo alguno frente al conocimiento del articulado que se sometía a discusión y aprobación en el cuarto debate, pues el mismo fue incluido en la Gaceta del Congreso No. 1034 del 22 de noviembre de 2016, que contiene el informe de ponencia. Al igual que los anteriores intervinientes, se sostiene que el concepto emitido por la Superintendencia de Notariado y Registro fue divulgado en la Gaceta del Congreso No. 1077 de 2016.

(iii) En lo que atañe a un supuesto informe de una subcomisión nombrada para estudiar la solicitud que fue radicada por la Superintendencia de Notariado y Registro, se pone de presente que no existe evidencia de que tal sub-comisión hubiese sido nombrada y que, incluso, de haber ocurrido, en ninguna parte de la Ley 5ª de 1992 se dispone que la lectura de sus informes sea un requisito de validez de las sesiones plenarias. En consecuencia, es irrelevante el cargo planteado al no tener repercusión alguna en términos constitucionales.

(iv) La publicación de un nuevo informe de conciliación se originó por la existencia de un error en el primer texto divulgado, ya que tan sólo se puso de presente la existencia de una divergencia en lo referente al ámbito de aplicación de la ley, cuando también existían discrepancias frente “a la población a la que va dirigida” y las normas objeto de “derogatoria expresa”[16]. Por ende, en virtud del principio de corrección de las formas, debe entenderse que la actuación realizada, lejos de ser contraria a la Constitución, se justifica en la necesidad de preservar la autenticidad sobre el texto aprobado en los cuatro debates reglamentarios, como se deriva de lo previsto en el artículo 157 de la Constitución.

3.1.2.4. Intervención del ciudadano Helí Abel Torrado Torrado

El ciudadano Helí Abel Torrado Torrado pide a esta Corporación declarar la exequibilidad de la ley demandada. Al respecto, sostiene que, en primer lugar, el Acta No. 20 aparece transcrita en la Gaceta del Congreso No. 1110 de 2016 y que, incluso si se llegare a demostrar que no fue aprobada conforme lo prescribe el artículo 35 de la Ley 5ª de 1992, tal circunstancia no constituye un vicio en el procedimiento que conduzca a la declaratoria de inconstitucionalidad de la Ley 1821 de 2016, “por cuanto esa omisión no afectó ningún principio aplicable al trámite legislativo”[17].

En segundo lugar, el deber de publicidad respecto del contenido del articulado sometido a aprobación en el cuarto debate en la plenaria del Senado de la República, se cumplió a través del medio oficial dispuesto para el efecto, como lo es la divulgación del informe de ponencia en la Gaceta del Congreso No. 1034 del 22 de noviembre de 2016. Por otro lado, el concepto de la Superintendencia de Notariado y Registro también fue publicado en la Gaceta No. 1077 del 1 de diciembre del año en cita, por lo que todos los congresistas y la ciudadanía tuvieron la oportunidad de conocer su contenido, sin que sea imperativo, pues ninguna norma así lo establece, que deba leerse en voz alta a todos los asistentes a las sesiones del Congreso.

En tercer lugar, nada impide que se realicen cambios al informe de conciliación, mientras el mismo no sea objeto de deliberación y votación por parte de los Congresistas, como ocurrió en el caso bajo examen, en donde la modificación realizada se justificó por la

necesidad de preservar el principio de transparencia, poniendo de presente todos los asuntos que habían sido aprobados de forma distinta entre las cámaras, con miras a preservar la fidelidad en el contenido de lo que finalmente sería votado.

Por último, no existe constancia de que se haya nombrado una subcomisión, como se alega por uno de los demandantes, y en caso de haber ocurrido tal situación, la lectura de un eventual informe no es indispensable dentro del trámite legislativo, por lo que su existencia resulta irrelevante en términos constitucionales.

3.1.2.5. Intervención del ciudadano Javier Alberto Cárdenas Guzmán

El ciudadano Javier Alberto Cárdenas Guzmán pide declarar la exequibilidad de la ley impugnada, pues en el trámite de la iniciativa se cumplió cabalmente con todos los requisitos de publicidad que se prevén en el ordenamiento jurídico (CP art. 157), incluyendo la realización de una audiencia pública que consta en la Gaceta del Congreso No. 959 del 2 de noviembre de 2016.

Adicionalmente, y como lo afirman otros intervinientes, de existir una irregularidad en aprobación del Acta No. 20, dicha deficiencia de trámite carece de la fuerza suficiente para devenir en un vicio de inconstitucionalidad, en la medida en que no afecta ningún principio o valor constitucional de carácter sustantivo vinculado con el trámite de aprobación de la ley. En este punto, se resalta que la naturaleza jurídica del acta es la de servir de instrumento para resumir las distintas actuaciones llevadas a cabo en una sesión, sin que sea necesario leer íntegramente su contenido, por lo que la dinámica vinculada con su aprobación no es conditio sine qua non para garantizar el principio de publicidad[18].

3.1.3. Concepto del Procurador General de la Nación

El Procurador General de la Nación solicita a la Corte declarar exequible la Ley 1821 de 2016, por las siguientes razones:

(i) En cuanto a la aprobación del Acta No. 20 se señala que dicha actuación tuvo lugar en sesión del 30 de noviembre, como puede verificarse en el Acta No. 24 de esa misma fecha, publicada en la Gaceta del Congreso No. 80 de 2017. Para el Ministerio Público, si bien se cumplió con el requisito de la aprobación del acta, es claro que el cumplimiento de esa obligación no tuvo lugar en la siguiente sesión (como lo ordena el artículo 35 de la Ley 5ª de 1992) y que incluso le asiste razón al actor cuando afirma que su ocurrencia se dio con posterioridad a la publicación del informe de ponencia para cuarto debate en el plenaria del Senado de la República, acto que se llevó a cabo en la Gaceta del Congreso No. 1034 del 22 de noviembre de 2016.

A pesar de lo anterior, ninguna de dichas deficiencias es constitutiva de un vicio de procedimiento en el trámite de aprobación de la ley. En primer lugar, porque la formalización de las actas no es una exigencia directa y específica de publicidad del procedimiento legislativo, como sí ocurre con los informes de ponencia (CP art. 160); y, en segundo lugar, porque para poder elaborar este último documento en ninguna parte de la Ley 5ª de 1992 se exige la necesidad de contar con el acta aprobada, como se advierte explícitamente de lo previsto en el artículo 175[19].

(ii) En lo referente a los conceptos emitidos por la Superintendencia de Notariado y Registro y por el Ministerio de Trabajo no existe realmente un precepto legal que imponga el deber de leerlos en la plenaria, tal obligación no se deriva de lo previsto en la norma invocada por el actor. Por lo demás, dichos conceptos sí fueron divulgados conforme se dispone en el reglamento, en las Gacetas del Congreso No. 1077 y 1107 de 2016.

(iii) En lo que atañe al conocimiento del informe de la Subcomisión creada para discutir la solicitud de la Superintendencia de Notariado y Registro, la Vista Fiscal pone de presente que, en el acta de la plenaria del Senado del 14 de diciembre de 2016, publicada en la Gaceta del Congreso No. 305 de mayo de 2017, se evidencia que fue presentado dicho informe y que el mismo fue aprobado por la citada Corporación.

(iv) Por último, en lo que respecta al cuestionamiento sobre el momento en que ocurrió la publicación del primer informe de conciliación, no cabe realizar un análisis muy detallado del asunto, pues cualquier vicio que pudo haber existido, se entiende corregido con la divulgación del segundo informe del 15 de diciembre de 2016. Ello implica que, en la práctica, el primer informe “no influyó en la conformación de la voluntad de las plenarios, al ser sustituido por otro”[20].

3.2. SEGUNDO CARGO: Desconocimiento de las reglas de convocatoria a sesiones extraordinarias

3.2.1. Fundamentos de la demanda

La jurisprudencia constitucional ha sido tajante en establecer que la inobservancia de las reglas que establecen la forma como se debe realizar la convocatoria a sesiones extraordinarias configura un vicio de inconstitucionalidad insubsanable, en virtud de lo previsto en el artículo 149 del Texto Superior[21]. En desarrollo de lo anterior, en la demanda D-11940 se afirma que la posibilidad de que el Congreso de la República le dé trámite a una iniciativa en extras supone la preexistencia de un decreto presidencial, cuya publicación en el Diario Oficial debe darse con anterioridad al momento en que venza la legislatura, “no después”[22].

Sobre la base de lo expuesto, se plantea que se incurrió en un vicio de procedimiento, pues el decreto que habilitó la convocatoria a extras para la aprobación del informe de conciliación del proyecto que dio origen a la Ley 1821 de 2016, se profirió por fuera del término constitucional habilitado para el efecto. Precisamente, en el asunto bajo examen, se afirma que el Presidente profirió un primer decreto el día 7 de diciembre de 2016, con el fin de que el Congreso sesionará entre los días 17 a 23 del mes y año en cita, en el trámite de dos iniciativas: (a) la reforma tributaria (PL 178 de 2016 Cámara, 163 de 2016 Senado) y (b) la adopción de medidas contra la pesca ilegal (PL 162 de 2016 Senado, 117 de 2015 Cámara)[23]. Con todo, después del 16 de diciembre de 2016, el Gobierno, “sin ofrecer justificación racional alguna”[24], emitió un segundo decreto de convocatoria, mediante el cual adicionó un tercer proyecto, esto es, aquél que modifica la edad de retiro forzoso de 65 a 70 años.

En este orden de ideas, mientras la primera convocatoria se realizó antes de que culminará el primer período ordinario de la legislatura, informando a toda la sociedad de que sólo se

discutirían dos proyectos en las sesiones extraordinarias del Congreso, cinco días después de concluido dicho período ordinario, sin motivación alguna, y por fuera de tiempo, se decidió adicionar el proyecto que dio origen a la ley que se cuestiona en su constitucionalidad[25].

Para el actor, “no puede ser que, fenecido ya el período ordinario, venga a revivir, sin más, el miércoles 21 de la semana siguiente, justo dos días antes de que culminaran las sesiones extras”[26], un proyecto de ley cuya discusión ya se había aplazado para el siguiente período ordinario, tal comportamiento, además de ser “antiético”[27], es contrario a la Constitución, pues el llamamiento a extras no puede realizarse cuándo se quiera y para el trámite de proyectos que al Gobierno simplemente “le plazcan”[28].

Por lo demás, a juicio del actor, tal estrategia dirigida a “resucitar un trámite suspendido viola el principio de publicidad en el trámite de los proyectos de ley”[29], para lo cual cita varios apartes de la Sentencia C-685 de 2011[30], que, en sus propias palabras, refieren a “la consulta de las fechas de publicidad real del decreto que convoca a extras, y la realización de discusiones en el Congreso”[31].

3.2.2. Intervenciones

3.2.2.1. Intervención del Ministerio de Justicia y del Derecho

Para el Director de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia y del Derecho no existe extemporaneidad en la convocatoria a sesiones extraordinarias, pues tanto la expedición del decreto como su publicación se dieron con antelación al trámite de discusión y aprobación de los informes de conciliación en cada una de las cámaras. Al respecto, expone que el Decreto 2087 de 2016, que modificó el Decreto 1994 de ese mismo año, en el que se adicionó para ser discutido en sesiones extraordinarias el proyecto de ley sobre edad de retiro forzoso, aparece publicado en el Diario Oficial No. 50.094 del 21 de diciembre de 2016, mientras que la aprobación de los informes de conciliación en ambas Cámaras se llevó a cabo hasta el día siguiente, advirtiendo en las actas de la sesión sobre la lectura del citado decreto de convocatoria[32].

3.2.2.2. Intervención del Departamento Administrativo de la Función Pública

El Departamento Administrativo de la Función Pública, a través de apoderado judicial, en términos concordantes con lo señalado por el Ministerio de Justicia y del Derecho afirma que: “[E]l Decreto 2087 de 2016, que modificó el Decreto 1994 de 2016, por el cual se convocó al Congreso de la República a sesiones extraordinarias, aparece publicado en el Diario Oficial No. 50.094 del 21 de diciembre de 2016, mientras que la aprobación de los informes de conciliación, tanto en Cámara como en Senado, data del 22 de diciembre de 2016, poniendo de presente y dando a conocer a los congresistas, al inicio de cada una de tales sesiones plenarias, el contenido del Decreto 2087 de 2016 modificador del decreto de convocatoria, conforme así aparece expresamente en las Actas Nos. 194 Cámara y 53 Senado, ambas del 22 de diciembre de 2016, las cuales fueron publicadas en las Gacetas del Congreso Nos. 124 y 822 [de] 2017, respectivamente, obrantes en el plenario. En consecuencia, el cargo sobre extemporaneidad y falta de publicación del decreto que

adicionó la convocatoria a sesiones extraordinarias, donde se incluyó el trámite del proyecto de ley de retiro forzoso (...) debe ser denegado”[33].

3.2.2.3. Intervención de la Unión Colegiada del Notariado Colombiano (U.C.N.C.)

El Presidente y Representante Legal de la Unión Colegiada del Notariado Colombiano solicita declarar la exequibilidad de la ley acusada. Al respecto, señala que el artículo 138 de la Constitución no le prohíbe al Presidente de la República modificar, agregar o adicionar el repertorio de proyectos que se pueden incluir en una convocatoria a sesiones extraordinarias, cuando inicialmente hizo uso de tal atribución, incluso después de haber concluido el período ordinario de deliberación legislativa. Por tal razón, en la medida en que nada imposibilita que el Gobierno pueda ampliar las materias objeto de discusión y que tal llamamiento puede ocurrir estando el Congreso en receso, tal como se sostuvo en la Sentencia C-141 de 2010[34], el cargo propuesto por el accionante no está llamado a prosperar.

En armonía con lo expuesto, el interviniente resalta que “es falso que el llamado a esta clase de deliberaciones sea inamovible o [que] deba contenerse en un solo decreto presidencial[,] pues no existe prohibición alguna de esa índole en las normas superiores”[35]. De igual manera, ningún precepto constitucional impone que tal actuación sólo pueda realizarse en un determinado momento, por ejemplo, antes de acabar el período ordinario de sesiones, como lo postula el demandante.

Finalmente, agrega que la publicidad del acto que dispone la convocatoria a extras se garantiza con su divulgación en el Diario Oficial, lo cual ocurrió en el caso bajo examen con la expedición del Decreto 2087, que se realizó el 21 de diciembre de 2016.

3.2.2.4. Intervención del ciudadano Helí Abel Torrado Torrado

El ciudadano Helí Abel Torrado Torrado pide a esta Corporación declarar la exequibilidad de la ley demandada. Al respecto, sostiene que conforme a lo señalado por este Tribunal en la Sentencia C-141 de 2010, no existe ninguna irregularidad en que el decreto de convocatoria a extras, en el que se adicionó el proyecto de edad de retiro forzoso dentro de las materias objeto de conocimiento del Congreso, haya sido expedido después de concluido el período ordinario de deliberación legislativa. Por lo demás, en términos similares a los expuestos por la U.C.N.C., el interviniente afirma que tampoco se incurrió en un problema de falta de publicidad del decreto de convocatoria que afectará la validez de la sesión, por cuanto “la publicación del Decreto 2087 se realizó el 21 de diciembre de 2016 en el Diario Oficial No. 50.094, mientras que la aprobación del informe de conciliación (...) tuvo lugar el día 22 del mismo mes y año”[36].

El ciudadano Javier Alberto Cárdenas Guzmán pide declarar la exequibilidad de la ley impugnada, por cuanto la convocatoria a extras cumplió con todos los requisitos que sobre el particular se disponen en los artículos 138 y 200 de la Constitución, consistentes, básicamente, en definir las materias objeto de llamamiento y de señalar el tiempo en el que se ejercerán las funciones deliberativas extraordinarias del Congreso. Por consiguiente, no cabe “pretender establecer una cortapisa para el ejercicio de esta función, [pues ello] equivaldría a cercenar una función constitucional propias del Presidente de la República,

cuando la norma constitucional no le fija ninguna restricción, ni limitación a dicha facultad"[37].

3.2.2.6. Intervención del ciudadano Luis Alfonso Leal Núñez

El ciudadano Luis Alfonso Leal Núñez da a entender que debe declararse la inexecutable de la Ley 1821 de 2016, toda vez que no se convocó al Congreso a sesiones extraordinarias para discutir el proyecto que dio origen a la citada iniciativa, con anterioridad a la culminación del período ordinario de funcionamiento del órgano legislativo, incurriendo en una vulneración de los artículos 138 y 149 del Texto Superior[38].

3.2.3. Concepto del Procurador General de la Nación

El Procurador General de la Nación considera que la Ley 1821 de 2016 es executable respecto de los cargos formulados por el actor. Al respecto, señala que en la Sentencia C-141 de 2010[39], la Corte dejó absolutamente claro que la convocatoria a extras podría realizarse antes o después de que el Congreso se encontrara en receso, pues no existe una limitación constitucional sobre el particular. Así las cosas, "si el Presidente tiene competencia para convocar a sesiones extraordinarias en cualquier momento, resulta claro que también puede adicionar en cualquier tiempo los decretos expedidos con dicho fin, ya sea en su dimensión temporal o en la temática"[40].

Por lo demás, en cuanto a la divulgación en debida forma del decreto de convocatoria referente al proyecto de edad de retiro forzoso (Decreto 2087 de 2016), el Procurador afirma que dicho acto "fue publicado el 21 de diciembre de 2016, mientras que la sesión de aprobación del informe de conciliación en ambas plenarios aconteció al día siguiente. Lo anterior, en la medida en que obra en el expediente, certificación expedida por el Subgerente de Producción de la Imprenta Nacional de Colombia, de fecha 23 de marzo de 2017, en la que señala que el Decreto 2087 de 2016 fue recibido en las instalaciones de la Imprenta Nacional el 21 de diciembre de 2016, a las 4:15 pm, y que fue publicado en el Diario Oficial 50.094 del mismo día"[41].

3.3. TERCER CARGO: Desconocimiento de los principios de racionalidad de la ley y de mérito en el acceso a la función pública, en armonía con el derecho a la renovación laboral

3.3.1. Fundamentos de la demanda

En relación con esta acusación se presentan los siguientes argumentos:

(i) Toda ley debe tener una racionalidad mínima que la justifique y cuyo objetivo debe ser ajustado a los valores, principios y derechos que se consagran en la Constitución. Para la accionante del proceso D-11938, la Ley 1821 de 2016 se explica en el aumento de la expectativa de vida de los colombianos, la cual, según informes del Banco Mundial[42], se encuentra en los 70,98 años para los hombres y 73,10 para las mujeres. Así las cosas, no resulta racional que se extienda la edad de retiro forzoso a los 70 años, pues al final de cuentas la persona que termina en ese momento su servicio público se queda sin la posibilidad de disfrutar de unos años de jubilación, al equiparar la permanencia en el cargo con la expectativa de vida.

Tampoco se advierte dicho elemento de racionalidad, si se piensa que la ley busca garantizar un buen servicio, pues éste se asegura permitiendo la renovación laboral, con el ingreso de nuevas personas y no con la continuidad de aquellos que ya tienen el tiempo necesario para disfrutar de una pensión. Lo anterior resulta particularmente relevante en aquellos trabajos que requieren del uso de la fuerza y la capacidad física.

(ii) Por otra parte, en la demanda D-11938, se señala que al autorizar la ley que las personas sigan vinculadas con el Estado, a pesar de tener derecho a una pensión de jubilación, con la sola manifestación explícita de su intención de prolongar una relación de continuidad[43], se condiciona el concepto de idoneidad del servicio únicamente al factor edad, “sin valorar los antecedentes profesionales o el perfil profesional”[44] del sujeto beneficiado con la medida, elementos que resultan esenciales para determinar el mérito, como criterio del cual depende la permanencia en la función pública (CP art. 125), al asegurar con su cumplimiento los principios de eficacia y celeridad de la administración.

(iii) Aunado a lo anterior, en la misma demanda D-11938, se señala que la ley busca perpetuar en el empleo público a los servidores del Estado, ya que el margen existente entre la edad de retiro forzoso y la esperanza de vida es tan exiguo, que torna vitalicia la permanencia en el cargo a favor de una persona, en contravía del derecho al relevo generacional esbozado por la Corte en la Sentencia C-351 de 1995[45], con fundamento en lo previsto en el numeral 7 del artículo 40 de la Carta[46]. De acuerdo con la accionante, en este sentido se pronunció el Ministerio de Trabajo al solicitar el archivo de esta iniciativa[47].

3.3.2. Intervenciones

3.3.2.1. Intervención del Ministerio de Justicia y del Derecho

Para el Director de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia y del Derecho la ley impugnada no vulnera el principio de racionalidad ni el derecho a la renovación laboral y, en esa medida, tampoco desconoce los fines esenciales del Estado, ni los principios rigen la función pública. Ello es así, en primer lugar, porque su aprobación responde a los cambios demográficos ocurridos en los últimos cincuenta años en Colombia, aunado a la necesidad de capitalizar el conocimiento, la experiencia y la madurez de la población adulta para el manejo de las funciones públicas, con el consecuente alivio que ello genera a la carga financiera del sistema pensional. De esta manera, no se advierte que se esté en presencia de una medida injustificada, por el contrario, no cabe duda de que los objetivos que le sirven de sustento a la ley son acordes con lo previsto en la Constitución.

En segundo lugar, ninguna de las normas acusadas está modificando o restringiendo el derecho al trabajo ni el acceso a la vida laboral de las nuevas generaciones, pues para el efecto existen y se han dispuesto en el ordenamiento jurídico otras medidas dirigidas a impulsar el empleo y el emprendimiento juvenil, como ocurre con la Ley 1780 de 2016, “por medio de la cual se promueve el empleo y el emprendimiento juvenil, se generan medidas para superar barreras de acceso al mercado de trabajo y se dictan otras disposiciones”.

En tercer lugar, inferir la falta de idoneidad de una persona mayor para la ejecución de una

determinada labor, como se sugiere en la demanda, contraviene el derecho al trabajo en los términos consagrados en el artículo 18 de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas mayores, conforme al cual: “Los Estados Parte adoptarán medidas para impedir la discriminación laboral de la persona mayor. Queda prohibida cualquier distinción que no se base en las exigencias propias de la naturaleza del cargo, de conformidad con la legislación nacional y en forma apropiada a las condiciones locales”.

3.3.2.2. Intervención del Departamento Administrativo de la Función Pública

El Departamento Administrativo de la Función Pública, a través de apoderado judicial, siguiendo la misma línea argumentativa del Ministerio de Justicia y del Derecho, estima que la Ley 1821 de 2016 se ajusta al principio de racionalidad, toda vez que garantiza la vigencia de un bien jurídico importante para la Constitución, como lo es el ejercicio de la función pública aprovechando al máximo el potencial humano e intelectual de las personas, su experiencia y los conocimientos adquiridos por el paso de los años.

Para el interviniente, el legislador tiene una amplia competencia para fijar los requisitos necesarios para desempeñar un cargo público, en donde la edad constituye un criterio válido a ser tenido en cuenta, pudiendo inferir de ella la madurez, experiencia y responsabilidad que demanda el ejercicio de la función pública.

3.3.2.3. Intervención de la Confederación de Trabajadores de Colombia

El Presidente de la Confederación de Trabajadores de Colombia solicita que la ley acusada sea declarada inexecutable, en primer lugar, porque considera que carece de una justificación objetiva y razonable, ya que el margen que existe entre la esperanza de vida (70,98 años para los hombres y 73,10 para las mujeres) y la edad de retiro forzoso es tan insignificante, que al final de cuentas impide que el servidor pueda disfrutar efectivamente de una jubilación.

En segundo lugar, el interviniente afirma que la ley toma como único parámetro para permanecer en el servicio el criterio de la edad, para deducir de él infaliblemente la experiencia y madurez para ejercer funciones públicas, sin tener en cuenta el esfuerzo físico que requieren algunos cargos, con miras a realizar los fines del Estado. Por tal razón, se considera que la Ley 1821 de 2016 es contraria al artículo 2 del Texto Superior.

Finalmente, estima que la ley es violatoria del derecho de los jóvenes de acceder a la función pública, pues éstos tendrían que esperar otros cinco años para poder reemplazar a los trabajadores públicos que se acojan a la ley.

3.3.2.4. Intervención de la Unión Colegiada del Notariado Colombiano (U.C.N.C.)

El Presidente y Representante Legal de la Unión Colegiada del Notariado Colombiano solicita declarar la exequibilidad de la ley acusada, al considerar que el Congreso de la República goza de un amplio margen de configuración normativa en materia laboral, teniendo la capacidad para valorar las dinámicas sociales y las tendencias demográficas, con el fin de adoptar decisiones que propicien o amplíen el disfrute de los valores y

principios consagrados en la Constitución. Los antecedentes de la Ley 1821 de 2016 exteriorizan los distintos elementos de juicio que fueron tenidos en cuenta para aumentar la edad de retiro forzoso, por lo que no cabe considerar que se está en presencia de una determinación normativa contraria al principio de racionalidad. Dentro de los motivos expuestos se advierten los cambios demográficos producidos en el país, la necesidad de capitalizar el conocimiento de los funcionarios de mayor edad y la importancia de aliviar la carga financiera del sistema pensional. Todos acordes con los mandatos previstos en la Carta, especialmente, con aquellos que apelan a la protección del adulto mayor y al principio de sostenibilidad financiera del régimen integral de la seguridad social.

Por lo demás, se sostiene que no cabe asimilar la adultez de una persona con la afectación de los principios de eficacia y celeridad de la administración, pues se trata de asuntos que, per se, no resultan comparables, y que, de hacerlo, darían lugar a un trato discriminatorio.

Finalmente, con base en lo expuesto por el Ministerio de Hacienda en el curso del proceso, se señala que el proyecto tiene un impacto bastante reducido en la tasa de desempleo, cercano al -0.0008%[48], por lo que difícilmente puede concluirse que resulta lesivo del derecho al relevo generacional.

3.3.2.5. Intervención del ciudadano Andrés Medina Pineda

El ciudadano Andrés Medina Pineda considera que son dos los argumentos que se invocan para justificar la racionalidad de la ley: (i) los cambios demográficos y profesionales de los últimos 50 años; y (ii) el alivio financiero del sistema pensional. Respeto de la primera justificación, el interviniente afirma que no es posible deducir lógicamente que sea necesario aumentar la edad de retiro forzoso por el envejecimiento de la población, de ahí que tal explicación no resulte válida para legitimar la expedición de la Ley 1821 de 2016. En cuanto al segundo argumento, señala que el alivio que se invoca no es cierto, pues si la persona que tiene derecho a una pensión de jubilación sigue cotizando al sistema, el valor de los bonos pensionales que estarían a cargo de la Nación y de las entidades territoriales en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida se incrementarían, “generando un aumento en los pasivos pensionales (...), en momentos en que no existen recursos suficientes para atender las obligaciones (...) generadas hasta la fecha”[49]. Con sujeción a lo expuesto, el ciudadano concluye que, si las premisas que sostienen la racionalidad deliberativa de la ley son falsas, el cambio normativo adoptado se torna en caprichoso e irracional y, por ende, contrario a los mandatos de la Carta.

Para el interviniente, el aumento de la edad de retiro forzoso, sin tener un soporte cierto en los argumentos que supuestamente lo justifican, introduce una restricción al principio de igualdad de oportunidades en el acceso a cargos públicos, contrario al derecho a la renovación generacional expuesto por esta Corporación en la Sentencia C-351 de 1995[50].

Bajo este contexto, resalta que mientras la edad de retiro forzoso en 65 años les otorgaba a sus destinatarios medidas de compensación hacia el futuro, al poder reclamar una pensión de jubilación o de acceder en subsidio a otro tipo de beneficios que se prevén en el régimen de seguridad social, el aumento de dicha edad para los jóvenes da lugar a “una pérdida de oportunidades en el acceso al empleo público”[51], sin que exista fórmula

alguna de compensación. Así las cosas, estima que no resulta razonable sacrificar mandatos constitucionales que apelan a una distribución equitativa del empleo, con miras a favorecer a un grupo reducido de personas. De este modo, expresa que la ley está respaldando injustificadamente a un rango de la población envejecida, que ya cuenta con “patrimonio, servicios y derechos en el sistema de seguridad social, sobre la movilidad en el acceso a los limitados cargos públicos. Se truncan las legítimas expectativas de relevo generacional de las personas jóvenes, de aportar nuevos conocimientos, de ascenso y de entrar a sustituir con mayores energías a quienes por el desgaste natural de la edad tienen necesidad de disfrutar de un justo descanso remunerado”[52].

3.3.2.6. Intervención del ciudadano Javier Alberto Cárdenas Guzmán

El ciudadano Javier Alberto Cárdenas Guzmán pide declarar la exequibilidad de la ley impugnada, por cuanto las razones que acompañan su expedición son acordes con los mandatos previstos en la Carta, tanto en lo referente al alivio del sistema pensional, como en lo atinente al ajuste de la edad de retiro forzoso por el aumento de la expectativa de vida de la población. Las críticas que puedan existir por los móviles que justificaron la decisión del legislador son cuestiones que desbordan el juicio de constitucionalidad y que corresponden a discusiones políticas que deben ser definidas por el Congreso.

3.3.3. Concepto del Procurador General de la Nación

Para el Procurador General de la Nación ninguno de los cargos formulados está llamados a prosperar y, por ende, la Ley 1821 de 2016 debe ser declarada exequible. Para comenzar, expone que no es cierto que la disposición acusada desconozca el derecho al retiro digno, pues lejos de imponer un deber de permanencia, lo que hace es consagrar una habilitación que permite la continuidad laboral para quienes, según su proyecto de vida, desean permanecer en el servicio activo por un tiempo adicional.

Tampoco existe una especie de apropiación del cargo, toda vez que la ley acusada no modifica el régimen de vinculación y permanencia en la función pública, limitando su alcance a la prolongación en el tiempo de la edad de retiro forzoso, sin que dicha causal de terminación haya sido eliminada del ordenamiento jurídico.

Por último, la ley no desconoce el derecho al relevo generacional porque simplemente –como ya se dijo– implica una actualización de la regla sobre retiro forzoso, conforme a la variación en la expectativa de vida, generada por la modificación de las condiciones socioeconómicas del país a lo largo de casi cinco décadas.

CUARTO CARGO: Desconocimiento de los artículos 125 y 131 de la Constitución, en armonía con la protección de los derechos adquiridos y los principios de buena fe, confianza legítima e igualdad

3.4.1. Fundamentos de la demanda

En este acápite se resumen argumentos esbozados en ambas demandas, en los términos que a continuación se exponen:

(i) En la demanda D-11940, el actor sostiene que la Ley 1821 de 2016 no sólo cambió la

edad de retiro forzoso de 65 a 70 años, sino que también extendió la posibilidad de que permanezcan en sus cargos servidores públicos que antes de su entrada en vigencia, ya habían llegado a la edad de retiro forzoso o que llegarían a la misma mientras se adelantaban los concursos de méritos para reemplazarlos[53].

En este sentido, se afirma que, con la modificación realizada, en forma inconsulta y sorpresiva, se redujo el número de plazas que habían sido incluidas en varias convocatorias, como ocurre con el concurso de notarios previsto en el Acuerdo 001 de 2015. En efecto, en este último proceso de selección no sólo se incluyeron las vacantes existentes al momento de la convocatoria, sino también aquellas que llegaren a producirse durante la vigencia de la respectiva lista de elegibles, incluyendo las derivadas de la aplicación de la edad de retiro forzoso. Por consiguiente, la Ley 1821 de 2016 “malintencionadamente revivió derechos de permanencia notarial que ya deberían haberse extinguido bajo la égida de la ley anterior”[54].

Con el cambio introducido se vulneran entonces los artículos 125 y 131 del Texto Superior, por cuanto una vez más se aplaza el deber de nombrar a los notarios a través de las reglas del concurso público, mediante la consagración de un beneficio legal que, además de injustificado y de ser contrario al criterio del mérito, preserva el statu quo de quienes se han opuesto de forma reiterada a la renovación en la prestación de la función de otorgar fe pública[55].

Tal alteración en las reglas del concurso supone romper la imparcialidad y la transparencia con la que debe actuar el Estado y con ello asaltar la buena fe y la confianza legítima de los ciudadanos. De esta manera, si bien el legislador tiene un importante margen de configuración normativa, lo que no puede hacer es desconocer las normas de convocatoria que el mismo se comprometió a respetar y, por esa vía, afectar principios y derechos constitucionales vinculados con el acceso a cargos públicos, como ocurre con los previamente mencionados.

Con el proceder que aquí se cuestiona también se desconoce el derecho al debido proceso, toda vez que el Estado no puede cambiar a su arbitrio las reglas que rigen un concurso público, vulnerando con ello igualmente los derechos adquiridos de quienes ingresaron a una lista de elegibles, y cumplieron con las condiciones previstas en la convocatoria para ser nombrados en el cargo al cual aspiraron. Precisamente, a juicio del actor, “los actos administrativos que determinan las listas de elegibles, una vez en firme, crean derechos subjetivos de carácter particular y concreto que no pueden ser desconocidos por la administración”[56].

Por consiguiente, según se afirma en la demanda, los derechos que surgen de las listas de elegibles se protegen con los mismos atributos que emanan de la propiedad privada (CP art. 58). De este modo, se transcribe el siguiente aparte jurisprudencial:

“En el caso en estudio la lista de elegibles, en tanto acto administrativo particular, concreto y positivo, es creador de derechos, los cuales encuentran protección legal por vía de la teoría de la estabilidad relativa del acto administrativo, así como protección constitucional por virtud del artículo 58 Superior, en cuyos términos “se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser

desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores (...)”. A partir de dicho mandato, la Corte Constitucional ha señalado que los derechos subjetivos que han entrado al patrimonio de la persona no pueden ser desconocidos por la ley, salvo que ello sea necesario por motivos de utilidad pública e interés social y siempre que medie indemnización previa del afectado.”[57]

Finalmente, con base en lo expuesto, se estima que el cambio introducido es asimismo contrario al principio de irretroactividad de la ley, pues su finalidad es la de afectar a las personas que ocuparon los primeros lugares en la lista de elegibles para el concurso de notarios, desconociendo su derecho adquirido y modificando hacia el pasado la ley de convocatoria, con el efecto de extender por cinco años más la remuneración y el poder que vienen disfrutando los actuales notarios. En conclusión, para el accionante queda claro que con la Ley 1821 de 2016 se desconoce un principio básico de la Constitución de 1991, cual es el de la “protección de la igualdad de oportunidades, pues todos los ciudadanos tienen igual derecho a acceder al desempeño de cargos y funciones públicas”[58].

(ii) En términos generales, en la demanda D-11938, se reitera el mismo cargo previamente expuesto, bajo las siguientes consideraciones:

“Aunque el legislador tiene un amplio poder de configuración de la ley, la misma encuentra límites en la Constitución Política, en cuanto deben respetar los valores, principios y derechos fundamentales que la [Carta] consagra a favor de todas las personas. Las leyes deben ser generales, abstractas e impersonales y respetar los principios de igualdad, certeza jurídica y razonabilidad.

La facultad del Congreso para derogar o modificar una ley tiene límites expresos en el respeto de los derechos adquiridos, situaciones jurídicas individuales consolidadas conforme a la ley anterior. No obstante lo anterior, la Ley 1821 de 2016 que aumentó la edad de retiro forzoso de los notarios a setenta (70) años viola los derechos de las personas que participaron en el concurso de méritos para acceder, entre otros, a la carrera notarial y que fue convocado mediante Acuerdo 001 de 2015 modificado por el Acuerdo 003 de 2015. Esto porque se convocó para proveer las vacantes existentes, las que se generen durante el concurso y durante la vigencia de la lista de elegibles una vez ejercidos los derechos de carrera, es decir, el derecho de preferencia.

La lista de elegibles, producto de un concurso de méritos abierto y público, una vez en firme, genera certeza jurídica para sus integrantes y una serie de derechos patrimoniales que no pueden ser desconocidos durante su vigencia, así lo consagra expresamente el artículo 58 de la Constitución (...) cuando dice: Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores”[59].

Y, más adelante, se agrega que:

“Con la expedición de la Ley 1821 de 2016, la lista de elegibles del concurso de notarios de las tres categorías convocadas, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 131 de la Constitución (...), en la práctica perdió su vigencia porque se cambió con una ley posterior las reglas del concurso de notarios porque las vacantes que se producirían durante la

vigencia de la lista de elegibles (año y medio faltante) por haber llegado los notarios a la edad de retiro forzoso de 65 años ya no existirían. Es decir, que esta nueva ley violó los derechos que al momento de expedirse las listas de elegibles adquirimos los concursantes de las tres categorías notariales, violando con ello la confianza legítima (...) y los derechos patrimoniales adquiridos con la expedición y firmeza de las respectivas listas de elegibles.”[60]

Como solución a la inconstitucionalidad planteada, la accionante propone un fallo condicionado, en el entendido de que la Ley 1821 de 2016 solo entrará en vigencia, respecto de los concursos de méritos existentes, una vez las respectivas listas de elegibles dejen de existir.

3.4.2. Intervenciones

3.4.2.1. Intervención del Ministerio de Justicia y del Derecho

Para el Director de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia y del Derecho la ley impugnada no vulnera los derechos adquiridos de quienes integran las listas de elegibles, ni desconoce las reglas del concurso, ni los principios de buena fe y confianza legítima. Sobre el particular, afirma que la provisión de cargos se realiza sobre la base de la existencia de vacantes, las cuales no sólo se producen por la edad de retiro forzoso, sino también por la muerte, el abandono del cargo, etc.; mientras dichos fenómenos no ocurran no es posible vincular al servicio público a una persona incluida en una lista de elegibles. Ello demuestra que las reglas del concurso no fueron modificadas, y que las plazas disponibles pueden aumentarse o reducirse por diversos factores y no sólo por la edad, “lo cual en lugar de traducirse en una limitación en la provisión de la vacancia se constituye en una opción adicional de ser nombrado en el respectivo cargo”[61].

Por último, para el interviniente la ley acusada no consagra un privilegio aplicable en forma retroactiva a un determinado grupo de servidores en desmedro del principio de igualdad de oportunidades para el acceso al desempeño de cargos y funciones públicas, pues ello no se infiere de su contenido normativo, ni del querer del legislador expresado en el trámite legislativo. Para justificar esta afirmación, se transcribe el siguiente concepto proferido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado:

3.4.2.2. Intervención del Consejo Superior de la Judicatura

El Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Unidad de Asistencia Legal de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, solicita que se declare la exequibilidad de los preceptos demandados. De su escrito se destaca, por una parte, la afirmación conforme a la cual considera que la Ley 1821 de 2016 produce efectos generales e inmediatos, sin que de su rigor normativo se infieran consecuencias con carácter retroactivo. Y, por la otra, sugiere que podría existir un conflicto entre quien tiene derecho a permanecer en un cargo por el aumento de la edad de retiro forzoso, frente a las personas que se inscribieron a un concurso para optar por una vacante que se produciría durante la vigencia de una lista de elegibles, entendiendo, en su momento, que el tope de edad era el de 65 años. Sin embargo, este último punto no se estudia en detalle, dejando simplemente el enunciado

previamente expuesto.

3.4.2.3. Intervención del Departamento Administrativo de la Función Pública

El Departamento Administrativo de la Función Pública, a través de apoderado judicial, estima que la Ley 1821 de 2016 no vulnera derechos adquiridos de quienes integran la lista de elegibles en los diferentes concursos, pues la provisión de los cargos se predica de aquellos que se encuentran vacantes al momento de la convocatoria, o de los que adquieren dicha condición durante la vigencia de la citada lista de elegibles. La norma impugnada no modifica esta regla y, por ende, no desconoce la Constitución.

Aunado a lo anterior, y siguiendo el mismo esquema expuesto por el Ministerio de Justicia y del Derecho, en criterio del interviniente, “las reglas del concurso no se afectan por el aumento de la edad de retiro forzoso, pues tanto antes como después de la expedición de la norma cuestionada, las plazas bien podrían reducirse respecto de las vacancias que se generaran durante el desarrollo del concurso y hasta la vigencia de la lista de elegibles, por las diferentes causales de retiro previstas distintas del retiro forzoso. Con todo, lo cierto es que la conformación de las listas de elegibles y la provisión de las notarías se sigue efectuando en los términos señalados en las normas del concurso, con lo cual no se vulnera el principio de confianza legítima y de buena fe”[63].

Para terminar, sostiene que la ley carece de efectos retroactivos, como lo advirtió el Consejo de Estado, en el citado concepto transcrito del 8 de febrero de 2017.

3.4.2.4. Intervención de la Unión Colegiada del Notariado Colombiano (U.C.N.C.)

El Presidente y Representante Legal de la Unión Colegiada del Notariado Colombiano, a pesar de referir a los problemas en la construcción del cargo[64] y de cuestionar que se enfoca especialmente en el caso de los notarios, omitiendo el examen general de la regulación propuesta[65], solicita que se declare la exequibilidad de la ley acusada, por cuanto no desconoce lo previsto en los artículos 125 y 131 de la Constitución.

Para comenzar, el interviniente afirma que la Ley 1821 de 2016 nada dice sobre la vocación de los integrantes de la lista de elegibles de ser nombrados en las vacantes que surjan durante su término de vigencia, ni altera la convocatoria expedida en el Acuerdo No. 01 de 2015 del CSCN[66]. Ello es así, porque el derecho adquirido para quien gana un concurso, se predica única y exclusivamente respecto de las vacantes existentes y no de las hipotéticas que sean fruto del querer de los accionantes. En este orden de ideas, existe una vacante en la función notarial, cuando se concretan “las circunstancias taxativas establecidas en la ley, conforme a las cuales se presenta una falta absoluta del notario”[67]. Tales causales son la muerte, la renuncia, la destitución, la declaratoria de abandono del cargo y la edad de retiro forzoso. Sólo cuando se ha verificado la ocurrencia de uno de estos eventos, es que se concreta el derecho adquirido del concursante a ser nombrado en el cargo que quedó vacante.

Precisamente, ello fue lo que se ofertó en el Acuerdo No. 01 de 2015, desde el artículo 1, cuando se dispuso que las vacantes a proveer serían las referentes a (i) las notarías ocupadas en interinidad o en encargo; (ii) las que se llegaren a crear durante el concurso y

la vigencia de la lista de elegibles; y (iii) las que resultaren vacantes después del ejercicio de los derechos de carrera.

Aunado a lo expuesto, y siguiendo mismo concepto del Consejo de Estado, se sostiene que la ley no tiene efectos retroactivos, pues en nada afecta las situaciones jurídicas consolidadas antes de su entrada en vigencia, “lo que en sentido estricto ocurre (...), es que en virtud del efecto general e inmediato de la ley, sus mandatos cobijan a todas las situaciones jurídicas en curso pero no consolidadas antes de su promulgación, entre ellas, los casos en que notarios de carrera no alcanzaron a cumplir 65 años antes del 30 de diciembre de 2016. Se trata, de este modo, del llamado efecto retrospectivo de la ley”[68].

Finalmente, en palabras del interviniente, en la demanda tampoco se ofrecen los elementos mínimos del juicio de igualdad, de suerte que no cabe proceder con su examen. En este contexto, se destaca que la acusación omite referir a los sujetos entre los cuáles se efectuó un trato disímil, y cuáles fueron sus consecuencias respecto del derecho de acceder en condiciones de imparcialidad, transparencia y equidad al desempeño de funciones públicas.

Lo anterior se complementa con una distinción respecto del tipo de protección que se demanda, en donde se advierte que “la situación de una persona que desempeña funciones públicas en posesión del cargo y en ejercicio legítimo de los deberes y derechos que le confiere el sistema de carrera, no se asemeja a la de un ciudadano que participó en un proceso de selección objetiva de personal y superó el puntaje mínimo establecido para resultar incluido en una lista de elegibles. Mientras en el primer caso el individuo ostenta un repertorio de garantías legales orientadas a velar por su estabilidad laboral, en el segundo solamente adquirió el derecho a ser nombrado en una plaza vacante, siempre que tal vacancia exista y que no haya otros aspirantes con mayor puntaje, nombramiento entonces que podría nunca concretarse por circunstancias ajenas a su voluntad”[69].

3.4.2.5. Intervención del ciudadano Andrés Medina Pineda

El ciudadano Andrés Medina Pineda considera que la expedición de la Ley 1821 de 2016 desconoce el principio de confianza legítima, al no consagrar un régimen de transición para las personas que estaban incluidas en listas de elegibles y que ahora verán frustrado su derecho de acceso al servicio público. Puntualmente, al referir a la lista de elegibles de la Rama Judicial, expone que “todos los inscritos y quienes presentaron el examen de la convocatoria 22, concurso (...) que empezó mucho antes que el de los notarios, tenían la confianza legítima durante el desarrollo de las diferentes etapas del proceso de selección (en promedio 5 años), que se generarían un mayor número de vacantes a las consolidadas al momento del inicio del mismo y que tendrían derecho a ellas, porque cuando quienes ocupaban esos cargos, [al cumplir] 65 años, [dejarían puestos disponibles] que deberían ser provist[os] por el registro en firme de la precitada convocatoria”[70]. “Esa posibilidad era real y existía al momento de la inscripción”[71] y perduró hasta cuando entró en vigor la ley impugnada.

En esta línea, en el escrito de intervención se insiste en que “los concursantes tenían expectativas frente a las vacantes que se generarían con la edad de retiro forzoso establecida a los 65 años, regulación que estuvo vigente por casi 50 años y que la Ley 1821 no tuvo en cuenta, no estableció un régimen de transición para los concursantes que aspiran a ser jueces y magistrados y que tenían expectativas legítimas en las vacantes que obligatoriamente se generarían con la edad de retiro determinada desde hace más de cuatro décadas (...), es decir, en desarrollo del proceso de selección la ley cambió las reglas de forma abrupta y sin justificación suficiente, cercenaron esas posibilidades (vacantes), vigentes al inicio del concurso y en su desenvolvimiento, afectando la confianza legítima que tenían los ciudadanos de hacer parte de la carrera judicial a través del mérito”[72].

Por lo anterior, concluye el documento con la formulación de una solicitud de exequibilidad condicionada, en el entendido de que la Ley 1821 de 2016 sólo entrará en vigor “una vez se establezca un plazo de transición de cuatro años para su aplicación, contado a partir de la firmeza del registro de elegibles de la convocatoria 22, plazo de vigencia de los registros de elegibles establecido en la Ley 270 de 1996”. [73]

3.4.2.6. Intervención del ciudadano Lubin Fernando Nieves Meneses

El ciudadano Lubin Fernando Nieves Meneses solicita que se declare la inexecutable de la Ley 1821 de 2016, o en su defecto, la exequibilidad condicionada. Inicialmente, sostiene que antes de la expedición de la ley en cita, ya se había establecido el número de empleos a surtir en el concurso para la provisión de cargos en la Rama Judicial, incluyendo en dicho cálculo las vacancias que dejarían quienes alcanzaran la edad de retiro forzoso de los 65 años. Para el interviniente, dicha planeación determina “la eficacia y veracidad de las listas de elegibles que se conforman para proveer las vacantes generadas cada cierto período”[74].

Como consecuencia de la modificación de la edad de retiro no se generarán las vacantes inicialmente proyectadas, desconociendo el carácter vinculante de los concursos y de las listas de elegibles. Todo ello con la intención de beneficiar a un grupo reducido de servidores públicos, en contravía de los principios fundantes del Estado como es la prevalencia del interés general.

Con sujeción a lo anterior, estima que lo correcto es expulsar la ley demandada del ordenamiento jurídico, entre otras, para garantizar la efectividad del derecho al relevo generacional. No obstante, cabría un fallo condicionado, en el entendido de que “el aumento de la edad de retiro forzoso a los 70 años es aplicable a los funcionarios que laboran en las instituciones, ramas o sectores públicos que a la fecha de promulgación de la Ley 1821 de 2016 adelantaban procesos de selección para la provisión de cargos, una vez pierdan vigencia las listas de elegibles conformadas a partir de las convocatorias pertinentes”[75].

Con tal condicionamiento, en palabras del interviniente, se logra un equilibrio “entre el interés del legislador por aparentemente reconocer el aumento de la expectativa de vida en Colombia y las capacidades laborales de las personas de la tercera edad, con el respeto del derecho fundamental de acceso a los cargos públicos de los ciudadanos que hacen parte de las listas de elegibles y de los procesos de selección que se desarrollan para proveer los

empleos dentro de las distintas ramas del Estado, que estaban vigentes al momento de la promulgación de la Ley 1821 de 2016”[76].

3.4.2.7. Intervención del ciudadano Luis Alfonso Leal Núñez

El ciudadano Luis Alfonso Leal Núñez considera que le asiste razón a lo expuesto en las demandas y que, por ende, debe ser declarada inexecutable la Ley 1821 de 2016, toda vez que el legislador no podía modificar la edad de retiro forzoso sin prever un régimen de transición, cuyo objeto sea el de amparar los derechos de las personas que habían participado en concursos públicos y que estaban incluidos en listas de elegibles definitivas.

3.4.2.8. Intervención de Fabio César Amorocho Martínez

El ciudadano Fabio César Amorocho Martínez considera que al haber aumentado la edad de retiro forzoso, se modificó la lista de elegibles que ya existía en el concurso de notarios, impidiendo que las personas seleccionadas sean nombradas en los cargos para los cuales participaron, en desconocimiento del principio de buena fe y de los derechos al debido proceso, a la igualdad y al trabajo. Por tal motivo, solicita que la ley acusada sea declarada inexecutable.

En concordancia con lo anterior, el interviniente resalta que previo a la realización del concurso, se efectuó un estudio relativo a las notarías que quedarían vacantes durante el término de vigencia de la lista de elegibles, incluyendo las que se verían afectadas por la edad de retiro forzoso de 65 años. Al modificar esta última condición, se incurrió en una violación de los derechos adquiridos, pues se dejó sin efectos el resultado del concurso plasmado en el Acuerdo 026 de 2016.

3.4.2.9. Intervención del ciudadano Javier Alberto Cárdenas Guzmán

El ciudadano Javier Alberto Cárdenas Guzmán pide declarar la executable de la ley impugnada, al considerar que la Ley 1821 de 2016 no modificó de manera alguna los concursos de mérito para el ingreso a la función pública, ni en el caso de los notarios, ni el de los servidores de la Rama Judicial.

Pone de presente que, en el primero de los eventos mencionados, se ha venido asignando las notarías vacantes, siguiendo el estricto orden de la lista de elegibles, incluso llegando en una oportunidad al puesto número cien. De otro lado, advierte que uno de los accionantes, en concreto, el señor Orlando Muñoz Neira, ya fue designado en la Notaría 63 de la ciudad de Bogotá, según se aprecia en el Decreto 268 del 14 de febrero de 2017, el cual se anexa con la intervención.

Para el señor Cárdenas Guzmán no cabe aludir a la existencia de un derecho adquirido, en la medida en que para que ello confluya se requiere acreditar que (i) la persona participó en un concurso de méritos; (ii) que el nombre fue incluido en la lista de elegibles y (iii) que existe una vacante para ser designado. Tal situación no ocurre respecto de las vacantes que se “pudieran” llegar a producir, porque en dicho escenario lo que acaece es una mera expectativa.

De esta manera, no cabe ningún reproche al Congreso de la República en haber aumentado la edad de retiro forzoso, pues no se estaría desconociendo los derechos adquiridos de los concursantes, los cuales tan sólo reunirían los dos primeros requisitos anteriormente mencionados. Por último, no es posible darles prevalencia a los acuerdos de convocatoria sobre lo dispuesto en la Ley 1821 de 2016, como lo sugieren los accionantes, ya que ello supondría alterar el sistema de fuentes, al otorgar un valor preferente a una norma que carece de fuerza legal.

3.4.2.10. Intervención del ciudadano Jaime Córdoba Triviño

El ciudadano Jaime Córdoba Triviño solicita que se declare la exequibilidad condicionada de la Ley 1821 de 2016, en el entendido que su exigibilidad no puede afectar las listas de elegibles que se encontraban en firme el día 30 de diciembre de 2016. El interviniente inicia su exposición con una referencia a la jurisprudencia sobre los derechos adquiridos y la forma como se consolida dicho fenómeno, en lo que atañe a la conformación de las listas o registros de elegibles.

En particular, sostiene que la Constitución “ampara los derechos adquiridos derivados de quienes son incluidos en una lista de elegibles luego de un concurso de méritos. Por consiguiente, a las personas que hacen parte de una lista de elegibles se les reconoce un derecho subjetivo, particular y concreto. Lo que significa la consolidación y definición de una situación jurídica bajo la legislación vigente que cuenta con una salvaguarda constitucional por haber entrado al patrimonio de su titular como derecho adquirido. En general, la Corte Constitucional ha decidido que se vulneran los derechos adquiridos cuando una ley o acto legislativo posterior afecta situaciones jurídicas debidamente consolidadas bajo una legislación anterior. Esto ocurre, por ejemplo, cuando se desconocen los resultados de un concurso de méritos y no se hacen los nombramientos de acuerdo con la lista de elegibles. En este contexto ha concluido, igualmente, que se violan los derechos al trabajo, a la igualdad, al debido proceso, así como los principios de buena fe y confianza legítima”[77].

A continuación, refiere al concurso de méritos que se convocó por el Consejo Superior de la Carrera Notarial, a través de Acuerdo 001 de 2015, con el fin de señalar que su alcance se fijó en la necesidad de proveer las notarías vacantes al momento en que se realizó la convocatoria (por interinidad o encargo) “y aquellas que pudieran quedar en esa condición durante el desarrollo del concurso o mientras durara la vigencia de la lista de elegibles”[78].

En consecuencia, y frente al caso en mención, “quienes conforman [la citada] lista de elegibles tienen un derecho adquirido a ocupar no solo las notarías ofertadas sino aquellas que resultaren vacantes durante los dos años de vigencia de la lista. Para los integrantes de la [misma], su derecho adquirido a ocupar el cargo de notario estaba predispuesto por la mencionada vacancia, la que podía ocurrir, entre otras razones objetivas, por el cumplimiento de la edad de retiro forzoso (65 años) de quien ejercía el cargo de notario”[79].

Con la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016 se vulneró la garantía de los derechos adquiridos, en los términos previamente expuestos, pues no sólo se fijó la edad de retiro

forzoso en 70 años para quienes desempeñen funciones públicas, sino que se derogó expresamente el Decreto 3047 de 1989, en el cual se establecía que los notarios durarían en sus cargos hasta los 65 años[80]. Con lo anterior, se alteró el número de plazas que fueron convocadas, que incluía el cálculo de las que quedarían disponibles por efectos de llegar los notarios a esta última edad antes del 2 de julio de 2018, privando de todo efecto a la lista de elegibles publicada mediante Acuerdo 026 de 2016.

Con el desconocimiento de los derechos adquiridos se incurre también en una violación de los artículos 125 y 131 del Texto Superior, toda vez que se le resta eficacia a la regla del concurso de méritos, aunado a que se desconocen derechos fundamentales como el trabajo, la igualdad y el debido proceso[81].

3.4.2.11. Intervenciones de los ciudadanos Jesús Aureliano Gómez Jiménez[82], Marlen López Forero[83], José David Manotas Cabarcas[84], Julieta Teresa Játiva, Juan David Eraso, Juan Cuasquer Caicedo, Yobana Villareal Burbano, Silvia Játiva Enríquez, Jairo Salas Ibarra, Nelson Rene Eraso y Fernando Játiva Ruano[85]

Los ciudadanos ponen de presente que con ocasión del dispendioso trabajo a cargo de esta Corporación frente a las normas constitucionales y legales que desarrollan el Acuerdo de Paz, se produjo la suspensión de varios procesos de constitucionalidad, incluido el que ahora es objeto de examen por la Corte. Por lo anterior, solicitan que en la decisión final se tenga en cuenta el período de tiempo en que los concursos no han tenido vigencia (en particular, se destaca que la lista de elegibles del concurso notarial pierde su vigor el 3 de julio de 2018), con el fin de garantizar de manera efectiva los derechos que se invocan como vulnerados.

3.4.3. Concepto del Procurador General de la Nación

El Procurador General de la Nación solicita declarar la exequibilidad de la Ley 1821 de 2016, al estimar que no existe violación de los derechos adquiridos, ni tampoco de los principios de confianza legítima y buena fe. Sobre el particular, menciona que, si bien es cierto que el aspirante que ingresa a una lista de elegibles tiene un derecho adquirido, mal podría decirse que por esa circunstancia obligatoriamente debe ser inscrito en el régimen de carrera, ya que ello depende de otras variables relacionadas con la ocurrencia de determinadas situaciones administrativas.

En particular, frente al concurso de notarios, manifiesta que en la convocatoria se incluyó a las notarías que se encontraban en interinidad o en encargo, las que se llegaren a crear durante el desarrollo del concurso o en vigencia de la lista de elegibles, y las que resultaren vacantes después del ejercicio de los derechos de carrera[86]. Tal determinación se sujetó a un componente fijo y a otro variable, en el que cabe, precisamente, la llegada de los notarios a la edad de retiro forzoso. En este orden de ideas, es claro que existe un derecho adquirido al nombramiento siguiendo el orden estricto de ubicación de las personas en la lista, pero no a la efectiva disponibilidad de las vacantes, ya que ellas pueden depender de la ocurrencia de hechos sobrevinientes, como ocurre en el caso bajo examen.

Finalmente, no cabe realizar un juicio de igualdad, puesto que no se señala con claridad “cuáles son los extremos [objeto de] comparación, ni cuál es el tratamiento diferenciado

que carece de justificación.”[87]

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

4.1. Competencia

En virtud de lo previsto en el numeral 4 del artículo 241 del Texto Superior, esta Corporación es competente para conocer sobre las demandas de inconstitucionalidad planteadas contra la Ley 1821 de 2016.

4.2. Esquema de resolución y aclaración previa

Ante la diversidad de las razones expuestas con el fin de obtener la declaratoria de inexequibilidad de la Ley 1821 de 2016, este Tribunal adoptará un esquema particular de análisis, en el que, sobre la base de los cuatro grandes cargos identificados en acápite de antecedentes, se aplicará una estructura de examen compuesta, inicialmente, por un breve resumen de la acusación, seguido del planteamiento del problema jurídico. A continuación, se expondrán las consideraciones necesarias para abordar el asunto de fondo y se finalizará con el estudio de cada caso concreto.

Por lo demás, en la medida en que se formulan cargos por vicios de forma, es preciso aclarar que las acciones fueron interpuestas en término, toda vez que no había transcurrido el plazo de caducidad de un año contado desde la publicación del respectivo acto, como lo dispone el numeral 3 del artículo 242 del Texto Superior[88]. Así, mientras la Ley 1821 fue promulgada el 30 de diciembre de 2016 en el Diario Oficial No. 50.102[89], ambas demandas fueron radicadas a los pocos días, esto es, el 30 de enero de 2017[90], lo que significa que su presentación se realizó dentro del tiempo límite previsto para el efecto.

Por último, antes de proceder con el examen de los distintos cargos que fueron formulados, la Corte considera que cabe realizar una breve descripción del trámite general que tuvo la ley, como herramienta previa de conocimiento a la valoración de los vicios de forma que se alegan, tanto en lo que refiere a la vulneración del principio de publicidad, como al supuesto desconocimiento de las reglas de convocatoria a sesiones extraordinarias.

4.3. Breve descripción del trámite que dio origen a la Ley 1821 de 2016

La iniciativa fue radicada en la Cámara de Representantes por un número considerable de congresistas[91], el día 11 de septiembre de 2015, iniciando su trámite en la Comisión Séptima de dicha célula congresional. En la exposición de motivos se plantearon argumentos sobre la dispersión normativa en la edad de retiro forzoso, sobre los cambios demográficos que ha experimentado el país y sobre el aporte que la ley tendría en la sostenibilidad financiera del sistema pensional[92].

El informe de ponencia para primer debate se publicó en la Gaceta del Congreso No. 872 del 3 de noviembre de 2015, en el que se resalta la existencia de dos proyectos previos sobre la materia que habían sido archivados[93], al mismo tiempo que se advierte sobre la importancia de contar con un nuevo marco unificado sobre el tema, teniendo en cuenta “la desuetud de la norma vigente sobre retiro forzoso, diseñada hace ya casi medio siglo”[94]. La iniciativa fue aprobada, previo debate que se concentró en las dudas sobre el impacto

que tendría la norma en el sistema pensional y en el aplazamiento que generaría para el ingreso de los jóvenes al servicio público, en sesión del 25 de noviembre de 2015, con el voto unánime de todos los congresistas que asistieron a dicha sesión, tal como consta en la Gaceta del Congreso No. 622 de 2016.

La ponencia para segundo debate en la Cámara de Representantes se publicó en la Gaceta No. 1041 del 10 de diciembre de 2015, cuyo contenido sigue la misma línea argumentativa expuesta en el informe radicado para primer debate. La discusión y votación del proyecto se realizó los días 23 y 24 de agosto de 2016, como se observa en las Gacetas del Congreso Nos. 810 y 871 del año en cita. Una vez sometida a votación nominal se aprobó con un resultado de 71 votos por el sí y 15 por el no. En esta instancia se solicitó la reapertura del debate por solicitud de la Congresista Ángela María Robledo, al considerar que podían verse afectados los derechos de los participantes del concurso para acceder a la carrera notarial[95], siendo negada por un total de 75 votos contra 11. El texto finalmente aprobado en la Cámara de Representantes se encuentra publicado en la Gaceta del Congreso No. 699 del 2 de septiembre de 2016[96].

Al llegar el proyecto a la Comisión Séptima del Senado, se procedió a realizar una convocatoria a audiencia pública en sesión del 18 de octubre de 2016, en la que se expusieron argumentos tanto a favor como en contra de la iniciativa[97]. Luego, en la Gaceta del Congreso No. 959 del 2 de noviembre de 2016, se realizó la publicación del informe de ponencia para primer debate, el cual fue aprobado, junto con la iniciativa, el día 9 del mes y año en cita, con una votación nominal de nueve votos contra uno[98]. Para el Senador que se opuso al proyecto, el aumento de la edad de retiro forzoso tiene el riesgo de justificar una próxima reforma pensional, en la que igualmente se suba la edad para acceder a la pensión de jubilación[99].

La ponencia para segundo debate en el Senado de la República se publicó en la Gaceta del Congreso No. 1034 del 22 de noviembre de 2016, siguiendo con las mismas razones a favor de la iniciativa que fueron planteadas desde la exposición de motivos. La discusión, votación y aprobación del proyecto tuvo lugar el día 14 de diciembre de 2016, con el voto favorable de 53 senadores y tan sólo 3 en contra, tal como consta en la Gaceta del Congreso No. 305 del 5 de mayo de 2017. El texto finalmente aprobado se encuentra en la Gaceta No. 22 del 30 de enero del año en cita[100].

Como se estudiará más adelante en detalle, al existir discrepancias entre los textos aprobados en cada Cámara, se procedió a integrar una comisión de conciliación encargada de presentar un texto unificado a consideración de las plenarias. Inicialmente se radicó un informe el día 14 de diciembre de 2016, el cual fue sustituido por un nuevo radicado al día siguiente, como aparece publicado en la Gaceta del Congreso No. 1142 del mes y año en cita.

Con el llamamiento realizado, el trámite de la iniciativa concluyó el día 22 de diciembre de 2016, con la aprobación en las plenarias de ambas Cámaras del informe de conciliación. En el Senado, el proyecto contó con el voto favorable de 62 congresistas y ninguno en contra, como consta en la Gaceta No. 882 del 26 de septiembre de 2017; mientras que, en la Cámara, se observa que el proyecto fue votado de manera ordinaria, con un resultado

unánime de aprobación por los representantes asistentes a la sesión, tal como se advierte en la Gaceta del Congreso No. 124 del 7 de marzo de 2017.

Por último, el 30 de diciembre de 2016, el Gobierno Nacional sancionó la Ley 1821 del año en cita, “por medio de la cual se modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas”, la cual fue objeto de corrección por yerros, a través del Decreto 321 del 28 de febrero de 2017, que aparece publicado en el Diario Oficial No. 50.161.

4.4. Examen del primer cargo relacionado con la supuesta violación del principio de publicidad

4.4.1. Resumen de la controversia y problemas jurídicos

4.4.1.1. El primer cargo que se formula alega la ocurrencia de vicios de procedimiento por la violación del principio de publicidad en el trámite legislativo. Con tal propósito, se invocan cinco defectos encaminados a obtener la declaratoria de inconstitucionalidad de la Ley 1821 de 2016. En particular, las deficiencias que se ponen de presente son las siguientes:

(i) En la demanda D-11938, se señala que el artículo 35 del Reglamento del Congreso establece que en las sesiones de las comisiones permanentes se debe levantar un acta, la cual debe leerse y aprobarse en la siguiente sesión, en aras de brindar al público en general conocimiento sobre lo ocurrido y las razones que justificaron la toma de una decisión. En la reunión de la Comisión Séptima del Senado del 9 de noviembre de 2016, se aprobó la ponencia para primer debate, actuación que quedó consignada en el Acta No. 20. Sin embargo, en las sesiones siguientes de dicha comisión no aparece su aprobación en el orden día, con lo cual se desconoce el citado mandato reglamentario, con la particularidad de que se autorizó la publicación de la ponencia para segundo debate el 16 de noviembre del año en cita, sin que la Comisión se hubiese allanado a obedecer el deber de publicidad a su cargo.

Para los intervinientes[101], el cargo propuesto no está llamado a prosperar, por cuanto (a) el acta sí fue aprobada en sesión del 30 de noviembre de 2016, como consta en el Acta No. 24 de esa misma fecha, publicada en la Gaceta del Congreso No. 80 de 2017. Por lo demás, (b) incluso en caso de que se llegue a demostrar la existencia de una irregularidad en la materia, tal circunstancia no constituye un vicio en el procedimiento que conduzca a la declaratoria de inconstitucionalidad de la Ley 1821 de 2016, pues el acta es sólo un reflejo histórico de lo ocurrido que, en la práctica, no cumple ningún valor sustantivo en el trámite legislativo.

Por su parte, la Vista Fiscal resalta la aprobación del acta y pone de presente que efectivamente no se cumplió con lo previsto en el artículo 35 de la Ley 5ª de 1992. No obstante, considera que tal deficiencia no da lugar a un vicio de procedimiento, porque la formalización de dicho documento no es una exigencia de publicidad del trámite legislativo, y porque su existencia no es necesaria para poder elaborar el informe de ponencia, en este caso, para segundo debate, como parece sugerirlo el accionante.

(ii) En la demanda D-11938, se manifiesta que en las plenarias del Senado transmitidas por

el Canal Institucional nunca se dio a conocer el articulado que se sometía a discusión y aprobación, así como tampoco se dio lectura a dos conceptos en los que se pedía el archivo de la iniciativa, elaborados por parte del Ministerio de Trabajo y de la Superintendencia de Notariado y Registro, desconociendo con ello lo previsto en el numeral 3 del artículo 47 de la Ley 5ª de 1992, conforme al cual: “Son deberes del Secretario (...) de cada Cámara: (...) 3. Dar lectura a los proyectos, proposiciones y demás documentos y mensajes que deban ser leídos en sesión plenaria”.

Para los intervinientes[102], no es procedente el vicio que se alega, pues el deber de publicidad del articulado que se sometía a discusión y aprobación, se cumplió con la divulgación en debida forma del informe de ponencia para cuarto debate[103], aunado a que dicho texto también fue incluido en el Acta No. 49 del 14 de diciembre de 2016, en donde consta la actuación surtida en el último debate. Por lo demás, los conceptos que se relacionan fueron publicados en las Gacetas del Congreso No. 1077 y 1107 de 2016, respectivamente.

En criterio de la Vista Fiscal, no existe ningún precepto legal que imponga el deber de leer en plenaria los conceptos proferidos por las autoridades en mención, por lo que -en este caso- se impone la técnica tradicional de publicación a través de la Gaceta del Congreso, como sucedió en el asunto sub-judice.

(iii) En la demanda D-11938, se sostiene que cuando se aprobó el proyecto en la plenaria del Senado de la República el día 14 de diciembre de 2016, se omitió dar a conocer el contenido del informe de una subcomisión nombrada para estudiar la solicitud de archivo que fue radicada por la Superintendencia de Notariado y Registro.

Para dos de los intervinientes, no existe evidencia de que tal subcomisión hubiese sido nombrada y que, incluso, de haberlo sido, la falta de lectura de su informe no es un requisito de validez de las leyes[104]. Por su parte, para la Vista Fiscal dicho documento fue relacionado en la plenaria del Senado y sobre su contenido se produjo la aprobación de la iniciativa en esa Corporación, de suerte que no existe irregularidad alguna en el trámite surtido.

(iv) En la demanda D-11938[105], se cuestiona que el informe de conciliación se publicó con anterioridad a la aprobación de la iniciativa en el último debate en la plenaria del Senado de la República, con lo cual se concertó un texto por fuera del reglamento y sin conocer la versión final de lo aprobado. Por lo demás, con violación de la Ley 5ª de 1992, se divulgó un segundo informe de conciliación, variando el texto de lo propuesto, pues mientras en el primer documento se determinó que la ley no se aplicaría a quienes al momento de su entrada en vigencia ya hubieran cumplido 65 años, en el instrumento de reemplazo se excluyó dicho mandato con el fin de otorgarle a la ley un efecto retroactivo.

Para los intervinientes[106], la primera irregularidad que se invoca es irrelevante, pues lo que se produjo fue un cambio en el informe, por la existencia de un error de transcripción en el texto radicado el 14 de diciembre de 2016. De esta manera, lejos de estar en presencia de un vicio, lo que se activa en esta ocasión es el principio de corrección de las formas, en aras de preservar la autenticidad sobre el texto aprobado en los cuatro debates reglamentarios. Y, en cuanto a la segunda irregularidad, se menciona que mientras el

informe de conciliación no sea objeto de deliberación y votación por las plenarios del Congreso, es posible que la comisión accidental designada para superar las diferencias proceda a su modificación, sobre todo cuando lo que se propone es mantener la fidelidad de lo votado.

A juicio de la Vista Fiscal, no cabe realizar un análisis muy detallado del asunto, pues cualquier vicio que pudo haber existido, se entiende corregido con la divulgación del segundo informe del 15 de diciembre de 2016. Ello implica que, en la práctica, el primer informe “no influyó en la conformación de la voluntad de las plenarios, al ser sustituido por otro”[107].

4.4.1.2. De acuerdo con los argumentos expuestos en la demanda, en las distintas intervenciones y teniendo en cuenta el concepto de la Vista Fiscal, le corresponde a la Corte establecer, si se desconoció el principio de publicidad en el trámite que dio origen a la Ley 1821 de 2016 y con ello se incurrió en un vicio de procedimiento que conduzca a la declaratoria de su inexecutable, por (i) la presunta falta de aprobación del Acta No. 20 del 9 de noviembre de 2016 de la Comisión Séptima del Senado de la República, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley 5ª de 1992 y con el agravante de no contar con dicho instrumento al momento en que se produjo la presentación de la ponencia para cuarto debate en la citada Corporación Legislativa; (ii) por haberse omitido supuestamente la lectura del articulado que se sometía a discusión y aprobación en la instancia anteriormente mencionada, así como por no dar lectura a los conceptos en los que se pedía el archivo de la iniciativa por parte del Ministerio de Trabajo y de la Superintendencia de Notariado y Registro, en los términos del artículo 47 de la citada Ley 5ª de 1992; (iii) por abstenerse aparentemente de dar a conocer el contenido del informe de una subcomisión que fue nombrada en la plenaria del Senado para estudiar la solicitud de archivo realizada por la Superintendencia en cita; (iv) por haberse radicado el informe de la comisión accidental nombrada para superar las divergencias entre los textos aprobados en las plenarios de cada Cámara, con anterioridad a la aprobación de la iniciativa en el cuarto debate; y (v) por la circunstancia de haber publicado, en contra de lo previsto en el reglamento, un segundo informe de conciliación, variando el contenido de lo que inicialmente fue puesto a consideración de las plenarios.

Para resolver los problemas jurídicos planteados, este Tribunal inicialmente realizará una aproximación conceptual al alcance de los vicios de procedimiento en el trámite legislativo, luego de lo cual se referirá al principio de publicidad como mandato esencial dentro del proceso dirigido a la aprobación de la ley. Con sujeción a estos elementos se solucionará los cargos propuestos.

4.4.2. Los vicios de procedimiento en la actividad legislativa

4.4.2.1. Sin incluir el análisis respecto de los actos derivados del ejercicio de la función constituyente[108], el ámbito del control jurídico que puede hacer la Corte respecto de la constitucionalidad de los cuerpos normativos expedidos por el legislador, suele dividirse o clasificarse en dos: (a) el control material o sustancial que se realiza respecto del sentido que tienen las disposiciones confrontadas frente a los mandatos que se prevén en el Texto Superior y (b) el control formal o de procedimiento, en el que se busca determinar si en el

trámite de creación de una ley, el órgano que lo llevó a cabo siguió las exigencias previstas en la Carta Política y en otros regímenes que sirven como parámetros de validez en el desenvolvimiento de la función legislativa, como sucede especialmente con las leyes orgánicas, cuyo fin es el de sujetar el desarrollo de la actividad legislativa a cargo del Congreso (CP art. 151)[109].

Este último control, lejos de evaluar el contenido que se extrae de las disposiciones, es un examen que se dirige a indagar principalmente por las actuaciones del órgano legislativo en el proceso de conformación de su voluntad, en aquellos casos en que la misma se expresa en la elaboración de un cuerpo normativo. Su objeto consiste en determinar si al llevar a cabo el trámite legislativo se presentaron diferencias entre lo ocurrido y lo que imponen las exigencias de forma que sirven como parámetros de validez.

No obstante, excepcionalmente, es posible evaluar en el control formal el contenido de una ley o de un proyecto de ley, no para realizar un juicio de contradicción respecto de lo previsto en la Carta, sino para establecer si los asuntos que una o varias disposiciones tratan son respetuosos (i) de los parámetros de conformación temática previstos en el artículo 158 de la Constitución, referentes al principio de la unidad de materia; (ii) de las reglas especiales de trámite que se consagran frente determinados tipos de leyes, como ocurre, por ejemplo, con las leyes estatutarias o las leyes orgánicas; y (iii) de ciertos condicionamientos preceptivos que anteceden a la realización del procedimiento legislativo, tal como sucede con el deber de agotar la consulta previa.

4.4.2.2. Los parámetros de validez que sujetan la actividad legislativa y que pueden constituir en caso de infracción un vicio de procedimiento, no se limitan a las reglas de forma que se consagran en el Texto Superior, pues deben incorporarse otros referentes normativos que las desarrollan y cuya consagración se encuentra particularmente recogida en leyes orgánicas y en algunas leyes estatutarias[110]. De esta manera, con un alcance amplio y general, se ha admitido como parámetro los Reglamentos del Congreso y de cada una de las Cámaras, como lo dispone el artículo 151 de la Constitución, lo que incluye, entre otras, las Leyes 3ª de 1992[111], 5ª de 1992[112] y 1431 de 2011[113]. Pero también, con un énfasis particular y concreto, a partir del tipo de ley objeto de control, se han advertido que constituyen parámetros de validez, por ejemplo, las leyes orgánicas del plan y del presupuesto[114], la ley estatutaria de los mecanismos de participación[115] y la ley estatutaria de los estados de excepción[116].

4.4.2.3. El conjunto amplio y complejo de preceptos destinados a regular la producción normativa, plantea tensiones entre los fines propios del principio democrático y los objetivos del control de constitucionalidad, básicamente en lo relativo a la necesidad de garantizar la supremacía de la Constitución, pues existe un riesgo latente de que se declare la inexecutableidad de preceptos legales por simples irregularidades u omisiones de trámite, a partir de una consideración de carácter netamente formal. En efecto, un argumento de este tipo no permite distinguir si una formalidad trasciende o no en términos constitucionales, puesto que -al final de cuentas- cualquier desconocimiento de normas de procedimiento llevaría a declarar la inconstitucionalidad de una ley.

Sobre la base de la tendencia hacia el fortalecimiento de una postura amplia de control,

este Tribunal ha trazado una línea en lo que respecta a la existencia o no de vicios de procedimiento. Con tal propósito, se ha admitido que el trámite dirigido a la expedición de ley debe ser entendido a partir de los objetivos y fines constitucionales que está llamado a cumplir, teniendo en cuenta el principio de instrumentalidad de las formas, conforme al cual las reglas procesales no tienen valor en sí mismo y deben interpretarse teleológicamente al servicio de un fin sustantivo[117], y el principio de corrección de las formas, que rechaza la concepción de los trámites como condiciones sin relevancia constitucional[118]. Lo anterior, indudablemente, en un contexto que también resulte acorde con el principio *in dubio pro legislatoris*[119].

A partir del uso de estos principios que guían la labor del juez constitucional, como se ha puesto de presente en varias sentencias[120], es posible distinguir entre vicios de procedimiento e irregularidades irrelevantes (también llamadas simples irregularidades). Para la Corte, una deficiencia de trámite se enmarca en esta última categoría, cuando la omisión o el incumplimiento de una exigencia de forma “no vulnera ningún principio ni valor constitucional, y en especial no llega a afectar el proceso de formación de la voluntad democrática en las cámaras, ni desconoce el contenido básico institucional diseñado por la Carta”[121]. En este sentido, en la Sentencia C-872 de 2002[122], esta Corporación expuso que:

“[E]s claro que no toda vulneración de una regla sobre la formación de las leyes, contenida en la Constitución o en el Reglamento del Congreso, acarrea la invalidez de la ley y su declaración de inconstitucionalidad. En ciertos casos, puede tratarse de una irregularidad irrelevante, en la medida en que no vulnera ningún principio ni valor constitucional, y en especial no llega a afectar el proceso de formación de la voluntad democrática en las cámaras, ni desconoce el contenido básico institucional diseñado por la Carta. En tales casos, esa irregularidad, en sentido estricto, no configura un verdadero vicio en la formación de la ley, tal y como lo ha señalado la doctrina y la jurisprudencia”.

En los mismos términos, en la Sentencia C-685 de 2011[123], este Tribunal explicó que:

“[E]n relación con el significado de un vicio de forma, ha dicho la Corte que no toda discrepancia entre lo que ocurre en el proceso de elaboración de una ley y las normas parámetro implica la realización de este tipo de vicios, sino que únicamente serán vicios de forma aquellas diferencias cuya ocurrencia redunde en el desconocimiento de alguno de los principios constitucionales que se concretan en el procedimiento legislativo; es decir, cuando el desconocer las normas parámetro redunde en un desconocimiento del principio democrático -cuya concreción en el proceso de determinación de la voluntad parlamentaria es el objetivo principal de todas y cada una de las disposiciones que sirven como guía y parámetro a los órganos que participan en el procedimiento legislativo- se estará ante un vicio de forma.”

Con fundamento en lo anterior, siempre que se está en presencia de una irregularidad de trámite, es obligación de la Corte proceder a identificar cuál es el fin sustantivo que se encuentra protegido por las normas de procedimiento invocadas, con el propósito de determinar si está o no en presencia de un verdadero vicio de inconstitucionalidad. Desde esta perspectiva, esta modalidad de control lejos de limitarse a un simple examen de

carácter meramente formal, supone la revisión acerca del cumplimiento de los valores y principios que las normas sobre procedimiento legislativo protegen. Esta lectura sobre la materia, de un lado, rescata el hecho de que la Constitución busca realizar principios y valores materiales, como se prevé en el preámbulo y en los artículos 1 y 2 del Texto Superior; y del otro, torna efectivo el mandato consagrado en el artículo 228 de la Carta, conforme al cual en los trámites procesales prevalece el derecho sustancial.

Entre los fines sustantivos que han sido invocados por la jurisprudencia, se destacan: (i) la preservación de la voluntad de las mayorías (principio mayoritario), cuando se trata de reglas vinculadas con la consolidación del quórum o la realización del principio de consecutividad; (ii) la protección del principio de publicidad, cuando se está en presencia de aspectos referentes al sistema de votación adoptado por las cámaras o al cumplimiento de las reglas sobre el anuncio previo; y (iii) la salvaguarda de los derechos de las minorías, en casos vinculados con las reglas que conducen a garantizar la transparencia del debate.

4.4.2.4. En línea con lo expuesto, cuando se aprecia la existencia de vicios de procedimiento, la consecuencia natural que se deriva de su ocurrencia es la de entender que la ley o las disposiciones que se han visto afectadas deben ser objeto de una declaratoria de inconstitucionalidad. Sin embargo, esta solución se presenta como una posibilidad con algunos matices e, incluso, alternativas, las cuales enriquecen el panorama de resultados finales en caso de que se constate la presencia de uno de tales vicios.

Precisamente, en el ordenamiento jurídico colombiano y con miras a maximizar el principio democrático, antes de declarar la inconstitucionalidad de una ley por vicios de trámite, (a) este Tribunal debe estudiar si existió o no una corrección formal del procedimiento en la aprobación de la iniciativa[124], lo que supone que el propio Congreso adoptó las medidas necesarias para enmendar el vicio; y en caso de que ello no haya ocurrido, (b) este Tribunal debe examinar si es posible devolver la ley a dicha autoridad, para que ésta proceda a subsanar el defecto observado, como se dispone en el parágrafo del artículo 241 del Texto Superior[125].

Para identificar cuándo un vicio es susceptible de ser subsanado, la única referencia que se encuentra desde el punto de vista normativo, se halla en el artículo 5 de la Ley 5ª de 1992 (o Reglamento Interno del Congreso), en el que, como vicios de procedimiento insubsanables, se establecen los siguientes: (i) toda reunión de los congresistas que, “con el propósito de ejercer funciones propias de la Rama Legislativa, se efectuó fuera de las condiciones constitucionales”; y (ii) la vulneración de las garantías constitucionales fundamentales.

El primer concepto en mención es concordante con lo dispuesto en el artículo 149 de la Constitución, en el que se regula el fenómeno de las reuniones irregulares. Al respecto, se dispone que: “Toda reunión de los miembros del Congreso que, con el propósito de ejercer funciones propias de la rama legislativa del poder público, se efectúe fuera de las condiciones constitucionales, carecerá de validez; a los actos que realice no podrá dárseles efecto alguno, y quienes participen en las deliberaciones, serán sancionados conforme a las leyes”.

Por su parte, el segundo concepto, pese a su indeterminación, sujeta la posibilidad de

subsana un acto a la proteccin del principio democrtico y a los fines sustanciales que de l mismo se derivan, sin los cuales el Congreso difcilmente puede adelantar un debate amplio, informado y suficiente sobre las materias sometidas a su aprobacin. Con miras a identificar cuando se est en presencia de garantas constitucionales fundamentales, que excluyen la posibilidad de que un vicio pueda tener la condicin de subsanable, la Corte ha acudido a varios criterios, entre los cuales, se destacan:

- El cumplimiento de las etapas bsicas y estructurales del proceso legislativo establecidas en el artculo 157 de la Constitucin, en el que se enuncia que ningn proyecto ser ley, (a) sin haber sido publicado oficialmente por el Congreso, antes de darle curso en la comisin respectiva; (b) sin haber sido aprobado en primer debate en la comisin correspondiente de cada Cmara; (c) sin haber sido aprobado en segundo debate; y (d) sin haber obtenido la sancin del gobierno. Como se observa, se trata de requerimientos bsicos de forma que protegen fines sustantivos que se derivan del principio democrtico, como ocurre con la salvaguarda del principio de publicidad, al requerir la publicacin oficial del proyecto y la sancin gubernamental de la ley; as como con la preservacin de la voluntad de las mayoras, al imponer la aprobacin de la iniciativa, tanto en primer como en segundo debate.

- A lo anterior, cabe agregar los requisitos de forma que, a partir del contexto en el que se presenta su vulneracin, tienen la capacidad de afectar la garanta de los derechos de las minoras en el debate parlamentario y del principio democrtico en la formacin de la voluntad legislativa. As, por ejemplo, en la Sentencia C-333 de 2005[126], este Tribunal seal que no pueden coincidir en un mismo da la realizacin del anuncio previo con la correspondiente votacin del proyecto, pues ello constituye un vicio de carcter insubsanable, no slo por contrariar una expresa exigencia constitucional[127], sino tambin por impedir la realizacin de la finalidad que explica la consagracin del requisito del anuncio, relacionada con la transparencia y publicidad del debate y con la posibilidad que tienen las minoras de estudiar con anterioridad el contenido de la iniciativa y de preparar activamente las razones que puedan conducir a su archivo. Otro ejemplo se encuentra en la Sentencia C-258 de 2014[128], en donde la Corte consider como insubsanable la aprobacin por parte del Congreso del texto incompleto de un tratado internacional, a partir de la supresin de algunos de sus artculos al momento de realizar su publicacin en la Gaceta del Congreso y as sucesivamente en el resto de los documentos oficiales que integran el procedimiento legislativo. A juicio de este Tribunal, en esa oportunidad, adem de desconocer el principio de publicidad, el defecto detectado afectaba la formacin misma de la voluntad legislativa, pues se presentaba un error en el otorgamiento del consentimiento por parte del Congreso, al aprobar un texto fragmentado que no guardaba correspondencia con su real contenido normativo.

- Un criterio adicional de examen, a partir de la presencia de una irregularidad que tengan un peso sustancial vinculado con la salvaguarda del principio democrtico, se halla en la realizacin del mandato de razonabilidad en la correccin, por virtud del cual "el sistema jurdico slo admite subsanar vicios que originan la invalidez de las actuaciones reglamentarias sobre la base de la existencia de los mismos actos que van a ser subsanados. (...) Es decir, no es constitucionalmente vlido presentar 'como subsanacin de un vicio en el procedimiento legislativo' lo que en realidad equivaldra a llevar a cabo

etapas del proceso de formación de la ley -o de los actos legislativos- que no se surtieron"[129].

- Finalmente, la existencia de un vicio también debe estudiarse tomando en consideración el tipo de ley de que se trata y la evolución del debate parlamentario a lo largo del iter legislativo, sin omitir el análisis del contexto dentro del cual se presentó el defecto para determinar su gravedad y trascendencia. En desarrollo de este último criterio, se ha adoptado una importante línea de decisión, conforme a la cual debe formarse adecuadamente la voluntad política de la Cámara en la que inicia el trámite de los proyectos de ley, como condición esencial de subsanabilidad de los vicios que se presenten. En tal sentido, se ha pronunciado esta Corporación cuando se trata de deficiencias vinculadas con el trámite de leyes aprobatorias de tratados internacionales, en donde se exige que la aprobación en el Senado de la República concluya sin vicio alguno en cada una de las etapas estructurales de trámite[130].

4.4.2.5. En conclusión, siempre que la Corte se enfrente al escrutinio de una irregularidad formal, es imprescindible que se examine el valor sustantivo que se encuentra en juego, a partir del contexto en que tuvo lugar el defecto observado, pues de ello depende si el desconocimiento de una regla de trámite referente a la aprobación de una ley, constituye o no un vicio de procedimiento. Entre los fines sustantivos se destacan: la preservación de la voluntad de las mayorías, la protección del principio de publicidad y la salvaguarda de los derechos de las minorías.

Por regla general, la existencia de un vicio de procedimiento da lugar a la declaratoria de inconstitucionalidad de la ley o de las disposiciones que se hayan visto afectadas con su ocurrencia. No obstante, antes de que proceder en ese sentido, este Tribunal debe verificar si existió o no una corrección formal del trámite por parte del legislador; y en caso de que ello no haya ocurrido, si es posible devolver la ley al Congreso, para que dicha autoridad proceda a subsanar el defecto observado, como se dispone en el parágrafo del artículo 241 del Texto Superior y otras normas concordantes. Esta última posibilidad dependerá de que no se trate de una reunión irregular del Congreso (CP art. 149) o de que se hayan vulnerado las garantías constitucionales fundamentales del iter legislativo, para cuya identificación se tienen, entre otros criterios de examen, el cumplimiento de las etapas básicas y estructurales de dicho proceso, el tipo de ley de que se trata y lo ocurrido a lo largo del debate parlamentario.

4.4.3. Del principio de publicidad en las actuaciones del Congreso de la República

4.4.3.1. El Estado de derecho se funda, entre otros principios que rigen la función pública (CP art. 209), en el principio de publicidad, el cual supone el conocimiento de los actos de los órganos y autoridades estatales, especialmente en lo referente al contenido de sus decisiones, pues de ello depende en la mayoría de los casos su vigencia y oponibilidad. Este principio contribuye a facilitar la participación ciudadana en las determinaciones que los afectan, con miras a formar ciudadanos activos, deliberantes, autónomos y críticos[131], que puedan ejercer un debido control de las actividades del Estado.

La publicidad de la actividad estatal, y en particular de la actividad del legislador, juega un papel esencial en un Estado democrático, tal y como la Corte lo ha destacado en numerosas

sentencias[132]. Al respecto ha dicho que:

“[La] transparencia y publicidad de los debates parlamentarios cumple en el Estado social de derecho (CP art. 1) importantes finalidades, pues el Congreso es el lugar en donde se realiza de manera privilegiada la discusión pública de las distintas opiniones y opciones políticas. De un lado, la publicidad racionaliza la propia discusión parlamentaria y la hace más receptiva a los distintos intereses de la sociedad, con lo cual las deliberaciones producen resultados más justos. En efecto, existen determinados argumentos y motivos que pueden invocarse a puerta cerrada pero que no son admisibles al hacerse públicos, pues su injusticia se vuelve manifiesta. Por ello Kant consideraba que uno de los principios trascendentales del derecho público era el siguiente: ‘son injustas todas las acciones que se refieren al derecho de otros hombres cuyos principios no soportan ser publicados’ (Emanuel Kant. La paz perpetua. Madrid: Tecnos, 1985, Segundo Apéndice, p 61). De otro lado, la publicidad articula la actividad del Congreso con la ciudadanía, y es una condición necesaria para que el público esté mejor informado sobre los temas de trascendencia nacional, con lo cual se estrechan además las relaciones entre electores y elegidos, valor esencial en una democracia participativa como la colombiana (CP art. 1). La publicidad es pues una condición de legitimidad de la discusión parlamentaria, pues es la única manera de que el Congreso cumpla una de sus funciones esenciales, esto es, la de traducir políticamente la opinión de los distintos grupos y sectores de la sociedad y, a su vez, la de contribuir a la preservación de una sociedad abierta en la cual las distintas opiniones puedan circular libremente. Por todo ello, sin transparencia y publicidad de la actividad de las asambleas representativas no cabe hablar verdaderamente de democracia constitucional”[133].

4.4.3.2. De lo expuesto se infiere que el principio de publicidad en la actividad legislativa tiene dos escenarios principales de actuación. El primero encaminado a racionalizar el ejercicio de las funciones a cargo del Congreso y el segundo dirigido a brindar las condiciones necesarias que permitan activar la participación y el control ciudadano.

En el primero, lo que debe ser objeto de análisis de constitucionalidad dentro de un Estado democrático, es la verificación del cumplimiento de todas las garantías constitucionales involucradas en el debate parlamentario y, en este sentido, el marco de protección se encamina a permitir que tanto las mayorías como las minorías tengan la posibilidad de conocer los textos sometidos a su consideración. En este escenario, el principio de publicidad demanda que los congresistas tengan la oportunidad de saber cuál es el contenido de una iniciativa y de las proposiciones que se someten a su aprobación, pues de ello depende la capacidad material para intervenir en una discusión y, por lo tanto, para que pueda existir válidamente una democracia deliberativa, en donde se torne efectiva la garantía institucional de representación de los asociados[134].

Precisamente, el artículo 94 de la Ley 5ª de 1992 define al debate como “[e]l sometimiento a discusión de cualquier proposición o proyecto sobre cuya adopción deba resolver la respectiva Corporación (...)”. Esto implica que, si el elemento esencial del debate es la discusión, el presupuesto lógico para que tal actuación pueda llevarse a cabo es que los congresistas tengan conocimiento del proyecto o de las proposiciones que se someten a su decisión. Por tal razón, la jurisprudencia de la Corte ha señalado que la votación sobre un

texto desconocido no puede considerarse válidamente como debate[135].

Ahora bien, el principio de publicidad de los proyectos de ley, en relación con el texto del proyecto sometido a aprobación en cada cámara, se cumple con su divulgación en el medio oficial de comunicación del legislativo, que es la Gaceta del Congreso, antes de darle curso en las comisiones o en las plenarios respectivas. Esta obligación se predica tanto de la exposición de motivos de la iniciativa (CP art. 157.1 y Ley 5ª de 1992, art. 144[136]), como de las ponencias que sirven de medio para abrir la discusión en cada instancia legislativa (Ley 5ª de 1992, arts. 156[137]). En todo caso, respecto de este último acto, a modo de excepción, y frente al trámite en las comisiones, el Reglamento del Congreso señala que “para agilizar el trámite del proyecto, el presidente podrá autorizar la reproducción del documento por cualquier medio mecánico, para distribuirlo entre los miembros de la comisión, ello sin perjuicio de su posterior y oportuna reproducción en la Gaceta del Congreso”[138].

La regla general que reconoce que la publicidad de la actividad legislativa se realiza con la divulgación de los actos en la Gaceta del Congreso fue reiterada en la Ley 1431 de 2011, en el artículo 2, al disponer que: “(...) las actas de las sesiones plenarios, comisiones, los proyectos de acto legislativo, los proyectos de ley, las ponencias y demás información que tenga que ver con el trámite legislativo deberán ser publicados en la Gaceta del Congreso, órgano de publicación de la Rama Legislativa, la cual se publicarán en la página Web de cada cámara; con esta publicación se dará por cumplido el requisito de publicidad. (...)”.

Con todo, la manera cómo funciona el Congreso y la forma cómo se surten los debates vinculados con el ejercicio de la actividad legislativa, suponen la imposibilidad práctica de que toda información relacionada con el proceso de adopción de una ley, sea objeto de publicación en el medio oficial dispuesto para el efecto. Tal circunstancia se presenta, por ejemplo, con las proposiciones de sustitución o modificación de un proyecto de ley[139], cuya presentación y consideración por parte de los congresistas debe llevarse a cabo una vez se da apertura a la discusión de la iniciativa en cada instancia legislativa (Ley 5ª de 1992, art 115)[140]. Por esta razón, la jurisprudencia de la Corte ha admitido dicho régimen exceptivo, sobre la base de que, si bien para proceder a su aprobación ni la Carta Política ni el Reglamento del Congreso exigen su publicación previa en la Gaceta, sí se impone su lectura al resto de miembros de la comisión o de la plenaria respectiva, como lo prescribe el artículo 125 de la Ley 5ª de 1992, con el fin de garantizar la lógica que subyace en la preservación del principio de publicidad. Al respecto, la disposición en cita establece que: “Artículo 125. Lectura de la proposición. Cerrada la discusión se dará lectura nuevamente a la proposición que haya de votarse”. Con todo, al igual que ocurre con el informe de ponencia, nada impide que las proposiciones modificativas o sustitutivas puedan ser objeto de una distribución previa con la reproducción del documento que las contiene, con el fin de que puedan ser leídas y conocidos por los congresistas. Tal acto preserva la esencia del citado principio de publicidad, dentro de un esquema flexible que responde a las formas del procedimiento legislativo.

Incluso, el análisis sobre la manera en que se cumple ese deber básico de conocimiento de las materias objeto de discusión y votación, en aquellos casos en que no se demanda obligatoriamente la publicación en la Gaceta del Congreso, como ocurre en la hipótesis

previamente expuesta, también debe ser adelantado a la luz del principio de instrumentalidad de las formas, como ocurrió en la Sentencia C-131 de 2009[141]. En efecto, en dicha oportunidad se concluyó que no existió un vicio de forma, por la ausencia de la lectura de las propuestas presentadas para modificar algunos artículos de la Ley 1142 de 2007, como quiera que no se afectó el principio de publicidad, por el modo en que fueron explicadas por sus proponentes, antes de su votación[142].

4.4.3.3. El segundo escenario en el que se expresa el principio de publicidad, es el que se vincula con uno de los fines esenciales de la democracia consistente en permitir que la ciudadanía pueda ejercer una adecuada vigilancia y control sobre sus representantes, como expresión del principio de soberanía popular[143]. Esta realidad ha sido prevista por la Constitución Política de 1991, desde sus orígenes, al consagrar que: “Las sesiones de las cámaras y de sus comisiones permanentes serán públicas, con las limitaciones a que haya lugar conforme a su reglamento” (CP art. 144).

Como lo ha señalado la Corte y se establece en la Ley 5ª de 1992, la publicidad se asegura a través de distintos medios, siendo la posibilidad de consultar las Gacetas del Congreso el principal de ellos[144], aunado a otras alternativas que se brindan, como ocurre con la facultad de asistir a las barras[145], la de seguir las sesiones mediante su trasmisión en radio o en televisión[146], y la de conocer la difusión sobre lo ocurrido cuando las sesiones se cubren por los medios masivos de comunicación[147].

Nótese como, es el propio Constituyente quien exigió que las sesiones del Congreso sean por regla general públicas, y así lo desarrolló el legislador. No obstante, esto no impide que por el reglamento se establezcan algunas excepciones, como expresamente lo permite el citado artículo 144 de la Constitución, en los términos ya transcritos. En todo caso, de acuerdo con la jurisprudencia reiterada de esta Corporación, toda excepción que se establezca al principio de publicidad debe interpretarse y aplicarse de forma restrictiva[148], sin desconocer puntuales preceptos constitucionales que prohíben conferir un trato exceptivo[149] y siempre que su consagración responda a un fin constitucional que resulte verificable de manera objetiva y razonable. De todos modos, cabe insistir en que la legitimidad del tratamiento exceptivo al principio de publicidad proviene de la propia Constitución y tiene algunas expresiones concretas como ocurre con el numeral 4 del artículo 135, en donde se dispone la posibilidad de las cámaras de celebrar sesiones reservas, cuando el objeto de las mismas sea el de absolver preguntas por parte de los ministros[150], o con la alternativa que se brinda en el artículo 133 del Texto Superior, para que el legislador consagre excepciones a la votación nominal y pública, tal como se sucedió con la Ley 1431 de 2011, en la que se desarrolla, por ejemplo, la votación secreta[151].

Con fundamento en las consideraciones expuestas, se procederá a examinar las irregularidades que fueron planteadas en la demanda D-11938, teniendo en cuenta el resumen de la controversia y los problemas jurídicos que fueron esbozados en el acápite 4.4.1 de esta providencia.

4.4.4. Caso concreto

4.4.4.1. Aprobación del acta de la sesión del 9 de noviembre de 2016

El artículo 35 de la Ley 5ª de 1992 dispone que de las sesiones de las cámaras y de sus comisiones se levantarán actas que contendrán una relación sucinta de los temas debatidos, las personas que intervinieron, los mensajes leídos, las proposiciones radicadas, las comisiones que hayan sido designadas y las decisiones adoptadas. Según el Reglamento del Congreso, en cada sesión se deberá presentar el acta de la sesión anterior para fines de aprobación, para lo cual se dispone el siguiente procedimiento:

“Artículo 35. Actas. (...) Abierta la sesión, el Presidente someterá a discusión, sin hacerla leer, el acta de la sesión anterior, puesta previamente en conocimiento de los miembros de la Corporación, bien por su publicación en la Gaceta del Congreso, o bien mediante reproducción por cualquier otro medio mecánico.

En consideración del acta, cada Congresista sólo podrá hablar una vez para reclamar acerca de las omisiones o inexactitudes en que se hubiere incurrido al redactarla, sin perjuicio del derecho de hablar sobre las reclamaciones que hagan otros Congresistas.

Quien tenga observaciones las presentará por escrito a la secretaría a fin de que se inserten en el acta siguiente.

Si el acta no estuviere totalmente elaborada para la sesión siguiente, el respectivo Secretario presentará y dará lectura a un acta resumida que servirá para el conocimiento y aprobación de la corporación o comisión.”

En el caso sub-judice, se cuestiona que, en la sesión de la Comisión Séptima del Senado de la República del 9 de noviembre de 2016, se aprobó la ponencia para primer debate en dicha Cámara, actuación que quedó consignada en el Acta No. 20. Sin embargo, en las sesiones siguientes de dicha Comisión no aparece que se haya realizado su aprobación en el orden día, con lo cual se infringió el citado mandato reglamentario, con la particularidad de que se autorizó la publicación de la ponencia para segundo debate el 16 de noviembre del año en cita, sin que la Comisión se hubiese allanado a obedecer el deber de publicidad a su cargo.

Sobre el particular, en primer lugar, la Corte constata que efectivamente en la sesión del 9 de noviembre de 2016 tuvo lugar en la Comisión Séptima del Senado de la República la aprobación de la iniciativa que dio origen a la Ley 1821 de 2016, tal como consta en el Acta No. 20 de esa misma fecha, la cual aparece publicada en la Gaceta del Congreso No. 1110 del 7 de diciembre del año en cita[152].

En segundo lugar, tal acta fue aprobada en sesión del 30 de noviembre de 2016, como consta a su vez en el Acta No. 24 de ese mismo día, la cual fue publicada en la Gaceta del Congreso No. 80 del 7 de febrero de 2017[153]. Según se infiere de la información anterior, es claro que entre la sesión en la que se aprobó la iniciativa y aquella en la que se avaló su acta transcurrieron un total de tres sesiones. De acuerdo con pruebas que fueron recaudadas, se trata de los días (i) 15 de noviembre de 2016, en la que se citó para realizar una audiencia pública respecto de la discusión de un proyecto sobre salarios y prestaciones de los miembros de las Asambleas Departamentales[154]; (ii) 22 de noviembre de 2016, en la que se emplazó para adelantar un control político sobre los Juegos Nacionales Cartagena 2019 y los Juegos Centroamericanos y del Caribe Barranquilla

2018[155]; y (iii) 23 de noviembre de 2016, en la que se convocó para aprobar varias actas pendientes (entre ellas, la número 20) y para considerar un total diez proyectos de ley[156]. Precisamente, en esta última sesión, se advirtió sobre la imposibilidad de someter a votación el Acta No. 20, pues aún se encontraba en proceso de revisión secretarial, por razones de tiempo[157].

En tercer lugar, conforme a constancia secretarial y al registro de envío que consta en el expediente, el Acta No. 20 fue remitida a los congresistas de la Comisión Séptima del Senado, con anterioridad a su votación en la sesión del 30 de noviembre de 2016, a las cuentas registradas en la Secretaría de dicha Comisión, en aras de garantizar, antes de su deliberación, el pleno conocimiento de lo que en ella se consagra[158].

Finalmente, en el interregno de lo ya descrito, se produjo la presentación de la ponencia para segundo debate en la plenaria del Senado de la República (cuarto debate), cuya publicación se realizó en la Gaceta del Congreso No. 1034 del 22 de noviembre de 2016[159]. Sin embargo, su votación tuvo lugar hasta el 14 de diciembre del año en cita, tal como consta en el Acta No. 48 de esa misma fecha, divulgada en la Gaceta No. 305 del 5 de mayo de 2017[160].

Sobre la base de lo ocurrido, la Sala Plena concluye que, por una parte, en el proceso de aprobación del Acta No. 20 se cumplieron con la mayoría de las exigencias de forma que dispone el Reglamento del Congreso. En efecto, se advierte (i) que dicho documento fue debidamente elaborado por la Secretaría de la Comisión Séptima del Senado, pues en él consta la presentación de la iniciativa, el debate que ella suscitó, las personas que intervinieron y los términos en que lo hicieron, las proposiciones que fueron presentadas y sometidas a votación, y la decisión finalmente adoptada[161]. También (ii) se observa que antes de su deliberación y aprobación fue divulgado entre los miembros de la citada Comisión, a través de uno de los medios que autoriza el artículo 35 de la Ley 5ª de 1992, como lo es la reproducción de su contenido por cualquier medio mecánico. Al respecto, se efectuó una remisión digital del archivo el 28 de noviembre de 2016 a las cuentas registradas por los parlamentarios[162]. Y, aunado a lo anterior, (iii) se cumplió con el deber de publicación en la Gaceta del Congreso, como lo exige el artículo 2 de la Ley 1431 de 2011, en el que se señala que igualmente las “actas” en las que consten las sesiones de las comisiones tienen que ser dadas a conocer por ese medio[163].

Pese a lo expuesto, y por otra parte, se halla que si bien en la deliberación y adopción del Acta No. 20 se siguió la ritualidad que sobre el particular dispone el referido artículo 35 de la Ley 5ª de 1992 (abrir la discusión y no leer el contenido del acta[164]) y, además, se obtuvo las mayorías requeridas[165], lo cierto es que su aprobación no tuvo lugar en la siguiente sesión de la Comisión, que para este caso fue el 15 de noviembre de 2016, tal y como lo exigen los incisos 2 y 6 del artículo en cita, conforme a los cuales: “(...) Abierta la sesión, el Presidente someterá a discusión, sin hacerla leer, el acta de la sesión anterior, puesta previamente en conocimiento de los miembros de la Corporación (...). Si el acta no estuviere totalmente elaborada para la siguiente sesión, el respectivo secretario presentará y dará lectura a un acta resumida que servirá para el conocimiento y aprobación de la corporación o comisión”[166].

Nótese entonces que la deficiencia de trámite que se alega no subyace en la falta de elaboración, comunicación, discusión, adopción o publicidad del acta, sino en que su aprobación no tuvo lugar el día que establece el reglamento, toda vez que la siguiente sesión fue el 15 de noviembre de 2016 y la actuación requerida tan sólo tuvo lugar hasta el día 30 del mes y año en cita, transcurriendo, como ya se dijo, un total de tres sesiones en el interregno. Por lo demás, como lo señala la accionante, en dicho término fue radicada la ponencia para cuarto debate en la plenaria del Senado, acto que se llevó a cabo el 22 de noviembre de 2016.

La pregunta inicial que deberá resolver la Sala Plena es si la aprobación del acta en un día distinto al que se dispone en el artículo 35 de la Ley 5ª de 1992 es un vicio de procedimiento. Luego de lo cual, también deberá resolver, si se está en presencia de una irregularidad del mismo rigor, por el hecho de haber rendido ponencia para cuarto debate, sin que el citado documento haya sido formalmente adoptado por la instancia competente.

En cuanto al primer interrogante, la Corte considera que el defecto invocado no constituye un vicio de procedimiento en el trámite de la Ley 1821 de 2016 por las siguientes razones: (i) el artículo 35 de la Ley 5ª de 1992, que regula el procedimiento de aprobación de las actas, se encuentra ubicado en la sección del Reglamento que refiere al “orden interno”, dentro del capítulo que contempla las disposiciones generales. Esto significa que se trata de una disposición que se dirige a asegurar la transparencia general de la actuación del Congreso, con miras a hacer efectiva la publicidad externa de sus actos frente a la sociedad en general, pero no de una exigencia directa y específica que se relacione con el trámite legislativo en sí mismo, ni tampoco con el régimen de publicidad encaminado a racionalizar el ejercicio de la función legislativa.

En efecto, ninguna norma de la Constitución ni del reglamento presupone la aprobación del acta para dar curso a la discusión y aprobación de una iniciativa legislativa, pues su rigor jurídico se circunscribe al de servir de resumen y de prueba de las actuaciones llevadas a cabo en una sesión, a partir de la relación que los secretarios tienen que realizar de los hechos ocurridos en ella. Por tal razón, en un acta no sólo se incluyen aspectos vinculados al trámite de un proyecto de ley, sino que consta todo tipo de manifestación relacionada con el papel que cumplen los congresistas, como ocurre con los debates de control político, las diferentes proposiciones que se aprueben o se nieguen, y hasta los llamados que se quieran realizar sobre un determinado tema. El acta refleja entonces la historia fidedigna de lo acontecido en cada sesión del Congreso, como herramienta que hace parte de su organización interna, pero que carece de valor normativo como requisito dirigido a permitir el desenvolvimiento del procedimiento legislativo.

Adicionalmente, (ii) el incumplimiento en el día en el que se debe aprobar un acta, en nada afecta el conocimiento que deben tener los congresistas sobre el contenido de una iniciativa, ya que el mismo viene dado por la publicación de la exposición de motivos del proyecto y de las ponencias en la Gaceta del Congreso[167], así como por el deber de asistencia que tienen los congresistas a cada sesión a la que sean citados[168].

Por último, (iii) el propio Reglamento flexibiliza el régimen de adopción de las actas, cuando

autoriza su aprobación sobre la base de un resumen que debe ser elaborado por el Secretario, o cuando –en tratándose de la última sesión– permite que su consideración y anuencia se delegue en cabeza de la Mesa Directiva. Tal aproximación se explica por el rol que cumple el acta, toda vez que al no ser un instrumento encaminado a racionalizar el ejercicio de la función legislativa, es viable que su adopción se rodee de un grado menor de solemnidad, que permita su expedición con prontitud y celeridad, a fin de mantener permanentemente actualizadas las fuentes de información sobre lo ocurrido y, por esa vía, facilitar el desenvolvimiento del control a la gestión del congreso, actividad en la que este instrumento se complementa con la posibilidad que existe de concurrir a las barras o de seguir las transmisiones que se realizan por televisión.

En conclusión, en la medida en que la aprobación de las actas no es un requisito que haga parte de las formalidades que acompañan el proceso de discusión y aprobación de una iniciativa legislativa, la demora de tres sesiones que se presentó en la adopción del Acta No. 20 del 9 de noviembre de 2016 no constituye un vicio de procedimiento en el trámite de la Ley 1821 del año en cita.

Ahora bien, en lo que atañe al segundo interrogante planteado, tampoco se advierte que exista irregularidad alguna de trámite, ya que al no constituir la aprobación del acta un requisito de forma dentro del proceso legislativo, su falta de adopción en los términos del artículo 35 de la Ley 5ª de 1992, en nada limita o afecta el deber de rendir ponencia para segundo debate en la plenaria del Senado de la República, correspondiente, en este caso, al cuarto debate de la iniciativa, en especial, cuando el propio Reglamento del Congreso señala que el término que se fijará para cumplir con dicho deber será “entre cinco (5) y quince (15) días[,] de acuerdo con la significación y volumen normativo de la propuesta, así como de la categoría de ley de que se trate”[169].

Precisamente, el artículo 175 de la Ley 5ª de 1992 establece las exigencias que rodean el deber de rendir ponencia para segundo debate, y en ellas no se encuentra que se exija la previa aprobación y publicación del acta, en donde se recoja lo sucedido en comisión. Lo anterior ocurre, a juicio de la Corte, porque la información sobre el proyecto y sobre su tránsito a lo largo del iter legislativo debe incorporarse necesariamente en el informe de ponencia, como documento oficial que habilita la apertura del debate tanto en comisión como plenaria[170]. En este sentido, la norma en cita dispone que:

“Artículo 175. Contenido de la ponencia. En el informe a la Cámara Plena para segundo debate, el ponente deberá consignar la totalidad de las propuestas que fueron consideradas por la Comisión y las razones que determinaron su rechazo. La omisión de este requisito imposibilitará a la Cámara respectiva la consideración del proyecto hasta cuando sea llenada la omisión.”

Al revisar el informe de ponencia para segundo debate en la plenaria del Senado, el cual aparece publicado en la Gaceta del Congreso No. 1034 del 22 de noviembre de 2016[171], se encuentra que éste efectivamente incluyó varios acápite referentes a los antecedentes de la iniciativa, al objeto del proyecto, a las razones que lo justifican y al debate surtido en comisión, por lo que se allanó a las exigencias del citado artículo 175 de la Ley 5ª de 1992, sin que se advierta por este Tribunal que, de alguna manera, se hubiese vulnerado en su

trámite el principio de publicidad, como lo alega la accionante.

Por lo anterior, la Sala Plena de la Corte concluye que este cargo no está llamado a prosperar y, en tal sentido, procederá con el análisis de la siguiente irregularidad planteada.

En la demanda D-11938, la accionante manifiesta que en las plenarias del Senado transmitidas por el Canal Institucional nunca se dio a conocer el articulado que se sometía a discusión y aprobación, así como tampoco se dio lectura a dos conceptos en los que se pedía el archivo de la iniciativa, elaborados por el Ministerio de Trabajo y por la Superintendencia de Notariado y Registro, desconociendo con ello lo previsto en el numeral 3 del artículo 47 de la Ley 5ª de 1992, conforme al cual: “Son deberes del Secretario (...) de cada Cámara: (...) 3. Dar lectura a los proyectos, proposiciones y demás documentos y mensajes que daban ser leídos en sesión plenaria”.

Para comenzar, la Corte destaca que el citado artículo 47.3 del Reglamento del Congreso se refiere a los deberes generales que tiene el secretario general de cada Cámara[172], sin que en el mismo se especifiquen cuáles son los documentos que deben ser leídos, y sin que se prevea una obligación general de dar lectura a todos los escritos que se alleguen al trámite de una iniciativa, cuando ella se encuentra sometida al conocimiento de las plenarias.

Nótese como, en lugar de ello, la norma en cita únicamente demanda la lectura de aquellos documentos, proposiciones o mensajes que “deban ser leídos en sesión plenaria”. Lo que significa que su rigor normativo, lejos de identificar los escritos que deben ser objeto de lectura, remite tal determinación a un examen sistemático con el resto de los preceptos que se incorporan a la Ley 5ª de 1992 y que consagran la forma como se surten las distintas actuaciones a cargo de la plenaria.

Sobre la base de lo expuesto, cabe recurrir a lo previsto en el artículo 176 del Reglamento del Congreso, en el que se regula la forma como se surte la discusión de los proyectos de ley en las plenarias. En dicha disposición, se establece que “el ponente explicará en forma sucinta la significación y el alcance del proyecto”, luego de lo cual se habilitará la participación de los distintos congresistas y servidores públicos con derecho a intervenir, en los términos en que se regula en el artículo 97 del estatuto en cita[173].

A continuación, se procederá con la votación de la proposición con la que termina el informe, siendo obligatorio proceder a su lectura, conforme se exige en el artículo 125 del Reglamento del Congreso[174]. Una vez acaecido lo anterior, se realizará la discusión y aprobación de la iniciativa, de acuerdo con la forma como se organice y estructure el debate[175]. Para efectos de dar cumplimiento a esta última etapa, se tendrá en cuenta lo señalado en el numeral 4 del artículo 115 de la citada Ley 5ª de 1992, en el que se dispone que:

“Cerrada la discusión, el Presidente preguntará: ¿Adopta la Comisión (o plenaria, según el caso) el artículo propuesto? // Si se trata de un artículo original aprobado; pero si se aprueba una modificación, preguntará: ¿Adopta la Comisión (o plenaria, según el caso) la modificación propuesta? // Aprobado el articulado de un proyecto, el Presidente dispondrá

que el Secretario dé lectura al título del proyecto, y preguntará seguidamente: ¿Aprueban los miembros de la Comisión (o Corporación, si se trata en sesión plenaria) el título leído? // A la respuesta afirmativa, el Presidente expresará: ¿Quieren los Senadores (o Representantes) presentes que el proyecto de ley (o de reforma constitucional) aprobado sea ley de la República (o acto legislativo)?”.

En consecuencia, como se advierte de lo expuesto, no existe ningún precepto de orden constitucional o legal que imponga el deber de dar lectura en sede de plenaria a los conceptos jurídicos emanados del Ministerio del Trabajo y de la Superintendencia de Notariado y Registro, por lo que, a juicio de la Corte, en lo que respecta al reparo propuesto, no se está en presencia de una omisión que dé lugar a la configuración de un vicio de procedimiento en la Ley 1821 de 2016. Por el contrario, lo que advierte esta Corporación es que, en relación con dichos documentos, de manera previa a la votación de la iniciativa, se cumplió con el deber de divulgación a través del medio oficial dispuesto para el efecto, en los términos del artículo 2 de la Ley 1431 de 2011[176], pues su publicación se realizó en las Gacetas del Congreso Nos. 1077 y 1107 de 2016, respectivamente[177].

Para la Corte, por lo demás, la pretensión que subyace en el cargo propuesto resulta desproporcionada frente a los escenarios de deliberación política, que se caracterizan por el tiempo limitado de discusión para cada iniciativa[178] y por el número amplio y extenso de materias que se incluyen en los órdenes del día, lo que torna imposible dar lectura a viva voz de todo documento que llegue a la plenaria y que se encuentre relacionado con un proyecto de ley[179]. De igual manera, tal entendimiento no se compadece con el principio de instrumentalidad de las formas y le restaría eficacia al deber de divulgación en la Gaceta del Congreso, cuyo fin es, precisamente, el de dar a conocer toda la información que tenga que ver con el trámite de la iniciativa, entendiéndose que de esa forma se satisface el principio de publicidad[180].

Por el conjunto de razones expuestas, la Sala concluye que el citado cargo no está llamado a prosperar. A esta misma conclusión se llega, en lo que atañe al otro reparo formulado, consistente en que no se dio a conocer el articulado que se sometía a discusión y votación en el último debate en la plenaria del Senado. Sobre el particular, en primer lugar, esta Corporación advierte que el texto puesto a consideración en dicha instancia legislativa fue publicado en la Gaceta No. 1034 de 2016[181], como medio oficial de divulgación del Congreso, por lo que al cumplir con tal obligación se entiende por satisfecho el principio de publicidad, en los términos dispuestos en el varias veces citado artículo 2 de la Ley 1431 de 2011; y en segundo lugar, porque al momento de abrirse el debate[182], se dio lectura a la proposición con la que terminaba el informe y ella fue sometida a votación nominal, cumpliendo de esa manera con lo previsto en los artículos 133 de la Constitución y 125 y 176 de la Ley 5ª de 1992[183], a continuación se procedió a votar de manera global la iniciativa, previa decisión de omitir la lectura del articulado, práctica parlamentaria que ha sido avalada por la Corte[184] y que se deriva de lo dispuesto en las reglas de ordenación del debate consagradas en el Reglamento del Congreso[185], las cuales parten de la base de que los congresistas tuvieron la oportunidad de conocer y estudiar la iniciativa, al darse cumplimiento al deber de publicación del informe de ponencia en la Gaceta de Congreso.

Por lo anterior, es claro que ninguno de los dos cargos esgrimidos conduce a la declaratoria

de inexecutable de la norma demandada, por lo que la Corte proseguirá con el estudio de la siguiente acusación invocada.

4.4.4.3. Omisión de lectura del informe rendido por la subcomisión nombrada para estudiar la solicitud de archivo presentada por la Superintendencia de Notariado y Registro

En la demanda D-11938, se sostiene que cuando se aprobó el proyecto de ley en la plenaria del Senado de la República el día 14 de diciembre de 2016, se omitió dar a conocer el contenido del informe de una subcomisión nombrada para estudiar la solicitud de archivo que fue radicada por la Superintendencia de Notariado y Registro, en desconocimiento del principio de publicidad.

En Auto del 17 de febrero de 2017, la Corte le pidió al Secretario General del Senado de la República que informara si en el trámite de la iniciativa que dio origen a la Ley 1821 de 2016, se nombró en plenaria una subcomisión para discutir la solicitud formulada por la Superintendencia en mención. Sobre el particular, en respuesta del 7 de marzo del año en cita, se afirmó lo siguiente: "(...) informamos que revisados los archivos de la Sección de Relatoría del Senado no se encontró registro alguno que guarde relación con la solicitud de la Superintendencia de Notariado y Registro"[186].

No obstante, como lo advirtió la Procuraduría General de la Nación, sí existió la designación de la subcomisión, como se puede apreciar en la Gaceta del Congreso No. 255 del 21 de abril de 2017, en donde consta el Acta No. 44 de la sesión del 6 de diciembre de 2016.

En dicha sesión inició el debate del proyecto que dio lugar a la expedición de la ley impugnada[187], con la presentación de la iniciativa y de su articulado por el Coordinador Ponente, Senador Édinson Delgado Ruiz[188]. A continuación, se dio apertura al debate con la intervención de siete senadores[189], quienes a pesar de manifestar su apoyo a la iniciativa plantearon interrogantes respecto de la fecha de su entrada en vigencia y de la población objeto de la misma, en especial, a partir del impacto que tendría sobre el concurso de méritos previsto para acceder al servicio notarial, con ocasión de la comunicación enviada por la Superintendencia de Notariado y Registro, en la que se proponía incluir un artículo transitorio para diferir, frente a los notarios, la entrada en vigor de la ley[190].

Con miras a no dilatar el curso de la sesión y con el propósito de analizar los temas ya mencionados, se decidió por la Presidencia del Senado de la República nombrar una subcomisión compuesta por los Senadores "Édinson Delgado Ruiz, Antonio José Correa Jiménez, Antonio José Navarro Wolff, Luis Fernando Velasco Chaves, Honorio Miguel Enríquez Pinedo, Luis Emilio Sierra Grajales y Carlos Fernando Galán Pachón (...) para estudiar las discrepancias surgidas en la discusión y aprobación del Proyecto de Ley número 131 de 2016 Senado, 110 de 2015 Cámara y entregar un informe a la plenaria"[191].

Esta subcomisión tiene como soporte jurídico lo previsto en el artículo 66 de la Ley 5ª de 1992, en la que se autoriza a los Presidentes de cada Cámara para designar comisiones accidentales que cumplan funciones y misiones específicas, que permitan mejorar el desarrollo de la labor legislativa[192]. Como se trata de una instancia extraordinaria y excepcional de actuación, cuyo objeto se circunscribe a las atribuciones de apoyo que le

delegue la Presidencia de cada Corporación, ninguna norma del Texto Superior, ni del Reglamento, imponen que necesariamente deban elaborar informes, y menos aún que ellos deban ser divulgados. De esta manera, la forma como se articula el rol que están llamadas a cumplir, se debe examinar a la luz del tipo de labor que se asigna y del impacto que ella tendría en el curso del iter legislativo.

Particularmente, en el asunto sub-judice, lo que se cuestiona es que se omitió dar a conocer en la plenaria del Senado de la República del día 14 de diciembre de 2016, el contenido del informe que elaboró la subcomisión y en el que existe un pronunciamiento frente a la solicitud que se formuló por la Superintendencia de Notariado y Registro, que -a diferencia de lo señalado por la accionante- lo que solicitaba era diferir la entrada en vigor de la ley respecto de los notarios.

Sobre la base del cuestionamiento que se formula, la Corte debe distinguir entre la publicidad interna y externa del informe. En el primer caso, se trata de identificar si existía el deber de dar lectura a dicho documento en la plenaria del Senado, antes de proceder a la votación de la iniciativa. En el segundo caso, lo que se debe verificar es si se cumplió con el principio de publicidad frente a la sociedad en general, a partir de las obligaciones que se disponen en el Reglamento, y que buscan hacer efectivo el mandato previsto en el artículo 144 de la Constitución, conforme al cual: “Las sesiones de las cámaras y de sus comisiones permanentes serán públicas, con las limitaciones a que haya lugar conforme a su reglamento”.

La respuesta a este último interrogante, a juicio de esta Corporación, emana fácilmente del conjunto de razones expuestas a lo largo de esta providencia, pues lo que se observa es que el informe de la subcomisión sí se dio a conocer a través del medio oficial de comunicación de las actuaciones del Congreso, asegurando con ello que cualquier persona pudiese discernir sobre el asunto debatido y, si es del caso, cuestionar el papel que cumplieron los senadores que fueron designados para estudiar el alcance de las dudas que surgieron en el trámite del proyecto. De esta manera, frente al ámbito externo, se preservó el principio de publicidad de las sesiones del Congreso, toda vez que el informe aparece divulgado en la Gaceta del Congreso No. 305 del 5 de mayo de 2017[193], cumpliendo de esa manera con el ya mencionado artículo 2 de la Ley 1431 de 2011, en la que se obliga a publicar por dicho medio “toda información que tenga que ver con el trámite legislativo”, entendiendo que con ello se da por satisfecho “el requisito de publicidad”.

El asunto se torna complejo en lo que respecta a la publicidad interna, esto es, aquella que está dirigida a racionalizar el ejercicio de las funciones a cargo del Congreso, pues en dicho escenario y en lo que atañe al desenvolvimiento de la función legislativa, el conocimiento del contenido del informe puede estar vinculado con la garantía del debate.

Como principio debe decirse que no existe precepto alguno que imponga el deber de leer el informe que elabore una comisión accidental en la plenaria del Senado. Lo anterior se constata, principalmente, en las normas que rigen el proceso de discusión de la iniciativa en dicha instancia legislativa y que fueron mencionadas en el acápite anterior de esta providencia. Aunado a los preceptos que regulan la conformación del orden del día y de aquellos que fijan el alcance de las labores que dichas comisiones pueden cumplir[194].

Sin ir más lejos nada impide que las funciones asignadas a una comisión accidental sean retomadas directamente por la plenaria o que en desarrollo del encargo realizado dicha comisión no logre alcanzar su cometido. En cualquiera de estos casos, en ninguna circunstancia puede considerarse que se incurrió en un vicio de procedimiento, pues la intervención de ese organismo, cumple un rol estrictamente accesorio y no principal, al tratarse de una instancia de actuación que no resulta obligatoria dentro del trámite legislativo.

A pesar de lo anterior pueden presentarse casos en los cuales el informe de la comisión accidental tenga un impacto directo en la aprobación de la iniciativa, como ocurre cuando en él se incluyen proposiciones que pueden sustituir o modificar el contenido del proyecto puesto a consideración de las comisiones constitucionales o de las plenarios de cualquiera de las dos Cámaras, requiriendo para su aprobación del sometimiento a debate, como se dispone en el artículo 115 de la Ley 5ª de 1992[195].

En este tipo de casos, la proposición que se formule debe ser leída y sometida a votación, como lo dispone el artículo 125 de la Ley 5ª de 1992[196], pues sin el conocimiento previo de lo que allí se dispone, no es posible cumplir con la lógica que subyace en el mandato constitucional que obliga su aprobación en cuatro “debates”[197], para lo cual se exige que el texto haya sido conocido por los miembros de la instancia legislativa que haya procedido a su votación. En este sentido, por ejemplo, se pronunció este Tribunal en la Sentencia C-760 de 2001[198], al declarar la inconstitucionalidad de varios preceptos de la Ley 600 de 2000, que fueron incorporados mediante proposiciones de enmienda aprobadas sin ser leídas en la plenaria de la Cámara de Representantes, en el cuarto debate legislativo.

Puntualmente, al referir al deber de lectura de las proposiciones y a su relación con el principio de publicidad y de agotamiento material del debate, la Corte dijo que:

“[El] objeto sobre el cual recae el debate o discusión es el proyecto o la proposición de fórmula legal que va a adoptarse. Por lo tanto, puede concluirse que, si no existe este objeto, o si el mismo es desconocido de manera general por quienes deben discutirlo, naturalmente no puede haber debate o discusión. El desconocimiento general del proyecto o de la proposición que lo modifica, excluye la posibilidad lógica de su debate, pues equivale a la carencia de objeto de discusión. Contrario sensu el conocimiento del proyecto o de sus proposiciones de enmienda es el presupuesto lógico del debate, en cuanto posibilita la discusión del mismo. Por lo tanto, la votación sobre un texto desconocido no puede convalidar la carencia de debate. (...)

El requisito de publicidad de los proyectos de ley, se cumple respecto del texto del proyecto sometido a aprobación de cada cámara, con su publicación en el órgano oficial de comunicación del legislativo, que es la Gaceta del Congreso, antes de darle curso en la comisión respectiva (C.P. artículo 157). (...) [No obstante, en] (...) cuanto a las proposiciones de enmienda, como las que fueron presentadas por los representantes Rincón y Rueda, para proceder a su aprobación ni la Constitución ni el Reglamento exigen su publicación previa en la referida Gaceta, pero si su lectura íntegra, como perentoriamente lo prescribe el artículo 125 de este último ordenamiento orgánico, que reza así: ‘Artículo 125. Lectura de

la proposición. Cerrada la discusión se dará lectura nuevamente a la proposición que haya de votarse'. (...)

[El] conocimiento que se tenga de un texto sometido a consideración y decisión de los legisladores se obtiene a partir de su lectura (...) la cual es exigida por las normas comentadas. No de otra forma, pues este conocimiento implica cierto grado de aproximación al objeto conocido, suficientemente cercano como para poder apreciar las particularidades de la opción regulativa propuesta, el cual no se da con otro tipo de información, referencia o comentario. (...)

No pueden reputarse conocidos los apartes no leídos agregados a la redacción, aunque esta última si se conociera en su texto original, ni tampoco las modificaciones efectuadas sobre ese texto original, cuando ellas tienen el alcance de cambiar el sentido de la disposición propuesta inicialmente. Esto por cuanto tales modificaciones representan otra variante reguladora parcialmente diferente de la si conocida hasta entonces. De donde la Corte concluye que aquellos apartes normativos aprobados dentro de los artículos del Código de Procedimiento Penal, que representan una novedad o una modificación del contenido respecto del texto publicado en la Gaceta del Congreso No. 540 de 1999, y que alteran su sentido, son inconstitucionales por cuanto no fueron conocidos por los representantes, circunstancia que excluye lógicamente el que sobre los mismo haya habido debate, y que por ende vicia la votación así surtida. (...) En efecto, si los congresistas no sabían el número de proposiciones de enmienda; si no sabían el número de artículos que habían sido objeto de modificación, ¿10, 98, 200 o 300?; si no conocían el contenido de las modificaciones, ¿eran puramente instrumentales o afectaban cuestiones de fondo?; si ni siquiera sabían el alcance general de las modificaciones, se pregunta la Corte ¿cómo puede decirse que estaban adelantando un debate sobre tales proposiciones? Forzoso es concluir que sobre los textos de la ley que provienen de las propuestas de enmienda, no hubo cuarto debate.

Es claro entonces que los mencionados vicios de procedimiento impidieron que respecto de las referidas proposiciones de enmienda se surtiera el cuarto debate, con grave infracción de lo dispuesto en el artículo 157 de la Constitución Política, en la medida en que tal como se ha expresado en esta providencia y en reiterada jurisprudencia de la Corte, los debates a los que alude esa disposición no pueden ser meramente formales o aparentes sino que deben desarrollarse de manera tal que, al menos, exista la posibilidad de que los congresistas conozcan las normas que habrán de aprobar y tengan la oportunidad de pronunciarse en concreto sobre las mismas."

Esta irregularidad se considera un verdadero vicio de procedimiento porque su ocurrencia, como se deriva del aparte jurisprudencial previamente transcrito, claramente compromete principios constitucionales relacionados con el proceso de formación de la voluntad democrática, como lo son el principio de publicidad, que impone que los congresistas conozcan lo que votan; y el principio de transparencia, por virtud del cual el debate se debe realizar sobre textos conocidos, y no sobre propuestas implícitas u ocultas.

Sin embargo, en atención al principio de conservación del derecho, según el cual se deben preservar al máximo las disposiciones emanadas del legislador, por constituir una expresión del principio democrático, la inconstitucionalidad debe limitarse a los apartes no leídos

agregados a la redacción original de la iniciativa, o a las modificaciones efectuadas que se hayan realizado sobre ese texto original, tal como ocurrió en la citada Sentencia C-760 de 2001.

Al verificar lo ocurrido en el asunto bajo examen, se advierte que en la sesión plenaria del Senado de la República del día 14 de diciembre de 2016, en la que se adelantó el cuarto debate de la iniciativa que se convirtió en la Ley 1821 del año en cita, una vez leída la proposición con la que terminaba el informe de ponencia, se otorgó la palabra al Coordinador Ponente, quien reveló que en la subcomisión se habían resuelto las discrepancias surgidas en relación con el proyecto objeto de debate, sin explicar el alcance de lo acordado y sin detallar si ello tendría o no algún impacto respecto de los textos propuestos[199].

En seguida, se procedió a votar la proposición con la que terminaba el informe de ponencia, siendo aprobada mediante votación nominal y pública; luego de lo cual se sometió a consideración el articulado, la omisión de su lectura y el título de la ley, incluyendo “las modificaciones propuestas por la subcomisión del proyecto”[200]. A continuación, se transcribe lo ocurrido en el debate:

“Se abre Segundo Debate

La Presidencia somete a consideración de la plenaria la omisión de la lectura del articulado del proyecto y cierra su discusión.

La Presidencia somete a consideración de la plenaria el articulado en bloque con las modificaciones propuestas por la subcomisión del proyecto y, cerrada su discusión pregunta: ¿Adopta la plenaria el articulado con las modificaciones propuestas?

La Presidencia indica a la Secretaría dar lectura al título del proyecto.

Por Secretaría se da lectura al título del Proyecto de ley número 131 de 2016 Senado, 110 de 2015 Cámara, por medio de la cual se modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas.

Leído este, la Presidencia lo somete a consideración de la plenaria y, cerrada su discusión, pregunta: ¿Aprueban los miembros de la Corporación el título leído?

Cumplidos los trámites constitucionales, legales y reglamentarios, la Presidencia pregunta: ¿Quieren los Senadores presentes que el proyecto de ley aprobado sea ley de la República?

La Presidencia abre la votación de la omisión de la lectura del articulado, el articulado en bloque con las modificaciones propuestas por la subcomisión, título y que sea ley de la República el Proyecto de ley número 131 de 2016 Senado, 110 de 2015 Cámara e indica a la Secretaría abrir el registro electrónico para proceder en forma nominal.

La Presidencia cierra la votación e indica a la Secretaría cerrar el registro electrónico e informar el resultado de la votación.

Por Secretaría se informa el siguiente resultado:

Por el Sí: 56

Por el No: 01

TOTAL: 57 Votos

[Con posterioridad se encuentra la relación de los votos depositados y se concluye con la siguiente afirmación:]

En consecuencia, ha sido aprobado omisión de la lectura del articulado, el articulado en bloque con las modificaciones propuestas por la subcomisión, título y que sea ley de la República el Proyecto de ley número 131 de 2016 Senado, 110 de 2015 Cámara.”[201]

Como se advierte de lo expuesto, en la plenaria del Senado de la República el informe de la comisión accidental incorporó una proposición modificativa del texto propuesto en el informe de ponencia, la cual, como ya se explicó, debió haber sido leída para asegurar su conocimiento por parte de los miembros de la citada cámara, en garantía de los principios constitucionales de publicidad y transparencia que rigen el procedimiento legislativo. Tal obligación –que se dispone en el ya citado artículo 125 de la Ley 5ª de 1992– no fue reemplazada a través de un medio alternativo que les permitiese a los senadores conocer el sentido de las modificaciones propuestas, pues no existe constancia de que el informe haya sido distribuido de manera previa (al punto que la Secretaría General del Senado informó a la Corte que no encontró registro alguno de la labor de la subcomisión[202]), así como tampoco se aprecia que, con ocasión del debate, se haya explicado la opción regulatoria que se traía a consideración de la plenaria.

En este orden de ideas, la inclusión en el texto del proyecto de ley de una proposición modificativa que no fue leída, ni conocida por los asistentes a la sesión de la plenaria del Senado, constituye un vicio de procedimiento, que daría lugar a la expulsión del ordenamiento jurídico, como ya se explicó, de los apartes que no fueron conocidos y que se agregaron a la redacción original de la iniciativa.

Al verificar tal situación, se observa que en el informe de la subcomisión se resolvió la controversia planteada respecto de los concursos, señalando que no existe un derecho adquirido para los integrantes de las listas de elegibles al nombramiento en un cargo hasta tanto que no se consoliden todos supuestos de los cuales depende su disponibilidad[203], y aclarando que todas las modificaciones planteadas en la iniciativa se aplicarán hacia el futuro, esto es, a partir de la entrada en vigencia de la ley, de acuerdo con lo señalado en el artículo 4 del proyecto, que corresponde a la misma disposición actualmente vigente[204].

El punto novedoso y que da origen a la única proposición modificativa que se advierte en el informe, se encuentra en que se decidió resaltar que la ley no tiene efectos retroactivos[205], para lo cual se propuso adicionar al artículo 2 del proyecto de ley, el aparte normativo que a continuación se resalta:

“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, salvo quienes a tal momento ya hubieran cumplido 65 años de edad, 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.”[206]

Siguiendo lo anteriormente expuesto en esta providencia, no cabe duda de que la disposición que estaría afectada en su constitucionalidad, es la expresión “salvo quienes a tal momento ya hubieran cumplido 65 años de edad”, sin que tal consecuencia pueda extenderse al resto del artículo del que hace parte, ya que el mismo fue objeto de conocimiento en el texto propuesto en el informe de ponencia[207]. No obstante, en relación con la citada irregularidad se presenta el fenómeno de la carencia de objeto[208], pues tal precepto nunca fue aprobado por el Congreso para convertirse en ley, ya que fue retirado de la iniciativa en la instancia de conciliación, como se aprecia en la Gaceta No. 1142 de 2016.

Por lo anterior, la Sala Plena de la Corte concluye que este cargo no está llamado a prosperar y, en tal sentido, procederá con el análisis de los dos siguientes vicios planteados frente al principio de publicidad, cuyo análisis se agrupará en un único acápite por tener unidad temática.

4.4.4.4. Irregularidades vinculadas con el trámite de conciliación

En la demanda D-11938, la accionante cuestiona que el informe de conciliación se publicó con anterioridad a la aprobación de la iniciativa en el último debate en la plenaria del Senado de la República, con lo cual se concertó un texto por fuera del reglamento y sin conocer la versión final de lo aprobado. Por lo demás, con violación de la Ley 5ª de 1992, se divulgó un segundo informe de conciliación, variando el texto de lo propuesto, pues mientras en el primer documento se determinó que la ley no se aplicaría a quienes al momento de su entrada en vigencia ya hubieran cumplido 65 años, en el instrumento de reemplazo se excluyó dicho mandato con el fin de otorgarle a la ley un efecto retroactivo.

Frente a los cargos propuestos, la Corte encuentra que el procedimiento que se surtió por el Congreso fue el siguiente: (a) el día miércoles 14 de diciembre de 2016, según consta en el Acta No. 48, publicada en la Gaceta del Congreso No. 305 de 2017, se aprobó la iniciativa en el cuarto debate en la plenaria del Senado de la República; (b) como existían divergencias entre los textos adoptados por cada Cámara, el trámite legislativo imponía la necesidad de recurrir a una instancia de conciliación, a través de la designación de una comisión bicameral encargada de proponer un texto unificado a las plenarias, en los términos previstos en el artículo 161 de la Constitución[209].

El funcionamiento de las comisiones de conciliación se encuentra regulado en la citada disposición y en los artículos 186 a 189 de la Ley 5ª de 1992, (i) en donde se establece que su integración corresponde a los presidentes de las cámaras[210], (ii) a través de la designación de un mismo número de senadores y representantes, (iii) que podrá incluir a

los miembros de las respectivas comisiones permanentes que participaron en la discusión del proyecto, así como a sus autores y ponentes, y a quienes hayan formulado reparos, observaciones o propuestas en las plenarias[211].

El informe de conciliación deberá elaborarse (iv) en el término que se fije para el efecto[212], (v) siendo necesario que los miembros designados se reúnan conjuntamente, “procurando conciliar los textos, y en caso de no ser posible, definir por mayoría”[213]. Una vez lograda la unificación del proyecto, (vi) éste deberá ser sometido a discusión y aprobación de las respectivas plenarias, (vii) “previa publicación de por lo menos un día de anticipación”[214]. Si, agotado el debate, (viii) persisten las diferencias sobre la iniciativa, ésta se considerará negada “en los artículos o disposiciones materia de discrepancia, siempre que no fueren fundamentales al sentido de la nueva ley”[215].

De lo expuesto se infiere que la razón de ser de las comisiones de conciliación es superar las discrepancias que se hayan suscitado respecto de un proyecto, para cual se ha entendido que el límite material de su competencia se deriva de lo previsto en el artículo 158 de la Constitución, por virtud del cual se exige que toda iniciativa deberá referirse a una misma temática y que serán “inadmisibles las disposiciones o modificaciones que no se relacionen con ella”[216].

Respecto del caso concreto, al verificar lo ocurrido en sede de conciliación, tal como lo afirma la accionante, se observan que fueron radicados dos informes. El primero el 14 de diciembre de 2016, esto es, el mismo día en que se aprobó la iniciativa en el cuarto debate en la plenaria del Senado[217]; mientras que, el segundo, consta que fue presentado al día siguiente, en números, el 15 de diciembre de 2016[218].

Al confrontar ambos informes de conciliación, se encuentra que únicamente son distintos en su contenido, en lo referente a la expresión que había sido incluida en el artículo 2, como consecuencia del informe de la subcomisión en la plenaria del Senado. En efecto, mientras en el primer informe se preservaba dicho texto, en el segundo se procedió a su exclusión. Más allá de lo anterior, y se insiste en ello, el resto de los textos propuestos guardaba plena identidad.

Ahora bien, como se advierte en las motivaciones del segundo informe, su presentación se hizo para sustituir el primer texto que había sido radicado, por lo que, en la práctica, dicho documento perdió toda eficacia dentro del trámite legislativo.

Así las cosas, la Sala Plena estima que resulta irrelevante entrar a examinar si la presentación del primer informe podía o no coincidir en el tiempo con la aprobación de la iniciativa en la plenaria del Senado, pues aun cuando ello pudiese llegar a ser considerado como un vicio de procedimiento, el mismo tendría que entenderse como convalidado con la corrección formal realizada, a partir de la radicación y publicación del segundo informe de conciliación en un día distinto. En efecto, al haberse producido la sustitución en el documento que sirvió de soporte para la discusión en las plenarias, cualquier vicio que pudiese estar contenido en el primer informe no tuvo ninguna influencia en el proceso de formación de la voluntad del legislativo, de suerte que, si existió alguna irregularidad, la misma fue saneada.

El punto que admitiría discusión, es el referente a si cabe que la comisión de conciliación haya sustituido el primer informe y, por lo mismo, haya radicado uno nuevo. Para comenzar, se advierte por la Corte que no existe prohibición constitucional o reglamentaria que impida tal proceder, por el contrario, si la competencia de dicho organismo se vincula con la necesidad de resolver controversias y presentar un texto unificado, es posible que se produzcan los ajustes que se estimen pertinentes, en términos de corrección formal del procedimiento, hasta que las plenarias asuman el estudio del tema en los respectivos debates.

Ante todo, debe tenerse en cuenta que el trámite de las leyes se guía por el principio democrático y se caracteriza por su naturaleza dinámica, lo cual significa que las distintas herramientas de procedimiento deben ser entendidas y aplicadas en un sentido que tienda a favorecer la generación de consensos y que, al mismo tiempo, asegure el respeto por la voluntad democrática expresada por ambas cámaras. Para lograr tal cometido, en el caso de la instancia de conciliación, no cabe referir a un límite distinto que el derivado del conocimiento del asunto por las plenarias, pues una lectura contraria podría llevar a que pese que la comisión detecta deficiencias de trámite o que se radica un acuerdo contrario a la unidad temática de la iniciativa, dicha instancia estaría inhabilitada para corregir tales deficiencias, postura que no solo desnaturalizaría el fin que subyace en la función legislativa (crear, derogar y reformar leyes), sino que también resultaría contraria a importantes principios que rigen la labor de producción normativa, como lo son el principio de corrección del trámite y el principio de instrumentalidad de las formas.

Lo anterior se refuerza, al constatar que el rol que cumple la comisión de conciliación no es el de adoptar decisiones definitivas, ya que tal competencia está reservada para las plenarias, sino que su encargo consiste en presentar un texto de acuerdo bicameral. En la medida en que el informe representa tan sólo un proyecto que será sometido a votación, cabe entender que el límite de actuación de dicho organismo se conserva hasta tanto las plenarias asuman el conocimiento del asunto, pues es allí, cuando, formalmente, se habilita la etapa de discusión en una nueva instancia de actuación legislativa.

Por las razones expuestas, no advierte este Tribunal que los vicios alegados por la accionante estén llamados a prosperar, sin que necesario entrar a valorar el alcance del texto votado en las plenarias, pues en ningún momento se cuestiona que haya existido un desbordamiento en la unidad temática de la iniciativa. Por lo demás, lo que se aprecia es que se suprimió la expresión que había sido incorporada por el informe de la subcomisión en la plenaria del Senado, la cual, en términos sustanciales, no perjudica el efecto general e inmediato de la ley consagrado en el artículo 4, que excluye, por obvias razones, la posibilidad de ser aplicada de forma retroactiva, como lo reconoció recientemente el Consejo de Estado, al pronunciarse sobre la materia[219]. Lo anterior, descarta la lectura que, en este punto, propone la accionante, al momento de formular el cargo.

4.5. Examen del segundo cargo relacionado con el supuesto desconocimiento de las reglas de convocatoria a sesiones extraordinarias

4.5.1. Resumen de la controversia y problema jurídico

4.5.1.1. El segundo cargo que se formula se planteó en la demanda D-11940, en general se

afirma que la inobservancia de las reglas que establecen la forma como se debe realizar la convocatoria a sesiones extraordinarias configura un vicio de inconstitucionalidad insubsanable, en virtud de lo previsto en el artículo 149 del Texto Superior[220]. En desarrollo de lo anterior, se considera que la posibilidad de que el Congreso de la República le dé trámite a una iniciativa en extras supone la preexistencia de un decreto presidencial, cuya publicación en el Diario Oficial debe darse con anterioridad al momento en que vena la legislatura, “no después”[221].

Sobre la base de lo expuesto, se plantea que se incurrió en un vicio de procedimiento, pues el decreto que habilitó la convocatoria a extras para la aprobación del informe de conciliación del proyecto que dio origen a la Ley 1821 de 2016, se expidió por fuera del término constitucional habilitado para el efecto. Precisamente, en el asunto bajo examen, se señala que el Presidente profirió un primer decreto el día 7 de diciembre de 2016, con el fin de que el Congreso sesionará entre los días 17 a 23 del mes y año en cita, en el trámite de dos iniciativas: (a) la reforma tributaria (PL 178 de 2016 Cámara, 163 de 2016 Senado) y (b) la adopción de medidas contra la pesca ilegal (PL 162 de 2016 Senado, 117 de 2015 Cámara)[222]. Con todo, después del 16 de diciembre de 2016, el Gobierno, “sin ofrecer justificación racional alguna”[223], emitió un segundo decreto de convocatoria, mediante el cual adicionó un tercer proyecto, esto es, aquél que modifica la edad de retiro forzoso de 65 a 70 años.

Para el actor, “no puede ser que, fenecido ya el período ordinario, venga a revivir, sin más, el miércoles 21 de la semana siguiente, justo dos días antes de que culminaran las sesiones extras”[224], un proyecto de ley cuya discusión ya se había aplazado para el siguiente período ordinario, tal comportamiento, además de ser “antiético”[225], es contrario a la Constitución, pues el llamamiento a extras no puede realizarse cuándo se quiera y para el trámite de proyectos que al Gobierno simplemente “le plazcan”[226].

Por lo demás, a juicio del actor, tal estrategia dirigida a “resucitar un trámite suspendido viola el principio de publicidad en el trámite de los proyectos de ley”[227], para lo cual cita varios apartes de la Sentencia C-685 de 2011[228], que, en sus propias palabras, refieren a “la consulta de las fechas de publicidad real del decreto que convoca a extras, y la realización de discusiones en el Congreso”[229].

Para la mayoría de los intervinientes[230], el cargo propuesto no está llamado a prosperar, por cuanto (a) no existe extemporaneidad en la convocatoria, pues tanto la expedición del decreto como su publicación se dieron con antelación al trámite de discusión y aprobación de los informes de conciliación en cada una de las cámaras. Además, (b) el artículo 138 de la Constitución no le impide al Presidente de la República modificar, agregar o adicionar el repertorio de proyectos que se pueden incluir en un llamamiento a extras, actuación que puede ocurrir estando el Congreso en receso, como se sostuvo por la Corte en la Sentencia C-141 de 2010[231]. Por último, (c) no es procedente establecer restricciones temporales al ejercicio de la función de convocar a sesiones extraordinarias, cuando la norma constitucional no fija ninguna limitación al respecto, ya que una decisión en tal sentido le restaría autonomía a una competencia discrecional del Gobierno Nacional.

A diferencia de lo expuesto, el ciudadano Luis Alfonso Leal Núñez da a entender que debe

declararse la inexecutable de la Ley 1821 de 2016, ya que no se convocó al Congreso a sesiones extraordinarias para discutir el proyecto que dio origen a la citada iniciativa, con anterioridad a la culminación del período ordinario de funcionamiento del órgano legislativo, incurriendo en una vulneración de los artículos 138 y 149 de la Carta Política.

Por su parte, la Vista Fiscal resalta que en la citada Sentencia C-141 de 2010, la Corte dejó absolutamente claro que la convocatoria a extras podría realizarse antes o después de que el Congreso se encontrara en receso, pues no existe una limitación constitucional sobre el particular. Así las cosas, afirma que “si el Presidente tiene competencia para convocar a sesiones extraordinarias en cualquier momento, resulta claro que también puede adicionar en cualquier tiempo los decretos expedidos con dicho fin, ya sea en su dimensión temporal o temática”[232]. Por lo demás, el decreto de convocatoria se divulgó en debida forma, asegurando su conocimiento por parte de ambas plenarios, antes de la celebración de la sesión de aprobación del informe de conciliación.

4.5.1.2. De acuerdo con los argumentos expuestos en la demanda, en las distintas intervenciones y teniendo en cuenta el concepto de la Vista Fiscal, le corresponde a la Corte establecer, si se incurrió en un vicio de procedimiento que conduzca a la declaratoria de inexecutable de la Ley 1821 de 2016, por cuanto, en criterio del actor, al haber fenecido el período ordinario de actuación del Congreso, no cabía ampliar la convocatoria a sesiones extraordinarias con la inclusión del proyecto que dio origen a la ley impugnada, pues tal proceder se realizó por fuera del término constitucional previsto para el efecto, al haber tenido ocurrencia el día 21 de diciembre de 2016. Adicionalmente, cabe examinar si tal decisión, como lo sugiere el demandante, resucitó un “trámite suspendido” en desconocimiento del principio de publicidad, al estimar que la deliberación de la iniciativa, como consecuencia de no haber sido incluida en el primer llamamiento a extras del 7 de diciembre de 2016, se entendía como aplazada para el siguiente período ordinario.

Para solucionar los problemas jurídicos planteados, este Tribunal se pronunciará sobre las reglas y la forma en que opera la convocatoria a sesiones extraordinarias, luego de lo cual se procederá a resolver el caso concreto.

4.5.2. De la convocatoria a sesiones extraordinarias

La convocatoria a sesiones extraordinarias se rige por lo previsto en los artículos 138 de la Constitución y 85 de la Ley 5ª de 1992. En el primero de los artículos en mención, se advierte que la posibilidad de sesionar de forma extraordinaria se somete a la previa convocatoria del Gobierno Nacional, por el tiempo que éste señale y con la carga de ocuparse exclusivamente de los asuntos por él fijados, sin perjuicio de la función de control político que puede ejercerse en cualquier tiempo[233]. Por su parte, en el artículo 85 del Reglamento del Congreso, al referirse a las distintas clases de sesiones, se define a las extraordinarias como aquellas que son “convocadas por el Presidente de la República, estando en receso constitucional el Congreso y para el ejercicio de atribuciones limitadas”.

En términos de la jurisprudencia constitucional[234], la convocatoria a sesiones extraordinarias se sujeta a las siguientes reglas que se derivan de lo previsto en las normas en cita: (i) Toda reunión en sesiones extraordinarias es válida siempre que medie una

convocatoria del Gobierno Nacional; (ii) dicho acto debe precisar el término de duración de las sesiones; (iii) para que las mismas puedan llevarse a cabo es indispensable que el Congreso se encuentre en receso por la culminación de los períodos ordinarios; y (iv) los asuntos a tratar se limitan a aquellos dispuestos por el Gobierno, con excepción de la función de control político que puede ejercerse en todo tiempo.

A continuación, se realizará una descripción de los supuestos jurídicos que integran cada uno de dichos requisitos.

(i) Toda reunión en sesiones extraordinarias es válida siempre que medie una convocatoria del Gobierno Nacional

El artículo 138 del Texto Superior clasifica a las sesiones en ordinarias y extraordinarias. Las primeras tienen lugar por derecho propio, es decir, no dependen de la convocatoria o citación por parte del Gobierno, ni de ningún otro órgano y ni siquiera exigen la presencia del Presidente de la República en su instalación para que puedan llevarse a cabo válidamente (CP art. 139)[235]. Tales sesiones se extienden durante dos períodos por año, que van del 20 de julio al 16 de diciembre, y del 16 de marzo al 20 de junio. Durante dicho tiempo, el Congreso puede ejercer a plenitud la totalidad de sus atribuciones constitucionales, es decir, la función constituyente, legislativa, electoral o de control público[236].

Las sesiones extraordinarias se efectúan, en cambio, no por derecho propio, con excepción de la función de control político de la cual es titular el Congreso en todo tiempo (CP art. 138), sino por la convocatoria que respecto de ellas se haga, y, en tal evento, las cámaras únicamente pueden ocuparse del estudio y decisión de los asuntos que el Gobierno Nacional señale en el acto en el que se formalice la citación.

En este orden de ideas, al habilitar el ejercicio de unas funciones por fuera del orden natural o común en el que el Congreso está llamado a sesionar, se exige el cumplimiento de dos requisitos de forma relacionados con los principios de legalidad, transparencia y publicidad.

Así, en primer lugar, la convocatoria se debe plasmar en un decreto[237], en cuya suscripción debe concurrir el Gobierno Nacional, conforme lo dispone el artículo 138[238] y lo ratifica el artículo 200 de la Constitución[239], el cual se configura, para el caso concreto de la convocatoria a sesiones extraordinarias, con la firma del Presidente de la República (o de quien haga sus veces) y del Ministro del Interior[240]. En segundo lugar, como se deriva de lo previsto en los artículos 65 del CPACA[241] y 119 de la Ley 489 de 1998[242], y ha sido advertido por la jurisprudencia constitucional[243], el decreto de convocatoria se debe publicar en el Diario Oficial, momento a partir del cual entra en vigor y resulta exigible a los congresistas. Mientras tal formalidad no se cumpla la citación no produce ningún efecto jurídico, y los actos que se produzcan serán inválidos, al tenor de lo dispuesto en el artículo 149 de la Constitución[244].

(ii) El acto de convocatoria debe precisar el término de duración de las sesiones extraordinarias

En la medida en que se habilita el ejercicio de unas funciones por fuera del periodo natural en el que el Congreso está llamado a sesionar, el artículo 138 de la Constitución le impone al Gobierno Nacional la obligación de establecer el tiempo durante el cual se podrá sesionar de forma extraordinaria. Se trata de una exigencia que permite realizar los principios constitucionales de publicidad y transparencia que rigen la función pública (CP art. 209), toda vez que le otorga a los ciudadanos el conocimiento de los asuntos o materias que serán objeto de debate, con miras a facilitar las expresiones de participación y de control a la labor legislativa.

(iii) Las sesiones extraordinarias solo tienen cabida cuando el Congreso se halla en receso por la culminación de los períodos ordinarios

En la Sentencia C-141 de 2010[245], se puntualizó por la Corte que la expresión “estando en receso constitucional el Congreso”, prevista en el artículo 85 de la Ley 5ª de 1992, implica que la convocatoria a sesiones extraordinarias puede realizarse en cualquier momento, incluso durante el período de sesiones ordinarias, siempre que su desenvolvimiento ocurra cuando hayan finiquitado los plazos que integran la legislatura (CP art. 138). En este orden de ideas, se estableció que “la exigencia de realizarse por fuera del tiempo de sesiones extraordinarias no se predica del momento en que se convocan, sino del momento para el cual se convocan, dando mejores y mayores posibilidades de planeación de la agenda legislativa por parte del Gobierno y de lograr acuerdos para su realización con los miembros del Congreso”[246], cuando éstos se encuentran en desarrollo de su labor legislativa.

Cabe destacar que, en la providencia en cita, esta Corporación abordó el problema referente a si era posible que la convocatoria se realizara durante el período ordinario de sesiones, pues, en criterio del accionante, ella sólo podría llevarse a cabo “estando en receso constitucional el Congreso”, a partir de una lectura literal de lo previsto en el artículo 85 de la Ley 5ª de 1992.

Al contrario de lo sugerido por el actor en dicha ocasión, y como ya se manifestó, el acto de convocatoria puede tener lugar en cualquier momento, antes o después de que venzan los tiempos que integran cada uno de los períodos ordinarios que hacen parte de la legislatura, pues la validez de la actuación no depende de la fecha en que se realiza el llamamiento, sino de la circunstancia de que la gestión a la cual se convoca al legislativo, inicie y se desenvuelva durante el período de receso del Congreso. Expresamente, la Corte dijo que:

“El punto conflictivo en la regulación del Reglamento del Congreso radica en determinar el momento en que las mismas pueden ser convocadas por el Gobierno. Algunos de los intervinientes sostienen que la convocatoria, al igual que la reunión, sólo puede hacerse cuando el Congreso se encuentre en receso. Una segunda interpretación defiende que la exigencia del reglamento se hace respecto del momento de reunión del Congreso y no del momento en que se expide el decreto por medio del cual se convocan dichas sesiones.

Siendo este el escenario de análisis, la Corte debe optar por la interpretación que sea más respetuosa del ordenamiento jurídico y de los principios constitucionales que guían el actuar parlamentario. En esa medida se preferirá aquella que entiende que el llamado a sesiones extraordinarias puede hacerse en cualquier momento, es decir, incluso durante el período

de sesiones ordinarias del Congreso; lógicamente, también podrá hacerse su convocatoria cuando el Congreso se encuentre en receso.

(...) Siendo ésta la interpretación que acoge la Corte Constitucional, se encuentra que no se incurrió en vicio procedimental alguno por haber citado a sesiones extraordinarias cuando el Congreso aún estaba sesionando de manera ordinaria.”[247]

(iv) Los asuntos a tratar en las sesiones extraordinarias se limitan a aquellos dispuestos por el Gobierno Nacional, con excepción de la función de control político que puede ejercerse en todo tiempo

Como las sesiones extraordinarias no implican una habilitación general al Congreso para ejercer todo tipo de funciones, sino solo aquellas dispuestas en el acto de convocatoria, se exige de precisión en su formulación por parte del Gobierno. Esto significa que, en tratándose de la función legislativa, la agenda a tratar por el legislador debe ser limitada por el ejecutivo, sin que resulte válido acudir a fórmulas vagas o imprecisas que impidan tener certeza sobre los temas que serán objeto de análisis y aprobación.

Esta limitación se explica por tres razones. Un argumento de carácter lógico, por virtud del cual no cabe que en sesiones extraordinarias se autorice el ejercicio de la potestad de configuración normativa a través de una habilitación abierta e indefinida de acción, en la que se discuta y gestione todo tipo de asuntos, sin consideración al ámbito restringido de actuación que se autoriza por fuera de los períodos que integran las sesiones ordinarias (Ley 5ª de 1992, art. 85). Un argumento de carácter formal, que se explica por la consideración trazada en la Constitución (CP art. 138), en la que se permite en todo tiempo el ejercicio de la función de control político, permitiendo el desenvolvimiento del resto de atribuciones del Congreso a los asuntos que sean sometidos a su consideración por el Gobierno, requiriendo para el efecto de un señalamiento claro y explícito de las materias que guiaran la labor congresional. Y, finalmente, un argumento de carácter sistemático, en el que se entiende que la posibilidad de realizar los principios de publicidad y transparencia que orientan el proceso legislativo, vinculados con el dominio público y el control ciudadano a la producción normativa, exigen una clara limitación de los asuntos que se tramitaran de forma extraordinaria y que dan soporte al desarrollo de una atribución de carácter excepcional.

La forma de precisar o limitar las atribuciones del Congreso, en lo que atañe a labor de producción normativa, se expresa de distintas maneras, sin que quepa exigir la observancia de una fórmula sacramental, la que, por lo demás, no se prevé ni en la Constitución ni en la ley. Por tradición, se suele mencionar de forma clara y expresa los proyectos a discutir, haciendo uso de su número de radicación, año y título que identifica a cada iniciativa. Con todo, la precisión que se exige también se puede obtener a través de otras fórmulas, como lo es la referencia temática a una materia específica de regulación, susceptible de identificación y de planeación legislativa, así como de control ciudadano, que excluya una apertura abierta e indefinida de acción.

De este modo, es claro que la validez de la convocatoria a sesiones extraordinarias se sujeta al cumplimiento de los cuatro requisitos que se derivan de los artículos 138 de la Constitución y 85 de la Ley 5ª de 1992, los cuales, se explican a partir de los principios de

legalidad, transparencia y publicidad, garantizando que la actuación del Congreso se lleve a cabo en los tiempos y con las restricciones materiales que preserven el carácter excepcional con el que debe operar el desenvolvimiento de la función legislativa en períodos de receso.

4.5.3. Caso concreto

En el asunto bajo examen, el legislativo fue convocado a sesiones extraordinarias desde el 17 hasta el 23 de diciembre de 2016, tal como consta en el Decreto 1994 del día 7 del mes y año en cita[248]. Dicho acto fue suscrito por el Gobierno Nacional representado por el Presidente de la República, Juan Manuel Santos Calderón, y por el Ministro del Interior, Juan Fernando Cristo Bustos[249]. Por lo demás, el decreto de convocatoria fue debidamente publicado en el Diario Oficial No. 50.080, según se constata en el registro público que, sobre el particular, conserva la Imprenta Nacional[250].

El alcance de la convocatoria se previó en el artículo 2 del decreto en cita, en los siguientes términos:

“Artículo 2. Durante el período de sesiones extraordinarias señalado en el artículo anterior, el Honorable Congreso de la República se ocupará de culminar el trámite legislativo de los siguientes proyectos:

Proyecto de Ley No. 178 de 2016 Cámara - No. 163 de 2016 Senado, “por medio de la cual se adopta una reforma tributaria estructural, se fortalecen los mecanismos para la lucha contra la evasión y la elusión fiscal, y se dictan otras disposiciones”.

Proyecto de Ley No. 162 de 2016 Senado - No. 117 de 2015 Cámara, “por medio de la cual se establecen medidas en contra de la pesca ilegal y el delito de ilícita actividad de pesca en el territorio colombiano”[251].

Como se observa, se trató de una habilitación clara y concreta de acción, en primer lugar, porque circunscribió la labor de producción normativa a dos específicos proyecto de ley que se encontraban pendientes de culminación del trámite legislativo; y, en segundo lugar, porque dicho llamamiento supuso la plena identificación de las iniciativas, no sólo para el conocimiento de los congresistas, sino también para efectos del control ciudadano. Precisamente, en términos de los artículos 65 del CPACA y 119 de la Ley 489 de 1998[252], con la publicación en el Diario Oficial se cumplió con las formalidades de divulgación del acto, con miras a lograr su plena oponibilidad jurídica.

Ahora bien, este acto administrativo fue modificado a través del Decreto 2087 del 21 de diciembre de 2016[253], en el que se adicionó dentro de la convocatoria ya realizada, el Proyecto de Ley No. 131 de 2016 Senado, 110 de 2015 Cámara, “por medio de la cual se modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas”. Para mayor claridad, el contenido del decreto dispone lo siguiente:

“(…) mediante Decreto No. 1994 del 7 de diciembre de 2016 se convocó al Honorable Congreso de la República a sesiones extraordinarias desde el día 17 de diciembre hasta el día 23 de diciembre de 2016 para tramitar los proyectos de ley 178 de 2016 C - 163 de

2016 S 'por medio de la cual se adopta una reforma tributaria estructural, se fortalecen los mecanismos para la lucha contra la evasión y la elusión fiscal y se dictan otras disposiciones' y 162 de 2016 S - 117 de 2015 C 'por medio de la cual se establecen medidas en contra de la pesca ilegal y el delito de ilícita actividad de pesca en el territorio colombiano.'

Que se hace necesario convocar al Congreso de la República a sesiones extraordinarias para que culmine el trámite legislativo del Proyecto de Ley 131 de 2016 S - 110 de 2015 Cámara 'por medio de la cual se modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas', dado que no obstante haber surtido los 4 debates exigidos por la Constitución y la ley, a la fecha está pendiente la aprobación del informe de conciliación del citado proyecto de ley por las plenarias del Senado de la República y la Cámara de Representantes.

Que de acuerdo con lo expuesto,

DECRETA

Artículo 1. Modificar el artículo 2 del Decreto 1994 del 7 de diciembre de 2016, el cual quedará así:

'Artículo 2. Durante el período de sesiones extraordinarias señalado en el artículo anterior, el Honorable Congreso de la República se ocupará de culminar el trámite legislativo de los siguientes proyectos:

- Proyecto de Ley 178 de 2016 C - 163 de 2016 S, 'por medio de la cual se adopta una reforma tributaria estructural, se fortalecen los mecanismos para la lucha contra la evasión y la elusión fiscal, y se dictan otras disposiciones'

- Proyecto de Ley 162 de 2016 S - 117 de 2015 C, 'por medio de la cual se establecen medidas en contra de la pesca ilegal y el delito de ilícita actividad de pesca en el territorio colombiano'.

Artículo 2. Vigencia. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación"[254].

En ejercicio de la actividad probatoria a cargo de esta Corporación, en primer lugar, se preguntó al Gobierno Nacional, a través de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, cuáles fueron los motivos que llevaron a la expedición del Decreto 2087 de 2016 y, en segundo lugar, se pidió a la Imprenta Nacional certificar la fecha y hora en que fue recibido ese acto administrativo para su publicación en el Diario Oficial, y el momento en el que finalmente tuvo lugar dicha actuación.

En oficio del 6 de marzo de 2017, el Secretario Jurídico (E) de la Presidencia de la República manifestó que, en ejercicio de la facultad discrecional prevista en el artículo 138 de la Constitución, el Gobierno consideró conveniente dar impulso al trámite del proyecto por razones de interés público, ya que no sólo actualiza la edad de retiro a las condiciones actuales de vida de los colombianos, sino que además brinda un importante alivio al sistema pensional, con el aumento de cotizaciones por varios años más[255]. Por su parte, el Subgerente de Producción de la Imprenta Nacional señaló que el Decreto 2087 de 2016

fue recibido el día 21 de diciembre de 2016 a las 4:15 pm, siendo publicado en el Diario Oficial No. 50.094 de esa misma fecha[256].

Con base en la convocatoria realizada, y según se puso de presente en el acápite 4.3 de esta providencia, el trámite de la iniciativa concluyó el 22 de diciembre de 2016, con la aprobación en las plenarios de ambas Cámaras del informe de conciliación publicado en la Gaceta No. 1142 del día 15 del mes y año en cita. En el Senado, una vez verificado el quórum decisorio y previa lectura del Decreto 2087 de 2016[257], en el intermedio de la discusión sobre la reforma tributaria, se decidió suspender dicho asunto, para votar esta iniciativa, para lo cual se dio lectura a la proposición con la que terminaba el informe, siendo aprobada con el voto favorable de 62 congresistas y ninguno en contra[258], como consta en la Gaceta No. 882 del 26 de septiembre de 2017. Por su parte, en la Cámara, se observa que el asunto fue sometido a consideración al inicio de la sesión, previa lectura igualmente del decreto de convocatoria[259], siendo votado el informe mediante votación ordinaria, con un resultado unánime de aprobación[260], tal como se advierte en la Gaceta No. 124 del 7 de marzo de 2017.

Del conjunto de elementos expuestos, la Corte advierte que la convocatoria a sesiones extraordinarias se realizó de forma correcta y con sujeción a los requisitos que ha desarrollado la jurisprudencia constitucional. En efecto, el llamamiento se hizo por la autoridad competente mediante Decreto 1194 del 7 de diciembre de 2016 publicado en el Diario Oficial No. 50.080, en el cual se precisó el término duración de las sesiones (esto es, los días 17 a 23 del mes y año en cita) y en el que se estableció de manera clara los proyectos que serían objeto de conocimiento, preservando su carácter excepcional.

Por lo demás, la convocatoria tuvo lugar antes de que culminara el primer período ordinario de sesiones de la legislatura que va del 20 de julio al 16 de diciembre, sobre la base de que la actuación del Congreso tan sólo se haría efectiva cuando éste se encontrara en receso, por lo que no se aprecia irregularidad alguna, al tratarse de un llamamiento que cumplió con las exigencias temporales explicadas en la citada Sentencia C-141 de 2010[261], conforme a las cuales: “el llamado a sesiones extraordinarias puede hacerse en cualquier momento, (...) incluso durante el período de sesiones ordinarias del Congreso”.

El interrogante que suscita el caso bajo examen, no se concreta entonces en determinar si es posible realizar una convocatoria a extras, una vez vencido el período de sesiones ordinarias, pues tal circunstancia, además de no haber tenido ocurrencia en el sub-judice, tampoco suscita reparo alguno, por cuanto, como ya se dijo, la validez de esta actuación no depende de la fecha en que se realiza el llamamiento, sino de la circunstancia de que la gestión a la cual se haya convocado al legislativo, se torne efectiva durante el período de receso del Congreso, tal como ocurrió en este caso, al señalar que su labor daría inicio desde el 17 hasta el 23 de diciembre de 2016.

El tema que aquí se somete a discusión es distinto, pues sobre la base de una convocatoria ya existente, lo que ocurrió fue que se ampliaron los asuntos a tratar en las sesiones extraordinarias, toda vez que frente al llamamiento inicial para culminar el trámite de dos proyectos de ley (la reforma tributaria estructural y las medidas en contra de la pesca ilegal), se añadió, mediante un nuevo acto administrativo, una tercera iniciativa, que

corresponde a aquella que dio origen a la ley impugnada. Tal actuación se realizó por fuera del período ordinario de sesiones, mediante Decreto 2087 del 21 de diciembre de 2016, publicado en el Diario Oficial No. 50.094.

Desde esta perspectiva, no se está frente a una controversia sobre si es posible o no convocar a sesiones extras una vez vencido el período de las ordinarias, sino frente a una problemática distinta, relativa a que, si es viable adicionar asuntos de los que puede conocer el Congreso y la oportunidad para hacerlo, cuando ya existe un llamamiento previo realizado conforme a lo dispuesto en la Constitución y la ley.

A juicio de esta Corporación, no se observa prohibición ni en el Texto Superior, ni en el Reglamento del Congreso, que le impida al Presidente de la República, en su condición de Jefe de Gobierno, adicionar las materias que son objeto de discusión en sesiones extraordinarias y que pudieron ser delimitadas inicialmente al momento de formularse la convocatoria. Por el contrario, la realización del principio democrático, en este caso, vinculado con el acto de creación normativa, justifica la existencia de tal competencia, cuando lo que se busca es culminar un proceso legislativo, respecto del cual existe un interés abstracto de aprobación, que se materializa en lograr la eficacia de la labor legislativa y con ello obtener los fines que explican la expedición de cada ley.

En cualquier caso, más allá de la forma, el cumplimiento de la agenda debe suponer la actuación del Congreso durante la etapa de receso de los períodos ordinarios, como lo exige el artículo 138 de la Constitución; y sin que, una vez autorizada y ejercida la función legislativa, pueda el Gobierno Nacional revocar la convocatoria realizada para impedir la libre expresión de la regla de la mayoría.

En este sentido, el llamamiento actúa como una instancia de impulso que implica que el legislativo sólo puede actuar en sesiones extraordinarias, cuando el Gobierno Nacional así lo dispone y respecto de las materias que por él se fijen; pero, una vez satisfecho este requisito, el Congreso tiene plena competencia para deliberar y adoptar la decisión que estime pertinente, con sujeción a los principios de independencia y autonomía constitucional (CP art. 113), por lo que cualquier limitante que se imponga a la libre formación de la voluntad legislativa, o que busque inhabilitar, anular o retrotraer su plena manifestación, se entenderá como contraria a la Constitución.

Por lo demás, así como no se impone que en la convocatoria se justifique el por qué se incluye un determinado proyecto de ley, al entender implícitamente que su inserción responde a los objetivos que a través de él se buscan, lo mismo ocurre con los decretos que lleguen adicionar o ampliar el alcance del llamamiento a sesiones extraordinarias, en los que, de igual manera, su inclusión se vincula con la obtención de los fines que explican la aprobación de cada iniciativa.

Visto lo anterior, en el asunto bajo examen, se advierte que la adición del proyecto sobre edad de retiro forzoso a las materias que serían objeto de discusión en sesiones extraordinarias se dio, precisamente, dentro del escenario que se buscó con la convocatoria, referente a culminar el trámite legislativo, pues en relación con la iniciativa que se convirtió en la Ley 1821 de 2016, tan sólo estaba pendiente la etapa de conciliación, habiéndose ya publicado el informe que sobre el particular se asignó a la

comisión designada para el efecto.

Un elemento importante de análisis que surge del tránsito legislativo[263], es que al momento en que se realizó la convocatoria a las sesiones extraordinarias (el 7 de diciembre de 2016), el Gobierno Nacional todavía no tenía certeza sobre el avance de la iniciativa, al punto final de aprobación que motivó su adición, ya que tal circunstancia tan sólo ocurrió cuando se dio el aval al proyecto en la plenaria del Senado de la República el día 14 del mes y año en cita, y se procedió a radicar el informe de conciliación al día siguiente de dicha actuación.

Como se observa, lejos de existir un comportamiento sin justificación racional, como lo expone el demandante, la inclusión en las sesiones extraordinarias de la iniciativa que dio origen a la Ley 1821 de 2016, se explica, por una parte, en la realización del principio democrático, que en este caso apela por la culminación de un trámite legislativo pendiente tan sólo de su última etapa, la cual, por lo demás, se surtió sin reparo alguno y con una votación totalmente favorable al proyecto de ley; y por la otra, en que tal adición se dio sobre la base de un hecho futuro, desconocido al momento de realizarse la convocatoria, y era el referente a que la iniciativa ya se encontraba a un paso de lograr su aprobación final. De ahí que, a juicio de este Tribunal, no cabe afirmar, como lo hace el actor, que existió un comportamiento “antiético” por parte del Gobierno Nacional. Incluso, como se advierte de las explicaciones dadas a la Corte[264], el interés del ejecutivo en darle impulso al proyecto se hallaba en las razones de interés público que se invocaron durante el trámite de la iniciativa, vinculadas con la adopción de medidas frente al cambio en la expectativa de vida de los colombianos y la necesidad de procurar nuevas alternativas de alivio al sistema pensional.

Si bien no se niega que, al haber existido una convocatoria inicial, pudo haberse considerado que el proyecto ya quedaba aplazado en su conocimiento para el próximo período ordinario, sobre todo porque con él se daba cumplimiento al límite de trámite de las dos legislaturas (CP art. 162), lo cierto es que, a diferencia de lo expuesto por el accionante, tal efecto no se produjo en el caso bajo examen, al ser incluida la iniciativa en el conjunto de proyectos sometidos a deliberación en sesiones extraordinarias, sin que por ello se vea comprometido el principio de publicidad.

Ello es así, desde una perspectiva material, si se tiene en cuenta que la adición de este proyecto no corresponde a un asunto nuevo, sino a una convocatoria para completar un trámite que ya se había iniciado y que, por consiguiente, ya era objeto de dominio público, pues era conocido no sólo por los congresistas, sino también por la ciudadanía en general. Pero igualmente lo es, desde una perspectiva formal, al advertirse que, en relación con dicha adición, se cumplió con la exigencia de publicidad prevista en el ordenamiento jurídico, pues el Decreto 2087 del 21 de diciembre de 2016 fue incorporado en el Diario Oficial No. 50.094 de esa misma fecha, siendo divulgado, como lo advierte la Procuraduría General de la Nación, antes de la sesión del 22, en la que en ambas Cámaras votaron el informe de conciliación.

Finalmente, además de que la adición se incorporó en un decreto, respecto del cual se cumplió con el requisito de publicidad, vale la pena señalar que los asuntos a tratar siempre

fueron precisos, que no se amplió el tiempo destinado al agotamiento de las sesiones extraordinarias y que su actuación tan sólo se activó durante la etapa de receso del Congreso, sin que en ella se haya visto afectada la libre expresión de la regla de la mayoría.

Por el conjunto de razones expuestas, la Sala Plena de la Corte concluye que este cargo no está llamado a prosperar y, en tal sentido, procederá con el análisis de la siguiente acusación planteada.

4.6. Examen del tercer cargo relacionado con el supuesto desconocimiento de los principios de racionalidad de la ley y de mérito en el acceso a la función pública, en armonía con el derecho a la renovación laboral

4.6.1. Resumen de la controversia y problema jurídico

4.6.1.1. El tercer cargo que se formula se planteó en la demanda D-11938, a partir de la unificación de tres elementos relacionados con la salvaguarda del principio de racionalidad de la ley, el cumplimiento del principio de mérito en el acceso a la función pública y la preservación del derecho al relevo generacional. En particular, la contradicción material que se pone de presente se resume en los siguientes términos:

(i) Toda ley debe tener una racionalidad mínima que la justifique y cuyo objetivo debe ser ajustado a los valores, principios y derechos que se consagran en la Constitución. Para la accionante, la Ley 1821 de 2016 se explica en el aumento de la expectativa de vida de los colombianos, la cual, según informes del Banco Mundial[265], se encuentra en los 70,98 años para los hombres y 73,10 para las mujeres. Así las cosas, no resulta racional que se extienda la edad de retiro forzoso a los 70 años, pues al final de cuentas la persona que termina en ese momento su servicio público se queda sin la posibilidad de disfrutar de unos años de jubilación, al equiparar la permanencia en el cargo con la expectativa de vida. Tampoco se advierte dicho elemento de racionalidad, si se piensa que la ley busca garantizar un buen servicio, pues éste se asegura permitiendo la renovación laboral, con el ingreso de nuevas personas y no con la continuidad de aquellos que ya tienen el tiempo necesario para disfrutar de una pensión. Lo anterior resulta particularmente relevante en aquellos trabajos que requieren del uso de la fuerza y la capacidad física.

(ii) Al autorizar la ley que las personas sigan vinculadas con el Estado, a pesar de tener derecho a una pensión de jubilación, con la sola manifestación explícita de su intención de prolongar una relación de continuidad[266], se condiciona el concepto de idoneidad del servicio únicamente al factor edad, “sin valorar los antecedentes profesionales o el perfil profesional”[267] del sujeto beneficiado con la medida, elementos que resultan esenciales para determinar el mérito, como criterio del cual depende la permanencia en la función pública (CP art. 125), al asegurar con su cumplimiento los principios de eficacia y celeridad de la Administración.

(iii) Finalmente, la ley busca perpetuar en el empleo público a los servidores del Estado, ya que el margen existente entre la edad de retiro forzoso y la esperanza de vida es tan exiguo, que torna vitalicia la permanencia en el cargo a favor de una persona, en contravía del derecho al relevo generacional esbozado por la Corte en la Sentencia C-351 de 1995,

con fundamento en lo previsto en el numeral 7 del artículo 40 de la Carta[268].

Para la mayoría de los intervinientes[269], el cargo propuesto no está llamado a prosperar, por cuanto (a) la ley cumple con el principio de racionalidad, en la medida en que su aprobación responde a los cambios demográficos ocurridos en el país en los últimos cincuenta años, aunado a la necesidad de capitalizar la experiencia de la población adulta y de mejorar la carga financiera del sistema pensional. Todos objetivos acordes con lo previsto en la Constitución Política. Adicionalmente, (b) no se está afectando el derecho al trabajo de las nuevas generaciones, ya que, para el efecto, el Estado ha adoptado medidas alternativas, como ocurre con la Ley 1870 de 2016, sobre empleo y emprendimiento juvenil. A lo anterior se agrega que, (c) no cabe asimilar la adultez de una persona con la afectación de los principios de eficiencia y celeridad de la Administración, sobre todo cuando la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, aboga por impedir que la edad sea utilizada como un criterio de discriminación laboral. Por último, (d) se señala que el proyecto tiene un impacto bastante reducido respecto de la tasa de desempleo, cercano al -0.0008%, por lo que, difícilmente, en la práctica, podría considerarse como lesivo del derecho al relevo generacional.

A diferencia de lo expuesto, en dos intervenciones se pide la declaratoria de inconstitucionalidad de la ley[270], al considerar que: (a) el margen que existe entre la expectativa de vida y la edad de retiro forzoso es tan insignificante, que al final de cuentas impide que el servidor pueda disfrutar efectivamente de una jubilación; (b) la ley toma como único parámetro para permanecer en el servicio el criterio de la edad, sin tener en cuenta el esfuerzo físico que se requiere para el desarrollo de algunos cargos; (c) el envejecimiento de la población no es razón suficiente para modificar la edad de retiro forzoso, como tampoco lo es el supuesto alivio pensional, el cual se verá compensado con el aumento en el costo de los bonos pensionales que se tendrán que reconocer a favor de las personas que permanecieron durante más tiempo en el servicio; y, finalmente, (d) el nuevo límite de los 70 años trunca la expectativa legítima de relevo generacional de los jóvenes, sin que exista ningún tipo de medida de compensación que reduzca su impacto negativo.

Por su parte, la Vista Fiscal resalta que la ley no afecta el derecho al retiro digno, ya que lejos de imponer un deber de permanencia, lo que hace es consagrar una habilitación que permite la continuidad laboral para quienes, según su proyecto de vida, desean permanecer en el servicio activo. Tampoco existe una especie de apropiación del cargo, pues la ley acusada no modifica el régimen de vinculación y permanencia en la función pública. Por último, no desconoce el derecho al relevo generacional, pues su única finalidad es actualizar la regla de retiro, conforme a las nuevas estadísticas sobre expectativa de vida de la población. En conclusión, por las razones expuestas, los cargos formulados no están llamados a prosperar y, por ende, la Ley 1821 de 2016 debe ser declarada exequible[271].

4.6.1.2. De acuerdo con los argumentos expuestos en la demanda, en las distintas intervenciones y teniendo en cuenta el concepto de la Vista Fiscal, le corresponde a la Corte establecer, si la ley impugnada desconoce los principios de racionalidad de la ley y de mérito en el acceso a la función pública, en armonía con el derecho a la renovación laboral, por cuanto, en criterio de la accionante, la decisión de aumentar la edad de retiro forzoso

de 65 a 70 años carece de un objetivo constitucional válido, restringe la idoneidad del servicio únicamente al factor edad e impide que tenga aplicación el derecho al relevo generacional (CP art. 40.7).

Para solucionar el problema jurídico planteado, este Tribunal inicialmente se pronunciará sobre la figura del retiro forzoso por edad en armonía con el derecho a la renovación laboral, luego de lo cual hará una breve referencia a los principios de racionalidad de la ley y de mérito en el acceso a la función pública. Con sujeción a lo anterior, se procederá a resolver el caso concreto.

4.6.2. Sobre la edad de retiro forzoso y el derecho a la renovación laboral

4.6.2.1. La Constitución dispone en el artículo 233 que los magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado serán elegidos para períodos individuales de ocho años, no podrán ser reelegidos y permanecerán en el ejercicio de sus cargos mientras observen buena conducta, tengan rendimiento satisfactorio y no hayan llegado a la edad de retiro forzoso. Por fuera del citado precepto constitucional, no existe ningún otro que de forma expresa refiera a la citada causal de desvinculación del servicio, por lo que esta Corporación ha señalado que la potestad para proceder a su definición y desarrollo le compete al legislador, tanto por la cláusula general de configuración normativa[272], como por la habilitación explícita que incorpora el artículo 125 de la Carta[273], conforme al cual le asiste al Congreso la competencia para establecer nuevas casuales de retiro de la función pública, que complementen la calificación no satisfactoria en el empleo y la violación del régimen disciplinario[274].

El antecedente que dio origen al desarrollo de la figura de la edad de retiro forzoso en el ordenamiento jurídico colombiano se encuentra en la Ley 65 de 1967, en donde se otorgaron facultades extraordinarias al Presidente para distintos fines, entre ellos, “modificar las normas que regulan la clasificación de los empleos, las condiciones que deben llenarse para poder ejercerlos, los cursos de adiestramiento y el régimen de nombramientos y ascensos dentro de las diferentes categorías, series y clases de empleos”. En ejercicio de esta delegación, se expidió el Decreto 2400 de 1968, cuyo objeto se centró en regular “la administración del personal civil que presta sus servicios en los empleos de la Rama Ejecutiva del Poder Público”[275]. En dicho estatuto, además de consagrar las normas sobre ingreso, calificación de servicios y otras situaciones administrativas, se dispuso las causales que permitirían la cesación definitiva de funciones, entre las que estableció el retiro por edad.

En armonía con lo anterior, el artículo 31 del mencionado Decreto 2400 de 1968 disponía que:

“Artículo 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 2 del artículo 29 de este Decreto.”[276]

Es importante mencionar que esta Corporación, en la Sentencia C-351 de 1995[277], declaró la exequibilidad del citado artículo, que fijó en 65 años la edad de retiro forzoso para los empleados de la Rama Ejecutiva, al considerar que su consagración respondía al principio básico de autonomía legislativa, en aras de brindar oportunidades laborales a otras personas, sobre la base de relevar a quienes ya habían cumplido una etapa laboral en su vida al servicio del Estado. Textualmente, se dijo que:

“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. (...)

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

Más adelante, con la Sentencia C-563 de 1997[278], se ratificó la constitucionalidad de las normas que fijan una determinada edad como causal de retiro forzoso, al declarar exequible un aparte del artículo 31 del Decreto Ley 2270 de 1979, que señaló en 65 años la edad de retiro forzoso para los educadores oficiales. Entre los argumentos expuestos para justificar la decisión, se reiteró el relativo a garantizar el relevo generacional. Expresamente, se sostuvo que:

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

del servicio público, constituye una medida gracias a la cual el Estado redistribuye y renueva un recurso escaso, como son los empleos públicos, con la finalidad de que todos los ciudadanos tengan acceso a éste en condiciones de equidad e igualdad de oportunidades.”

El retiro forzoso consagrado entonces en el Decreto 2400 de 1968 y avalado por la jurisprudencia constitucional, se fue extendiendo posteriormente a otros servidores públicos y particulares que cumplen funciones públicas, en virtud de varias disposiciones legales e, incluso, reglamentarias, cobijando, por regla general[279], a casi todos los trabajadores de las Ramas del Poder Público, de los organismos de control y de los órganos autónomos[280], sin importar si se trata de funcionarios de libre nombramiento y remoción, provisionalidad, carrera administrativa o de período, con excepción de las personas elegidas mediante votación popular[281].

4.6.2.2. Antes de resaltar los cambios que la Ley 1821 de 2016 introdujo en el régimen anteriormente expuesto, cabe insistir en que uno de los argumentos expuestos para justificar su constitucionalidad se encuentra en el llamado derecho a la renovación generacional, por virtud del cual se considera que la función pública debe permitir el relevo de la persona que desempeña un cargo, sin perjuicio de la aplicación de otras causales de retiro, cuando se llega a una edad (en particular, la de retiro forzoso) en la que se presume que ha cumplido de manera satisfactoria con una etapa laboral en el servicio público. Este derecho emana de lo previsto en el artículo 40.7 de la Constitución, conforme al cual: “Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: (...) 7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos (...)”.

Ahora bien, no existe una fórmula o parámetro único que permita determinar la edad de retiro forzoso, pues dicha decisión por parte del legislador, como se advirtió en la Sentencia C-563 de 1997[282], debe fundarse en criterios objetivos “tales como la expectativa de vida promedio de la población colombiana, las necesidades de renovación del mercado de trabajo en orden a la consideración de la productividad del sistema económico, etc. En fin, en criterios razonables que justifiquen por qué el legislador escogió una determinada edad de retiro forzoso y no otra”[283]. De donde se puede concluir que la definición de la edad en cuestión no es asunto inamovible o que siempre deba responder a un criterio único de longevidad. Por el contrario, su transcendencia social, económica y jurídica lleva a que implícitamente su señalamiento responda a las características propias de cada país, a las necesidades de su economía y administración pública, y a los requerimientos que se realicen por sus fuerzas productivas.

4.6.2.3. Dentro del citado esquema de actualización, se expidió la Ley 1821 de 2016, la cual se integra por cuatro artículos. A continuación, se realizará una presentación general de la iniciativa, sobre la base del texto corregido mediante el Decreto No. 321 de 2017. El artículo 1, que es el central, prescribe lo siguiente:

“Artículo 1.- <Artículo corregido por el artículo 1 del Decreto 321 de 2017. El nuevo texto es el siguiente:> La edad máxima para el retiro del cargo de las personas que desempeñen funciones públicas será de setenta (70) años. Una vez cumplidos, se causará el retiro

inmediato del cargo que desempeñen sin que puedan ser reintegradas bajo ninguna circunstancia.

Lo aquí dispuesto no se aplicará a los funcionarios de elección popular ni a los mencionados en el artículo 29 del Decreto-Ley 2400 de 1968, modificado por el artículo 1º del Decreto-Ley 3074 de 1968.”

A juicio de la Sala, en primer lugar, este artículo aumenta la edad de retiro forzoso, hasta los 70 años, para los cargos que ya estaban sometidos a la edad máxima de 65 años, de acuerdo con la legislación anterior; y, en segundo lugar, somete a la misma edad de retiro forzoso (70 años) a aquellos servidores públicos y particulares que desempeñan funciones públicas que no estaban sometidos con anterioridad a dicha causal de retiro. Este mandato se infiere, como regla general, a partir de la fórmula global de cobertura que se utiliza en la ley, conforme a la cual: “La edad máxima para el retiro del cargo de las personas que desempeñen funciones públicas será de setenta (70) años.”

En tercer lugar, se dispone que una vez se cumpla con la edad de retiro forzoso, se causará la separación inmediata del cargo, sin que la persona afectada pueda ser reintegrada en ninguna circunstancia. Y, en cuarto lugar, se especifica que como excepciones a la citada prohibición se encuentran los funcionarios de elección popular y “los mencionados en el artículo 29 del Decreto-Ley 2400 de 1968, modificado por el artículo 1 del Decreto-Ley 3074 de 1968.” Como ya se dijo, en tal listado se encuentran los ministros de despacho; los jefes de departamento administrativo; los superintendentes; los viceministros; los secretarios generales de los ministerios o departamentos administrativos; el presidente, gerente o director de establecimientos públicos o de empresas industriales y comerciales del Estado; los miembros de misiones diplomáticas no comprendidos en la respectiva carrera; y los secretarios privados de los despachos de los funcionarios anteriormente señalados.

Por su parte, el artículo 2 dispone que:

“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 3º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003.”

De su contenido normativo surge lo siguiente: (i) la expresión “la presente ley no modifica la legislación sobre el acceso al derecho a la pensión de jubilación”, lo que permite inferir, de entrada, como lo sostiene el Consejo de Estado, es que el objeto de dicha norma es el de regular la interrelación que existe entre la pensión de jubilación y la edad máxima de retiro, de suerte que “a pesar del aumento en la edad de retiro forzoso, los requisitos sustanciales para adquirir el derecho a la pensión de jubilación, es decir, la edad y el número de cotizaciones o el tiempo de servicio, siguen siendo los mismos que se encuentran previstos hoy en día en el régimen general de seguridad social (Leyes 100 de

1993 y 797 de 2003, principalmente).”[284]

Adicionalmente, (ii) el aparte normativo que dispone: “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”, lo que busca es que las personas que ya tengan derecho a la citada prestación, puedan continuar desempeñando una función pública, o puedan acceder por primera vez a la misma, con la carga de contribuir al Sistema Integral de Seguridad Social, hasta llegar a la edad máxima de retiro que se establece en el artículo 1º (70 años).

Tal circunstancia explica el último aparte de la norma, (iii) en el que se señala que: “A las personas que se acojan a la opción voluntaria de permanecer en el cargo, en los términos de la presente ley, no les será aplicable lo dispuesto en el párrafo 3º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003”, disposición en la que se fija como justa causa para dar terminada una relación legal o reglamentaria, el que la persona cumpla con los requisitos para tener derecho a la pensión de jubilación[285], con el condicionamiento previsto por la Corte en la Sentencia C-1037 de 2003[286], conforme al cual no se puede dar por finalizada la relación laboral sin que se le notifique debidamente al trabajador sobre su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente. Nótese como, el objeto de la norma previamente transcrita, es el de inaplicar dicha justa causa, para permitir que las personas, que así lo desean, continúen ejerciendo una función pública.

El artículo 3 simplemente señala que la Ley 1821 de 2016 “no modifica el régimen de acceso a ningún cargo público, ni el de permanencia y retiro de los mismos, salvo en la edad máxima de retiro forzoso”. “Tampoco modifica las condiciones, requisitos, circunstancias y demás situaciones establecidas en el régimen general y los regímenes especiales que regulan el acceso al derecho a la pensión de jubilación.” Como se observa se trata de una norma que, en la primera parte, aclara que lo dispuesto en la ley impugnada no genera ningún tipo de efecto respecto del régimen de ingreso, permanencia y retiro del servicio público, con excepción de lo dispuesto sobre la edad máximo de retiro; mientras que, en la segunda parte, simplemente reitera lo ya mencionado en el artículo anterior, esto es, que no produce ningún cambio frente al régimen normativo que regula al derecho a la pensión de vejez, ya sea en el sistema general o en los regímenes especiales o exceptuados.

“Artículo 4.- <Artículo corregido por el artículo 1 del Decreto 321 de 2017. El nuevo texto es el siguiente:> La presente ley rige a partir de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, y en especial las contenidas en los Decretos-ley 2400 de 1968 (artículo 31), 3074 de 1968, y en los Decretos números 1950 de 1973, 3047 de 1989 y 1069 de 2015 (artículos 2.2.6.1.5.3.13 y numeral 4 del artículo 2.2.6.3.2.3).”

De su tenor se infiere, por una parte, que la ley tiene un efecto general e inmediato a partir de su publicación, que se realizó el día 30 de diciembre de 2016; y por la otra, que se plantean derogatorias implícitas (todas las disposiciones que le sean contrarias) como explícitas, cuyo rigor normativo refiere a parámetros normativos que preveían la edad

máxima de retiro en los 65 años.

4.6.2.4. Finalmente, cabe destacar que, en el año 2002, Colombia, en el marco de la Organización de las Naciones Unidas, suscribió el Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento. El objetivo principal de dicho Plan es el de adoptar medidas y políticas, tanto nacionales como internacionales, encaminadas al mejoramiento de las condiciones de vida de las personas mayores. Con tal propósito, en el artículo 12 se dispone que:

“Las expectativas de las personas de edad y las necesidades económicas de la sociedad exigen que las personas de edad puedan participar en la vida económica, política, social y cultural de sus sociedades. Las personas de edad deben tener la oportunidad de trabajar hasta que quieran y sean capaces de hacerlo, en el desempeño de trabajos satisfactorios y productivos, y de seguir teniendo acceso a la educación y a los programas de capacitación. La habilitación de las personas de edad y la promoción de su plena participación son elementos imprescindibles para un envejecimiento activo. Es necesario ofrecer sistemas adecuados y sostenibles de apoyo social a las personas de edad.”

En conclusión, el señalamiento de la edad de retiro forzoso es una atribución que le compete ejercer de forma exclusiva al legislador, en desarrollo de lo previsto en el artículo 125 de la Carta. Su origen en Colombia se remonta al Decreto 2400 de 1968 que, si bien dirigió su ámbito de aplicación al personal civil de la Rama Ejecutiva del Poder Público, posteriormente se fue extendiendo al resto de ramas, organismos de control y órganos autónomos, tanto por su consagración directa, como por el uso de la figura de la remisión normativa. Con ocasión de la expedición de la Ley 1821 de 2016, actualmente impugnada, la edad máxima de retiro subió de 65 a 70 años.

Para la Corte, no existe una fórmula o parámetro único que permita fijar la edad de retiro forzoso, pues, como ya se dijo y se advirtió en la Sentencia C-563 de 1997[287], su determinación debe fundarse en criterios objetivos “tales como la expectativa de vida promedio de la población colombiana [o] las necesidades de renovación del mercado de trabajo en orden a la consideración de la productividad del sistema económico”. En general, a juicio de este Tribunal, es preciso acudir a criterios objetivos y razonables que permitan justificar una decisión desde el punto de vista constitucional, teniendo en cuenta el derecho al relevo generacional y la oportunidad que demandan las personas mayores de continuar aportando a la sociedad.

4.6.3. El principio de racionalidad de la ley

Como se advirtió al realizar el resumen de la demanda, la accionante en el proceso D-11938 señala que toda ley debe tener una racionalidad mínima que la justifique y cuyo objetivo debe ser ajustado a los valores, principios y derechos que se consagran en la Constitución. Sobre el particular, esta Corporación destaca que, efectivamente, en la jurisprudencia constitucional se ha distinguido el principio de racionalidad y el principio de razonabilidad[288].

Al respecto, se ha dicho que el primero hace referencia a que toda decisión de la administración pública debe estar fundada en razones que lógicamente y empíricamente puedan

ser constatadas, con miras a justificar las acciones adoptadas como medios para alcanzar los fines propuestos. La razonabilidad, por el contrario, no se limita a encontrar justificaciones racionales a la determinación asumida, sino que demanda un ejercicio de ponderación, con el objeto de evitar que con ella se sacrifiquen valores constitucionales importantes, que tengan, en el caso concreto, una mayor significación.

Desde esta perspectiva, en el ámbito del legislativo, mientras la racionalidad busca evitar que se adopten leyes absurdas y que resulten alejadas de los valores o principios que se consagran en la Constitución. La razonabilidad busca evitar que, esas mismas leyes, no sean adecuadas, necesarias o proporcionales a luz de otros valores o principios constitucionales.

4.6.4. El principio de mérito en el acceso a la función pública

La Constitución consagra el sistema de carrera como regla general y régimen por excelencia para la vinculación de los servidores públicos a los empleos en los órganos y entidades del Estado, el cual sólo admite como excepciones los cargos de “elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley” (CP art. 125), en este último caso, siempre que se acredite por parte del legislador un principio de razón suficiente para apartarse del cumplimiento de la regla general[289].

A través de dicho sistema, además de promoverse la eficiencia y eficacia de la función pública (CP art. 209), se garantiza a los trabajadores del Estado la estabilidad en sus cargos y la posibilidad de ingresar, ascender y permanecer en los mismos (CP art. 125), previo el lleno de las condiciones y los requisitos que para el efecto se exijan en el ordenamiento jurídico, los cuales deben estar dirigidos exclusivamente a reconocer los méritos y calidades de los aspirantes (CP art. 125), en cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades. Así lo admitió esta Corporación, entre otras, en la Sentencia C-1119 de 2005[290], al señalar que:

“Con la implementación de la carrera administrativa se crean instrumentos que permiten el ingreso, ascenso y permanencia en el servicio en igualdad de oportunidades, con fundamento solamente en el mérito laboral, académico y profesional, según los parámetros que para el efecto establezca el legislador dentro de los límites constitucionales consagrados en la ley fundamental”[291].

En idéntico sentido, en la Sentencia C-1122 de 2005[292], la Corte expuso que:

“[A]parece claro que mediante la consagración de la carrera administrativa como regla general y del acceso a ella mediante concurso, tanto el Constituyente como el legislador pretenden acabar con prácticas arraigadas en la cultura política, contrarias al mérito como criterio de selección o de permanencia de los funcionarios públicos, tales como el nepotismo, el favoritismo o el clientelismo, que impiden que el ejercicio de la función pública sea llevado a cabo por los más capaces y honestos, en aras del bien común. En este sentido, en la exposición de motivos al proyecto que devino en la Ley 909 de 2004, se

afirmó que ‘el gran reto pendiente de nuestro sistema de empleo público es garantizar de una vez para siempre que el acceso a los empleos públicos se haga exclusivamente de acuerdo con los principios de mérito, capacidad e igualdad, a través de un procedimiento en el que esté salvaguardada la objetividad, la imparcialidad y la especialización del órgano de selección’ (...).”.

A pesar de la relevancia del concurso en la provisión de empleos públicos, dicha modalidad de vinculación no es exclusiva de la carrera administrativa, como tampoco lo es el criterio del mérito para la selección de los aspirantes. En efecto, la acreditación de las respectivas calidades para el empleo también se exige respecto de cargos que no sean de carrera, en virtud de los distintos mecanismos que se dispongan para establecer la idoneidad de los aspirantes[293].

Por este motivo, acorde con las funciones del cargo y las necesidades del servicio, la Corte ha señalado que, con miras a determinar el mérito, no sólo se debe evaluar la capacidad profesional o técnica del aspirante, a través de factores objetivos como, por ejemplo, los exámenes de conocimientos, el cumplimiento de requisitos académicos, la acreditación de años de experiencia o la ausencia de antecedentes penales, fiscales y disciplinarios; sino que también cabe verificar las calidades personales y la idoneidad moral del candidato, por medio de factores subjetivos, tales como, su comportamiento social y su capacidad para relacionarse, para cuyo propósito el nominador cuenta con cierto margen de apreciación, resultando indispensable definir con antelación la calificación que tendrá cada uno de los requisitos exigidos para el cargo[296].

El mérito constituye entonces una piedra angular sobre la cual se funda el ingreso al servicio público, tanto en el sistema de carrera como en otros mecanismos que se dispongan para el efecto, habida cuenta que evalúa la capacidad del aspirante como factor definitorio para acceder o permanecer en un cargo o para poder desempeñar una función pública, sobre la base de la demostración de las calidades académicas, la experiencia, la idoneidad moral o las competencias requeridas en un determinado empleo.

4.6.5. Caso concreto

4.6.5.1. Dentro del conjunto de cargos formulados contra la ley en este tercer acápite, se alega que ella carece de una racionalidad mínima, pues no cabe extender la edad de retiro forzoso a los 70 años, ya que la persona terminaría su servicio público sin la posibilidad de disfrutar de una jubilación, al equiparar la permanencia en el cargo con la expectativa de vida. Por otra parte, la eficiencia en la función pública se asegura permitiendo la renovación laboral y no la continuidad de aquellos funcionarios que ya tienen el tiempo necesario para disfrutar de una pensión.

En el asunto bajo examen, el cargo propuesto no está llamado a prosperar, en primer lugar, porque no es cierto que la ley acusada desconozca el derecho al retiro digno, o a la seguridad social, de la persona que decida permanecer en el ejercicio de la función pública hasta llegar al tope máximo de edad fijado en la ley. En efecto, como se explicó en el acápite 4.6.2.3 de esta providencia, el artículo 2 de la Ley 1821 de 2016, es claro en señalar que, a través de su expedición, no se modifica “la legislación sobre el acceso al derecho a la pensión de jubilación”, lo cual se reitera en el artículo 3, cuando se establece que la ley

en cita: "(...) Tampoco modifica las condiciones, requisitos, circunstancias y demás situaciones establecidas en el régimen general y los regímenes especiales que regulan el acceso al derecho a la pensión de jubilación".

Precisamente, al no modificar las condiciones para acceder a la pensión de jubilación, lo que establece la ley es una especie de habilitación para quienes, a pesar de ya tener derecho al reconocimiento de dicha prestación, por su propia decisión, deciden continuar laborando hasta los 70 años. Tal habilitación explica, precisamente, la parte final del artículo 2, en donde se consagra la inaplicación del parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, disposición en la que se fija como justa causa para dar terminada una relación legal o reglamentaria, el que la persona cumpla con los requisitos para tener derecho a la pensión de jubilación, bajo el entendido de que se haya notificado al trabajador su inclusión en nómina de pensionados, como lo dispuso la Corte en la Sentencia C-1037 de 2003[297].

En este sentido, a juicio de la Corte, es claro que, así como la ley permite que una persona que ya tiene derecho a la pensión de jubilación pueda continuar trabajando hasta llegar al tope máximo de edad fijado en la ley, nada impide que quien desea disfrutar de su derecho al retiro, pueda hacerlo, sin que la norma acusada se oponga a esa elección. En la práctica, la interrelación que existe entre la pensión de jubilación y la edad máxima de retiro, implica que esta última en nada afecta la posibilidad de disfrutar la primera, cuando su titular cumple los requisitos para ello, de suerte que, así como puede retirarse del servicio, también está habilitado para seguir desempeñando funciones públicas, según lo que dicte su proyecto de vida, hasta llegar al tope máximo de los 70 años, con las excepciones que, en principio, se prevén en relación con este último mandato en el artículo 1 de la ley cuestionada, que refiere a la inexistencia de un límite para los funcionarios de elección popular y los cargos mencionados en el artículo 1 del Decreto Ley 3074 de 1968.

Lo que se advierte entonces es un ejercicio de articulación normativa entre el aumento de la edad de retiro forzoso y las consecuencias que ello genera respecto del derecho a la pensión de jubilación, en donde claramente se especifica que la Ley 1821 de 2016 no afecta las condiciones que regulan el reconocimiento de esta última prestación, así como tampoco establece límites que tornen inoperante la posibilidad de disfrutar del derecho al retiro, cuando se cumplan los requisitos para ello, a partir de la propia elección del sujeto interesado.

En segundo lugar, como previamente se manifestó en esta providencia, el principio de racionalidad hace referencia a que toda decisión de la administración pública debe estar fundada en razones que lógicamente y empíricamente puedan ser constatadas. Desde el ámbito del legislativo, tal racionalidad busca evitar que se adopten leyes ilógicas y que resulten alejadas de los valores, derechos y principios que se consagran en la Constitución.

Particularmente, en lo que atañe a la extensión de la edad de retiro forzoso, de 65 a 70 años, se observan, por lo menos, dos objetivos que contrastan la supuesta falta de racionalidad que cuestiona la accionante, en el ámbito del derecho de acceso al retiro digno. Ambos se soportan en lo señalado a lo largo del trámite legislativo, incluso desde la presentación misma de la exposición de motivos[298]. El primero tiene que ver con la posibilidad de que, al ampliar la edad de retiro, se aumente la probabilidad de que las

personas puedan cumplir con los requisitos para acceder a una pensión. Lo anterior ocurre, porque, sobre la base de la edad mínima para tener derecho a la jubilación, en el caso de las mujeres de 57 años y de los hombres de 62, se pasaría de un lapso de ocho y tres años respectivamente, de continuidad en el servicio para lograr el reconocimiento de una pensión (sobre el límite de los 65), a trece y ocho años respectivamente, con el nuevo límite de los 70 años. Tal circunstancia permite que las personas tengan un mayor tiempo para cumplir las semanas mínimas de cotización o ampliar la base requerida de su ahorro pensional, en beneficio de los derechos a la seguridad social y al mínimo vital. Lo anterior adquiere una especial relevancia frente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en el que se aumentó el número mínimo de semanas de cotización de 1000 a 1300, con ocasión de la expedición de la Ley 797 de 2003.

Por esta vía, adicionalmente, se brinda un escenario de mayor seguridad en la aplicación de la edad de retiro[299], sobre la base de la jurisprudencia que por vía de tutela ha considerado que la citada causal no puede emplearse de manera automática, generalizada, ni indiscriminada, sin tener en cuenta la situación particular de cada servidor, especialmente, en lo referente a la garantía de sus condiciones básicas de subsistencia[300]. Para lograr tal fin, en casos particulares, se ha brindado la posibilidad de que se continúe en el servicio por un plazo máximo de tres años, hasta que se cumplan con los requisitos para acceder a la pensión[301], circunstancia que, con la Ley 1821 de 2016, se adoptaría como medida de solución de alcance general, ampliando la oportunidad en el tiempo (por cinco años), para que las personas que ejerzan funciones públicas, puedan cumplir con los requisitos de cotización de los cuales depende el reconocimiento del citado derecho.

El segundo argumento surge del deber de cotización que se mantiene en el artículo 2 de la Ley 1821 de 2016, pues quien decida continuar desempeñando funciones públicas, tendrá a su cargo la obligación de seguir contribuyendo al régimen de seguridad social, lo que permitirá mejorar la sostenibilidad financiera del sistema[302] e, incluso, preservar aportes por solidaridad que terminarán generando un efecto de ampliación de cobertura del derecho a la seguridad social.

En conclusión, lejos de que la ley impugnada sea contraria al principio de racionalidad, lo que se advierte es que su contenido en ningún momento afecta el derecho al retiro digno, y que, por el contrario, parte de los objetivos que se expusieron para su justificar su expedición, se relacionan precisamente con la posibilidad de brindar nuevas alternativas que tornen efectivo el citado derecho, en concordancia con los mandatos previstos en los artículos 2 y 48 del Texto Superior, en los que se dispone a cargo del Estado adoptar medidas para garantizar los derechos de los ciudadanos, promoviendo, entre otras, el acceso universal a la seguridad social[303].

4.6.5.2. Como acusación que hace parte de este tercer cargo, se señala que al autorizar la ley que las personas sigan vinculadas con el Estado, a pesar de tener derecho a una pensión de jubilación, con la sola manifestación de su intención de prolongar una relación de continuidad, se condiciona la idoneidad del servicio únicamente al factor de edad, sin valorar el perfil profesional del sujeto beneficiado, como elemento que resulta esencial para determinar el mérito, como criterio del cual depende la permanencia en la función pública.

Contrario a lo expuesto por la accionante, la ley bajo examen no crea una suerte de apropiación subjetiva del servicio público, ni tampoco condiciona la permanencia en él exclusivamente al factor edad. Por el contrario, el artículo 3 es claro en disponer que su rigor normativo “no modifica el régimen de acceso a ningún cargo público, ni el de permanencia y retiro de los mismos, salvo en la edad máxima de retiro forzoso (...)”[304].

En este sentido, la modificación en la edad de retiro forzoso, de 65 a 70 años, simplemente prorroga el tiempo posible en el que las personas podrán seguir desempeñando funciones públicas, pero bajo ninguna circunstancia sustituye o deroga la demostración de las calidades académicas, la experiencia, la idoneidad moral o las competencias que se requieren para acceder o permanecer en un empleo, a partir de los requerimientos de mérito que, respecto del ejercicio de cada atribución pública, se dispongan en la Constitución o en la ley. La continuidad no depende entonces únicamente del factor edad, sino del conjunto de condiciones que existan en el ordenamiento jurídico, las cuales no fueron afectadas por la entrada en vigor de la Ley 1821 de 2016.

Así las cosas, como la única causal de desvinculación modificada por la norma impugnada es la correspondiente a la edad, las personas que sigan en sus cargos por cuenta de la ley demandada, continúan siendo funcionarios de carrera administrativa, de libre nombramiento y remoción, o de período y, por ende, será el régimen jurídico de cada servidor el que determine cuáles son las justas causas de retiro de la función pública. Esto significa que, a diferencia de lo expuesto en la demanda, la ley no vincula la idoneidad del servicio al factor edad, pues nada impide que pueda separarse del cargo a las personas que, por ejemplo, incurran en una calificación insatisfactoria (cuando se trata de la carrera administrativa) o en la discrecionalidad del mejorar el servicio (en hipótesis de libre nombramiento y remoción), o cuando simplemente se finaliza un período, según el caso.

Por consiguiente, la Sala Plena de la Corte considera que este cargo tampoco está llamado a prosperar y, por ende, proseguirá con el análisis de la siguiente irregularidad expuesta.

4.6.5.3. La última acusación que hace parte de este tercer cargo, señala que la ley busca perpetuar en el empleo público a los servidores del Estado, ya que el margen existente entre la edad de retiro forzoso y la esperanza de vida es tan exiguo, que torna vitalicia la permanencia en la función pública a favor de las personas beneficiadas con el aumento en el tope de 65 a 70 años, sacrificando con ello el derecho al relevo generacional.

Lo primero que advierte este Tribunal, en línea con lo expuesto anteriormente, es que la ley no busca perpetuar a ningún funcionario en el cargo, pues con independencia del aumento en la edad de la causal de retiro forzoso, se mantienen inalterables las reglas de acceso, permanencia y retiro del servicio, las cuales se aplicarán, como ya se expuso, dependiendo del tipo de vinculación que tenga la persona con la función pública.

Pero, más allá de lo anterior, es claro que la controversia que aquí se plantea gira, realmente, en torno a la determinación de si el aumento en la edad de retiro forzoso supone desconocer el derecho al relevo generacional.

Tal como se señaló en el acápite 4.6.2 de esta providencia, el señalamiento de la edad de retiro forzoso es una atribución que le compete ejercer de forma exclusiva al legislador, en desarrollo de lo previsto en el artículo 125 de la Constitución. No existe una fórmula única a la cual deba someterse el Congreso, pues su determinación debe fundarse en criterios objetivos, en los que tengan en cuenta las necesidades de la economía y administración pública de cada país, y los requerimientos que se realicen por sus fuerzas productivas. En general, el parámetro por excelencia es la expectativa promedio de vida, tal como se mencionó en las Sentencias C-351 de 1995[305] y C-563 de 1997[306].

Si bien es cierto que, por lógica, al existir una edad previamente establecida, un aumento de ella afecta en abstracto el relevo generacional, tal impacto, en el caso concreto, no deja de representar un retraso en la aplicación de dicha prerrogativa y no una eliminación de la misma. En efecto, aunque en las sentencias en cita se hizo referencia al derecho de renovación generacional, ello no quiere decir que la edad allí juzgada (65 años), se torne en un inamovible que escape a nuevas ponderaciones legislativas, sobre la base, como ya se dijo, de la existencia de un criterio objetivo que permita justificar el cambio que se produce y, por ende, el aplazamiento de las nuevas generaciones en el ingreso a la función pública.

Al verificar los antecedentes legislativos de la Ley 1821 de 2016, se advierten varias razones que explican el cambio adoptado, entre las cuales se destacan:

- En primer lugar, la ley impugnada busca actualizar la regla sobre retiro forzoso, conforme a la variación en la expectativa de vida, generada por la modificación de las condiciones socioeconómicas del país a lo largo de casi cinco décadas. No sobra recordar que el tope inicial de los 65 años fue establecido en un decreto de 1968, cuando la expectativa para hombres era de 58.33 años y para mujeres de 61.83. Tales valores, en la actualidad, no reflejan la dinámica que tiene la mortalidad en el país, como se deriva de la información suministrada por el DANE a esta Corporación[307].

A continuación, se presentan las tablas que fueron elaboradas por el Departamento Nacional de Estadística, y que ilustran el cambio en la esperanza de vida desde 1965.

INDICADOR ESPERANZA DE VIDA AL NACER POR SEXO: 1965 - 2020.

Quinquenio

Hombres

Mujeres

Ambos sexos

1965-1970

58.33

61.83

60.04

1970-1975

59.70

63.85

61.72

1975-1980

61.76

66.25

63.95

1980-1985

63.62

70.22

66.84

1985-1990

64.65

71.52

67.99

1990-1995

65.34

73.37

1995-2000

67.07

74.95

70.90

2000-2005

69.00

76.31

72.56

2005-2010

70.67

77.51

74.00

2010-2015

72.07

78.54

75.22

2015-2020

73.08

79.39

76.15

Entre los motivos que explican la variación se encuentran: el control de las enfermedades infecciosas, el incremento en la urbanización, el desarrollo tecnológico en las ciencias de la salud, el nivel educativo (en especial de las madres, respecto de la prevención de la mortalidad infantil) y el aumento de los servicios médicos (en lo referente a las actividades de promoción, prevención y pruebas de tamizaje para detección temprana de enfermedades crónicas)[308].

La variación entre el primer y último quinquenio evidencia un cambio de 16.11 años de expectativa de vida en ambos sexos. En los hombres de 14.75 y en las mujeres de 17.53. Esto significa que, en la actualidad, las personas mayores tienen una alta probabilidad de mantenerse con vida, lo que, sin duda, hacía necesario actualizar la regla que permite su cesación definitiva, en aras de lograr un equilibrio entre el favorecimiento al relevo generacional y la posibilidad de preservar laboralmente en la función pública a quienes todavía se encuentran en edad de trabajar y de aportar su experiencia e inteligencia depurada por el tiempo.

De esta manera, la ley simplemente realizó un cambio fáctico sustentado en el aumento de la expectativa de vida de la población colombiana, cuya objetividad se refleja en términos estadísticos, buscando que la permanencia de las personas en la función pública guarde una relación más cercana con las tablas actuales de longevidad. Aun cuando se retrasa el

relevo generacional por un término de cinco años, el mismo no deja de ser una realidad y tan sólo se ve compensado por un tiempo con el aprovechamiento de la experiencia que brindan las personas que continuarían en el servicio.

- En segundo lugar, y en línea con lo expuesto, como parte de los objetivos que se invocaron para expedir la Ley 1821 de 2016, se encuentra el de retener a favor del servicio la experiencia de las personas mayores. Para el efecto, se hizo referencia al Plan de Acción de Madrid citado en el acápite 4.6.2.4 de esta providencia, en el que se establece la importancia de promover actitudes favorables a los trabajadores mayores de manera que puedan seguir en sus empleos y de promover la conciencia de su valor en el mercado laboral. Sobre el particular, en la exposición de motivos se expuso que:

“Efectivamente, una ventaja con la edad de retiro ampliada y por tanto la jubilación flexible es la de retener el conocimiento de los empleados dentro de las entidades, especialmente el conocimiento tácito y no explícito, que sólo se obtiene con la experiencia y que hoy en día es una necesidad apremiante de las instituciones. Según la gerontología cognitiva, los mayores aventajan a los jóvenes en un saber derivado de la experiencia, que se conoce con el nombre de ‘inteligencia depurada’, el cual determina que al envejecer no se atrofian todas las funciones cerebrales, por el contrario, se refuerzan determinados procesos (Giraldo Ocampo & Cardona Arango, 2010).”[309]

- En tercer lugar, también se encuentra como justificación de la Ley 1821 de 2016, el cambio en la proporción del tipo de población por rangos de edades, por cuanto paulatinamente se ha venido observando un crecimiento de las personas mayores, las cuales hoy en día llegan al 8.1% de la población, con un ritmo de crecimiento del 1.1% por quinquenio. Gráficamente, según el DANE[310], las variaciones en los últimos años han sido las siguientes:

PROPORCIONES DE POBLACIÓN POR GRANDES RANGOS DE EDADES

Sexo

Rangos

2001-2005

2006-2010

2011-2015

2016-2020

TOTAL

(0-14)

31.9

29.6

27.4

25.9

(15-64)

64.0

65.5

66.0

(65 y +)

6.1

6.5

7.2

8.1

En virtud de lo anterior, según se infiere de los antecedentes legislativos, el aumento en la edad de retiro forzoso busca que ese crecimiento en la población mayor se vea positivamente afectada con la posibilidad de continuar prestando sus servicios, en especial, cuando se observa que se trata de una tendencia que seguirá aumentando con los años.

- En cuarto lugar, se invoca como objetivo de la ley sus beneficios en materia pensional. En efecto, como ya se explicó en esta providencia, al aumentar la edad de retiro forzoso y al inaplicar la justa causa de terminación laboral que se prevé en el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, se permite que durante más tiempo las personas puedan seguir aumentando sus semanas de cotización o ampliando la base requerida de su ahorro pensional para acceder a una pensión de jubilación, en garantía de sus derechos a la seguridad social y al mínimo vital. Mientras que, frente a quienes ya tienen derecho a la citada pensión, se produce un ahorro de recursos favorables a la sostenibilidad del sistema[311].

- En quinto lugar, se resalta que Ley 1821 de 2016 al exigir que las personas sigan cotizando al sistema, permitirá disponer de recursos adicionales en las cuentas destinadas a atender mandatos de solidaridad, tanto en el régimen de pensiones, como en el sistema de salud[312].

Como se observa del conjunto de razones expuestas, 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 financiera del sistema pensional y la alternativa de contar con

recursos adicionales para atender mandatos de solidaridad.

Si bien es cierto, como ya se dijo, que el aumento de la edad afecta en abstracto el relevo generacional, nótese que tal decisión del legislador lejos de ser arbitraria, se inscribe dentro de un conjunto de objetivos que, analizados desde una perspectiva general, le otorgan una mayor significación al ajuste realizado, respecto del retraso que se ocasiona en términos de renovación, ya que se permite que una población especialmente protegida siga preservando un trabajo, se brindan nuevas alternativas para que en su vejez puedan contar con una pensión que les asegure la protección de su derecho al mínimo vital, se obtienen alivios a favor del sistema pensional y se logran réditos para aumentar la cobertura de políticas en materia de seguridad social.

Existe entonces un principio de razón suficiente en el cambio adoptado, que aun cuando retrasa una medida puntual que favorece a los jóvenes, bajo ninguna circunstancia la elimina del ordenamiento jurídico, y en la que, pese al impacto que se produce, en el fondo subyacen objetivos constitucionales de mayor significación. A lo anterior cabe agregar que, según el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el impacto que tendría la ley impugnada sobre la probabilidad de encontrar empleo sería negativo, en un promedio cercano al 0.002%; lo cual también ocurriría en relación con las tasas de desempleo, en donde la afectación sería nula o del orden de -0.0008%^[313]. Por último, cabe resaltar que, en cierta medida y si se quiere como instrumento de compensación, el orden jurídico dispone de varias leyes dirigidas a impulsar el empleo y el emprendimiento juvenil, como ocurre con la Ley 1429 de 2010 “Por la cual se expide la ley de formalización y generación de empleo” y la Ley 1780 de 2016, “Por medio de la cual se promueve el empleo y el emprendimiento juvenil, se generan medidas para superar barreras de acceso al mercado de trabajo y se dictan otras disposiciones”, lo cual, sin duda, disminuye el impacto que se genera por la ley cuestionada.

Por todo lo anterior, esta Corporación considera que no cabe declarar la inconstitucionalidad de la ley, como consecuencia de la modificación de la edad de retiro forzoso, pues existen suficientes objetivas que trascienden al derecho al relevo generacional, el cual, como ya se dijo, tan sólo se retrasa en su aplicación. Adicionalmente, esta Corte tampoco encuentra elementos que le permitan inferir que el aumento en dicho tope (de 65 a 70 años) tenga la capacidad de afectar la eficiencia en la función pública, cuando, por el contrario, lo que se busca es aprovechar la inteligencia depurada que pueda aportar una persona mayor. No sobra recordar que el artículo 54 de la Carta señala que es deber del Estado propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar, lo cual se complementa con lo dispuesto en el artículo 334, en el que dispone que una de las razones que justifican la intervención por parte del legislador en las actividades económicas, es la de dar pleno empleo a los recursos humanos. En consecuencia, este Tribunal concluye que la acusación realizada no está llamada a prosperar y, por ende, proseguirá con el análisis del último cargo formulado.

4.7. Examen del cuarto cargo relacionado con el desconocimiento de los artículos 125 y 131 de la Constitución, aunado a la violación de los derechos adquiridos y los principios de buena fe, confianza legítima e igualdad

4.7.1. Resumen de la controversia y problema jurídico

4.7.1.1. En ambas demandas se plantea que la Ley 1821 de 2016 no sólo cambió la edad de retiro forzoso de 65 a 70 años, sino que también extendió la posibilidad de que permanezcan en sus cargos servidores públicos que antes de su entrada en vigencia, ya habían llegado a la edad de retiro forzoso o que llegarían a la misma mientras se adelantaban los concursos de méritos para reemplazarlos.

En este sentido, se afirma que, con la modificación realizada se redujo el número de plazas que habían sido incluidas en varias convocatorias, como ocurre con el concurso de notarios previsto en el Acuerdo 001 de 2015. En efecto, en este último proceso de selección no sólo se incluyeron las vacantes existentes al momento de la convocatoria, sino también aquellas que llegaren a producirse durante la vigencia de la respectiva lista de elegibles, incluyendo las derivadas de la aplicación de la edad de retiro forzoso.

En criterio de los accionantes, con el cambio introducido se vulneran entonces los artículos 125 y 131 del Texto Superior, por cuanto una vez más se aplaza, respecto del caso expuesto, el deber de nombrar a los notarios a través de las reglas del concurso público, mediante la consagración de un beneficio legal que, además de injustificado y de ser contrario al criterio del mérito, preserva el statu quo de quienes se han opuesto de forma reiterada a la renovación en la prestación de la función de otorgar fe pública.

Tal alteración en las reglas del concurso supone quebrantar la imparcialidad y la transparencia con la que debe actuar el Estado y con ello asaltar la buena fe y la confianza legítima de los ciudadanos. De esta manera, si bien el legislador tiene un importante margen de configuración normativa, lo que no puede hacer es desconocer las normas de convocatoria que el mismo se comprometió a respetar y, por esa vía, afectar principios y derechos constitucionales vinculados con el acceso a cargos públicos, como ocurre con los previamente mencionados.

Con el proceder que aquí se cuestiona, señalan que también se desconoce el derecho al debido proceso, toda vez que el Estado no puede cambiar a su arbitrio las reglas que rigen un concurso público, vulnerando con ello igualmente los derechos adquiridos de quienes ingresaron a una lista de elegibles, y cumplieron con las condiciones previstas en la convocatoria para ser nombrados en el cargo al cual aspiraron.

Con base en lo expuesto, se estima que el cambio introducido es asimismo contrario al principio de irretroactividad de la ley, pues su finalidad es el de afectar a las personas que ocuparon los primeros lugares en la lista de elegibles (particularmente en el concurso de notarios), desconociendo su derecho adquirido y modificando hacia el pasado la ley de convocatoria, con el efecto de extender por cinco años más la remuneración y el poder que vienen disfrutando los actuales notarios. Por último, se considera que este tipo de medidas también lesionan el derecho a la igualdad de oportunidades, pues arbitrariamente se niega el acceso al desempeño de cargos y funciones públicas, a quienes superaron con un éxito una convocatoria para tal efecto.

Puntualmente, en el caso de la accionante del proceso D-11938, como solución a la inconstitucionalidad planteada, propone un fallo condicionado, en el entendido de que la

Ley 1821 de 2016 solo entrará en vigencia, respecto de los concursos de méritos existentes, una vez las respectivas listas de elegibles dejen de existir.

Para algunos intervinientes[314], el cargo propuesto no está llamado a prosperar, por cuanto (i) la provisión de cargos se realiza sobre la base de la existencia de vacantes, las cuales no sólo se producen por la edad de retiro forzoso, sino también por la muerte, el abandono del cargo, etc.; mientras dichos fenómenos no ocurran no es posible vincular al servicio público a una persona incluida en una lista de elegibles. Ello demuestra que las reglas del concurso no fueron modificadas, y que las plazas disponibles pueden aumentarse o reducirse por diversos factores y no sólo por la edad[315]. Además, se señala que (ii) la ley carece de efectos retroactivos, pues ello no se infiere de su contenido normativo, ni del querer del legislador expresado en el trámite legislativo.

En el caso puntual del concurso de notarios, se sostiene que (iii) Ley 1821 de 2016 nada dice sobre la vocación de los integrantes de la lista de elegibles de ser nombrados en las vacantes que surjan durante su término de vigencia, ni altera la convocatoria expedida en el Acuerdo No. 01 de 2015. En particular, se afirma que el derecho adquirido para quien gana un concurso, se predica única y exclusivamente respecto de las vacantes existentes, lo cual supone examinar que fue lo que se ofertó en el citado Acuerdo del CSCN. Al revisar su contenido, en concreto, el artículo 1, se destaca que su alcance limitó a ofrecer las vacantes de las notarías ocupadas en interinidad o en encargo; las que se llegaren a crear durante el concurso y la vigencia de la lista de elegibles; y las que resultaren vacantes después del ejercicio de los derechos de carrera. Nada se dice respecto de la preservación de ofertas hipotéticas derivadas de la aplicación de la edad de retiro forzoso o de otra causal de cesación en el servicio.

En línea con lo anterior, se agrega que (iv) no cabe aludir a la existencia de un derecho adquirido, en la medida en que para que ello confluya se requiere acreditar que (a) la persona participó en un concurso de méritos; (b) que el nombre fue incluido en la lista de elegibles y (c) que existe una vacante para ser designado. Tal situación no ocurre respecto de aquellas que vacantes se pudieran llegar a producir, pues en dicho escenario lo que acaece es una mera expectativa. De esta manera, no cabe ningún reproche al Congreso en haber aumentado la edad de retiro forzoso, pues no se estaría desconociendo los derechos adquiridos de los concursantes, los cuales tan sólo reunirían los dos primeros requisitos anteriormente mencionados. Por último, (v) no es posible darles prevalencia a los acuerdos de convocatoria sobre lo dispuesto en la Ley 1821 de 2016, como lo sugieren los accionantes, ya que ello supondría alterar el sistema de fuentes, al otorgar un valor preferente a una norma que carece de fuerza legal.

A diferencia de lo expuesto, otros intervinientes solicitan que la ley sea declarada inexecutable o que, en su lugar, se profiera un fallo de exequibilidad condicionada[316]. Entre los argumentos señalados se hallan los siguientes: (i) la ley impugnada desconoce el principio de confianza legítima, por no consagrar un régimen de transición para que las personas que estaban incluidas en las listas de elegibles, no se vean afectadas por el cambio en la edad de retiro forzoso. Además, se considera (ii) que al haber aumentado el tope de la citada edad, se alteraron las reglas del concurso, las cuales suponen cubrir las vacantes derivadas de la aplicación de dicha causal, de suerte que al modificar tal

situación se desconoció el principio de buena fe y los derechos al debido proceso, a la igualdad y al trabajo de quienes ocuparon los primeros lugares en las listas de elegibles.

En el caso puntual del concurso de notarios, (iii) se afirma que en la convocatoria se incluyó las notarías vacantes (por interinidad o encargo) “y aquellas que pudieran quedar en esa condición durante el desarrollo del concurso o mientras durara la vigencia de la lista de elegibles”[317]. En consecuencia, quienes fueron incluidos en este último acto administrativo tienen un derecho adquirido a ocupar no solo las notarías ofertadas sino aquellas que resultaren vacantes durante los dos años de vigencia de la lista, lo “que podía ocurrir, entre otras razones objetivas, por el cumplimiento de la edad de retiro forzoso (65 años) de quien ejercía el cargo de notario”[318]. Con la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016 se desconoció la citada garantía, pues no sólo se fijó la edad en 70 años, sino que se derogó expresamente el Decreto 3047 de 1989, en el cual se establecía que ellos durarían en sus cargos hasta los 65 años. Con lo anterior, se alteró el número de plazas que fueron convocadas, que incluía el cálculo de las que quedarían disponibles por efectos de llegar los notarios a esta última edad antes del 2 de julio de 2018, privando de todo efecto a la lista de elegibles publicada mediante Acuerdo 026 de 2016. Lo anterior, igualmente conduce a la violación de los artículos 125 y 131 del Texto Superior, toda vez que se le resta eficacia a las reglas del concurso, aunado a que se desconocen derechos como el trabajo, la igualdad y el debido proceso.

Por su parte, la Vista Fiscal resalta el cargo no está llamado a prosperar, pues si bien es cierto que el aspirante que ingresa a una lista de elegibles tiene un derecho adquirido, mal podría decirse que por esa circunstancia obligatoriamente debe ser inscrito en el régimen de carrera, ya que ello depende de otras variables relacionadas con la ocurrencia de determinadas situaciones administrativas. En particular, frente al concurso de notarios, manifiesta que en la convocatoria se incluyó a las notarías que se encontraban en interinidad o en encargo, las que se llegaren a crear durante el desarrollo del concurso o en vigencia de la lista de elegibles, y las que resultaren vacantes después del ejercicio de los derechos de carrera. Tal determinación se sujetó a un componente fijo y a otro variable, en el que cabe, precisamente, la llegada de los notarios a la edad de retiro forzoso. En este orden de ideas, es claro que existe un derecho adquirido al nombramiento siguiendo el orden estricto de ubicación de las personas en la lista, pero no a la efectiva disponibilidad de las vacantes, ya que ellas pueden depender de la ocurrencia de hechos sobrevinientes, como ocurre en el caso bajo examen.

4.7.1.2. De acuerdo con los argumentos expuestos en las demandas, en las distintas intervenciones y teniendo en cuenta el concepto de la Vista Fiscal, le corresponde a la Corte establecer, si el aumento de la edad de retiro forzoso, de forma posterior a la conformación de las listas de elegibles en el concurso para proveer los cargos de notarios, o en otros que se hubieren realizado para garantizar el acceso a la función pública, vulnera los artículos 125 y 131 de la Constitución, así como los derechos adquiridos, la confianza legítima y los principios de buena fe e igualdad de los concursantes, al modificar supuestamente las reglas de tales concursos, las cuales, en criterio de los accionantes, no pueden ser alteradas ni reformadas por el legislador.

Para solucionar el problema jurídico planteado, este Tribunal inicialmente se pronunciará

sobre la obligatoriedad de las reglas dispuestas en los concursos públicos para acceder a los sistemas de carrera, refiriendo de manera particular a los límites constitucionales que ellas le imponen al legislador. En seguida se hará una breve referencia a la naturaleza jurídica de las listas de elegibles. Con sujeción a lo anterior, se procederá a resolver el caso concreto.

4.7.2. Sobre la obligatoriedad de las reglas dispuestas en los concursos públicos para acceder a los sistemas de carrera, y los límites constitucionales que ellas le imponen al legislador

4.7.2.1. La Constitución optó por el sistema de carrera para la provisión de los cargos del Estado (CP art. 125[321]). Con tal fin, como método para materializar dicho sistema se acogió el concurso público, el cual también se extendió para habilitar el ejercicio de determinadas funciones públicas, como ocurre con la función notarial (CP art. 131[322]), al considerar que otorga las condiciones necesarias para determinar no sólo el mérito sino las calidades del funcionario. Con ello, se pretende evitar que sean otros los factores determinantes para el ingreso, la permanencia y el ascenso en la función pública, como ocurre, según lo señala la propia Carta, con la filiación política. En últimas, se busca que quienes accedan al desempeño de las atribuciones a cargo del Estado sean personas con experiencia, conocimiento y dedicación, de manera que se garantice la efectividad en el cumplimiento de sus funciones, buscando con ello la excelencia.

Dentro de este contexto, el concurso público se ha entendido como el medio dirigido a garantizar la selección objetiva del funcionario, basado en la evaluación y determinación de la capacidad e idoneidad del aspirante para cumplir con las funciones propias del cargo a desempeñar. Su fin último es el de escoger entre los distintos candidatos a aquél que pueda brindar las mejores condiciones para el desarrollo de la función pública.

En términos de la Sentencia C-040 de 1995[323], en general, las etapas que se deben surtir para el acceso a cualquier cargo de carrera son: "(i) la convocatoria: fase en la cual se consagran las bases del concurso, es decir, todos aquellos factores que habrán de evaluarse, así como los criterios de ponderación, aspectos que aseguran el acceso en igualdad de oportunidades al aspirante; (ii) reclutamiento: En esta etapa se determina quiénes de las personas inscritas en el concurso cumplen con las condiciones objetivas mínimas señaladas en la convocatoria para acceder a las pruebas de aptitud y conocimiento. Por ejemplo, edad, nacionalidad, títulos, profesión, antecedentes penales y disciplinarios, experiencia, etc.; (iii) aplicación de pruebas e instrumentos de selección: a través [de estos elementos de evaluación] se establece la capacidad profesional o técnica del aspirante, así como su idoneidad respecto de las calidades exigidas para desempeñar con eficiencia la función pública. No sólo comprende la evaluación intelectual, sino de aptitud e idoneidad moral, social y física; y (iv) la elaboración de lista de elegibles: (...) etapa [en la que] se incluye en lista a los participantes que aprobaron el concurso y que fueron seleccionados en estricto orden de mérito de acuerdo con el puntaje obtenido."

4.7.2.2. En relación con la obligatoriedad de las reglas del concurso, en la Sentencia T-256 de 1995[324], esta Corporación afirmó que al "señalarse por la administración [sus] bases (...), éstas se convierten en reglas particulares obligatorias tanto para los participantes

como para aquélla; es decir, que a través de dichas reglas la Administración se autovincula y autocontrola, en el sentido de que debe respetarlas y que su actividad, en cuanto a la selección de los aspirantes que califiquen para acceder al empleo o empleos correspondientes, se encuentra previamente regulada, de modo que no puede actuar en forma discrecional al realizar dicha selección. Por consiguiente, cuando la administración se aparta o desconoce las reglas del concurso o rompe la imparcialidad con la cual debe actuar, o manipula [sus] resultados (...), falta a la buena fe (art. 83 C.P.), incurre en violación de los principios que rigen la actividad administrativa (igualdad, moralidad, eficacia e imparcialidad) y, por contera, puede violar los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al trabajo de quienes participaron en el concurso y resultan lesionados en sus intereses por el proceder irregular de aquélla”.

En este mismo orden de ideas, en la Sentencia SU-133 de 1998[325], la Corte sostuvo que se quebranta el derecho al debido proceso, cuando el nominador cambia las reglas de juego aplicables al concurso y sorprende al concursante que se sujetó a ellas de buena fe. Tal comportamiento también lesiona el derecho al trabajo, pues la persona es privada del acceso a la función pública, a pesar de que el orden jurídico le aseguraba que, si cumplía con ciertas condiciones, sería la escogida para el efecto.

En línea con lo expuesto, este Tribunal ha sostenido que los aspirantes en un concurso tienen derecho a la confianza legítima, vocablo que significa, en términos generales, que ciertas expectativas, que son suscitadas por un sujeto de derecho en razón de un determinado comportamiento, y que producen efectos jurídicos, no pueden ser objeto de cambios bruscos e intempestivos por parte de la Administración, defraudando la buena fe y la transparencia con la que deben actuar los organismos del Estado. De ahí que, la Corte haya señalado:

“[Que] cuando la confianza legítima en que un procedimiento administrativo será adelantado y culminado de conformidad con las reglas que lo rigen es vulnerada, se presenta una violación del debido proceso en la medida en que este derecho comprende la garantía de que las decisiones adoptadas por la Administración lo serán de tal manera que se respeten las reglas de juego establecidas en el marco legal así como las expectativas que la propia administración en virtud de sus actos generó en un particular que obra de buena fe. En efecto, la Constitución misma dispuso que una de las reglas principales que rigen las relaciones entre los particulares y las autoridades es la de que ambos, en sus actuaciones, ‘deberán ceñirse a los postulados de la buena fe’.”[326]

4.7.2.3. La obligatoriedad que surge para la Administración en términos de autovinculación y autocontrol, incluye la sujeción a las reglas del concurso por parte del legislador. Así lo admitió este Tribunal en la Sentencia C-1040 de 2007[327], al pronunciarse sobre las objeciones formuladas por el Gobierno Nacional al Proyecto de Ley No. 176 de 2006 Cámara, 105 de 2006 Senado, “por la cual se dictan algunas disposiciones sobre el concurso público de acceso a la carrera de notario y se hacen algunas modificaciones a la Ley 588 de 2000”. Puntualmente, se dijo que:

“(…) podría considerarse que [la] (...) limitante para la modificación de las reglas del concurso únicamente concierne a la Administración, mas no al legislador. No obstante, la

Corte ha dicho que también el legislador está sometido a ella, en virtud de que en el cambio de las condiciones de evaluación y acceso a los cargos públicos se confunde la vigencia de múltiples garantías y derechos de rango constitucional, que no pueden ser desconocidos ni siquiera por la ley. Por ello (...) [este Tribunal] ha dicho que 'la libertad del legislador para regular el sistema de concurso de modo que se garantice la adecuada prestación del servicio público, no puede desconocer los derechos fundamentales de los aspirantes que se satisfacen mediante la participación igualitaria en los procedimientos legales de selección de los funcionarios del Estado'[328]".

En el citado caso, cuyo análisis es importante para efectos de la resolución del problema planteado en esta providencia, esta Corporación se pronunció sobre la constitucionalidad de un proyecto de ley que, de manera particular y concreta, se dirigía a regular la carrera especial notarial. Dentro de tal iniciativa se incluía un precepto a través del cual se ordenaba la adecuación de los concursos que se estaban desarrollando a los nuevos parámetros fijados en la ley, entre los cuales se consagraban puntajes para evaluar las pruebas de conocimiento y para valorar la experiencia notarial, el régimen de inhabilidades y las garantías para prestar el servicio, etc.[329]

Para la Corte, la citada disposición era claramente inexecutable porque al disponer el cambio de las reglas de juego, se defraudaba la confianza legítima de los aspirantes a ocupar las plazas notariales, afectando, igualmente, principios esenciales a la administración pública como la transparencia, la publicidad, el derecho igualitario de acceso a cargos públicos y el principio de buena fe.

Como parte de las motivaciones expuestas, este Tribunal destacó que, como consecuencia de la obligatoriedad de las reglas del concurso, sus bases deben respetarse de principio a fin, por lo que, de producirse un cambio por parte del legislador, se causaría una violación múltiple de varios principios y derechos constitucionales de los aspirantes. En particular, el examen realizado por la Corte fue el siguiente:

"(...) el principio de transparencia de la actividad administrativa se empaña si en contravía de las legítimas expectativas del aspirante, su posición en el concurso se modifica durante su desarrollo; el principio de publicidad (art. 209 C.P.) se afecta si las reglas y condiciones pactadas del concurso se modifican sin el consentimiento de quien desde el comienzo se sujetó a ellas; los principios de moralidad e imparcialidad (ídem) de la función administrativa se desvanecen por la inevitable sospecha de que un cambio sobreviniente en las reglas de juego no podría estar motivado más que en el interés de favorecer a uno de los concursantes; el principio de confianza legítima es violentado si el aspirante no puede descansar en la convicción de que la autoridad se acogerá a las reglas que ella misma se comprometió a respetar; se vulnera el principio de la buena fe (art. 83 C.P.) si la autoridad irrespeta el pacto que suscribió con el particular al diseñar las condiciones en que habría de calificarlo; el orden justo, fin constitutivo del Estado (art. 2º C.P.), se vulnera si la autoridad desconoce el código de comportamiento implícito en las condiciones de participación del concurso, y, en fin, distintos principios de raigambre constitucional como la igualdad, la dignidad humana, el trabajo, etc., se ven comprometidos cuando la autoridad competente transforma las condiciones y requisitos de participación y calificación de un concurso de estas características. Adicionalmente, el derecho que todo ciudadano tiene al acceso a

cargos públicos, consagrado en el artículo 40 constitucional, se ve vulnerado si durante el trámite de un concurso abierto, en el que debe operar el principio de transparencia, se modifican las condiciones de acceso y (...) evaluación.”

Sin perjuicio de lo anterior, esta Corporación insistió en que cualquier modificación o cambio en las bases del concurso, conduce a la violación del derecho a la confianza legítima. De esta manera, precisó que “quien participa en un concurso público para proveer un cargo lo hace con la seguridad que se respetaran las reglas impuestas. Cuando éstas se desconocen por la entidad que lo ha convocado, más aún cuando se cambian después de haberse realizado todo el trámite, se defrauda la confianza de la persona”[330]. Para finalizar, citó la Sentencia T-298 de 1995[331], en la que este Tribunal reiteró que:

“(…) la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido enfática en precisar que los concursos, cuya finalidad sea el acceso a la función pública, deben sujetarse estrictamente a los procedimientos y condiciones fijados de antemano y que las reglas que los rigen son obligatorias, no sólo para los participantes sino también para la administración que, al observarlas, se ciñe a los postulados de la buena fe (C.P. art. 83), cumple los principios que según el artículo 209 superior guían el desempeño de la actividad administrativa y respeta el debido proceso (C.P. art. 29), así como los derechos a la igualdad (C.P. art. 13) y al trabajo (C.P. art. 25) de los concursantes. Una actitud contraria defrauda las justas expectativas de los particulares y menoscaba la confianza que el proceder de la administración está llamado a generar”.

Con ocasión del examen realizado, la Corte concluyó que debía extender el alcance de su pronunciamiento, a la norma que refería a la entrada en vigor de la ley[332], para excluir de ella cualquier lectura o interpretación que pudiese llevar a considerar que, una vez sancionada, tenía la capacidad de afectar los concursos en trámite. Textualmente, se expuso que:

“(…) de conformidad con los comentarios efectuados en relación con el artículo 8º, las medidas contenidas en este proyecto de ley no pueden aplicarse a los concursos que se estén celebrando, pues ello implicaría el desconocimiento de las reglas de juego inicialmente pactadas, así como la vulneración de derechos subjetivos de los concursantes. En esa medida, el artículo 9º del proyecto de ley, que ordena la aplicación de la ley a partir de su promulgación y dispone la derogación de las normas que le sean contrarias debe interpretarse también como no aplicable al concurso que se convocó por orden de la citada sentencia[[333]]. Dado que la Corte Constitucional impidió que el concurso en proceso se ajustara a las normas de la ley en trámite, resulta perfectamente compatible con esa decisión que se establezca que las normas de la nueva ley no serán aplicables, desde el momento de su promulgación, al concurso que ya está en proceso, así como que las normas de la nueva ley no puedan derogar las disposiciones que inspiraron la convocatoria del concurso que está en trámite. // En consecuencia, la Corte declarará la exequibilidad condicionada del artículo 9º del proyecto de ley, en el entendido de que el mismo no es aplicable al concurso cuya convocatoria se ordenó mediante Sentencia C-421 de 2006.”

4.7.2.4. Posteriormente, en la Sentencia C-878 de 2008[334], la Corte reiteró que los

participantes de los concursos de mérito tienen derecho a que se preserven las reglas de la convocatoria. En dicha oportunidad, estudió una demanda de inconstitucionalidad contra algunas normas de la Ley 938 de 2004, “Por la cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación.”

Cabe precisar que ninguno de los cargos formulados por el demandante estaba relacionado con esta temática. No obstante, el asunto fue abordado como consecuencia de la declaratoria de inconstitucionalidad de las normas que le otorgaban facultades reglamentarias a la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación, por vulnerar el principio de reserva de ley. Respecto de los concursos que se encontraban en desarrollo, la Sala Plena determinó que:

“Por lo tanto, a pesar de que en la presente sentencia se declarará la inconstitucionalidad de las facultades otorgadas por la Ley 938 de 2004 a la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación para reglamentar los concursos de la Fiscalía, los concursos de mérito que ya se iniciaron en esa entidad deben seguir su proceso y culminar de acuerdo con lo establecido en los reglamentos que en su momento fueron dictados por la mencionada Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía. Todo ello con el fin de preservar los principios de publicidad y transparencia de las actuaciones de la administración, de conferirle vigencia al principio de buena fe y a la garantía de la confianza legítima, y de garantizar el principio de igualdad y el derecho de acceso a los cargos públicos de las personas que ya se encuentran participando en los concursos de méritos.”

Por último, en la Sentencia C-588 de 2009[335], este Tribunal también se refirió al respeto de las condiciones fijadas para el desarrollo de los concursos públicos, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2008, “por medio del cual se adiciona el artículo 125 de la Constitución Política”[336]. En esta ocasión, al realizar el juicio de sustitución, la Corte determinó que uno de los elementos esenciales de la Carta es el principio constitucional de la carrera administrativa. Entre cuyos supuestos básicos se encuentran el mérito y el concurso público. En cuanto a este último, resaltó que “cuando se fijan en forma precisa y concreta cuáles son las condiciones que han de concurrir en los aspirantes y se establecen las pautas o procedimientos con arreglo a los cuales se han de regir los concursos, no existe posibilidad legítima alguna para desconocerlos”.

4.7.2.5. Por consiguiente, como se deriva de lo expuesto, las reglas que rigen los concursos públicos deben respetarse de principio a fin, tanto por sus destinatarios como por la administración, lo que incluye obviamente la actividad a cargo del legislador, sin que resulte válido proceder a modificar o cambiar sus bases o los efectos que de él derivan, pues ello equivaldría no sólo a un desconocimiento de la confianza legítima, sino de múltiples derechos y principios de raigambre constitucional, como ocurre con los principios de transparencia, publicidad, buena fe, moralidad e imparcialidad, y los derechos a la igualdad, al debido proceso y al trabajo.

Las listas de elegibles que se conforman a partir de los puntajes asignados con ocasión de haber superado con éxito las diferentes etapas de un concurso son inmodificables, una vez

han sido publicadas y se encuentran en firme. Por tal razón, en la Sentencia T-455 de 2000[337], se señaló que aquél que ocupa el primer lugar en un concurso no cuenta con una simple expectativa de ser nombrado sino que en realidad es titular de un derecho adquirido. Sobre el particular, esta Corporación indicó que:

“Consagra el artículo 83 C.P. que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presume en todas las gestiones que se adelanten ante ellas. // Se entiende que cuando una entidad pública efectúa una convocatoria para proveer un empleo de carrera administrativa, es porque indudablemente existe el cargo y carece de toda razonabilidad someter a un particular interesado en el mismo a las pruebas, exámenes y entrevistas que pueden resultar tensionantes para la mayoría de las personas, sin que el proceso adelantado y sus resultados se traduzcan en el efectivo nombramiento.

En consecuencia, una vez que se han publicado los resultados, es perentorio que la entidad que ha convocado al concurso entre a proveer el cargo respectivo, designando para el efecto a quien ocupó el primer lugar y, por sus méritos, se ha hecho acreedor a ocuparlo. // Para la Corte es indudable que quien respondió a una convocatoria hecha por una entidad pública, presentó los exámenes, pruebas, entrevistas, documentación exigida y además, practicados aquéllos los superó satisfactoriamente y ocupó el primer lugar en una lista de elegibles, tiene, en tal virtud y por mandato constitucional, no una mera expectativa sino un verdadero derecho adquirido a ser nombrado en el cargo correspondiente”. Énfasis por fuera del texto original.

Desde el punto de vista orgánico, las listas sistematizan la información de los resultados del concurso; indican quiénes están llamados a ser nombrados, de acuerdo con el número de plazas a ocupar; y definen el orden de elegibilidad en el que han quedado los participantes según su puntaje.

Más allá de que tal orden se plasme en un documento en el que se enlistan a los distintos participantes del concurso, lo cierto es que, respecto de cada uno de ellos, se genera un acto administrativo de contenido particular y concreto, en la medida que surten un efecto inmediato, directo y subjetivo frente a cada destinatario, cuyo derecho singular que debe ser respetado por la Administración. Por ello, en línea con lo expuesto, en la Sentencia SU-913 de 2009[338], se advirtió que las listas son un acto creador de derechos, las “cuales encuentran protección legal por vía de la teoría de la estabilidad relativa del acto administrativo, así como protección constitucional por virtud del artículo 58 [del Texto Superior], en cuyos términos ‘se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores’ (...).”[339], salvo que ello sea necesario por motivos de utilidad pública e interés social y siempre que medie indemnización previa del afectado.

De este modo, es claro que la consolidación del derecho que otorga el haber sido incluido en una lista de elegibles, se halla indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de dicha lista y el número de plazas o vacantes a proveer, sin perjuicio de que estas últimas se encuentren sometidas a algún tipo de condición que, en la práctica, las torne finalmente variables.

4.7.4. Caso concreto

4.7.4.1. Siguiendo el problema jurídico previamente planteado, en el asunto bajo examen, le corresponde a la Corte establecer, si el aumento de la edad de retiro forzoso, de forma posterior a la conformación de las listas de elegibles en el concurso para proveer los cargos de notarios, o en otros que se hubieren realizado para garantizar el acceso a la función pública, vulnera los artículos 125 y 131 de la Constitución, así como los derechos adquiridos, la confianza legítima y los principios de buena fe e igualdad de los concursantes, al modificar supuestamente las reglas de tales concursos, las cuales, en criterio de los accionantes, no pueden ser alteradas ni reformadas por el legislador.

4.7.4.2. Antes de abordar el asunto de fondo, la Corte considera necesario reseñar la posición que sobre el particular asumió el legislador y la que, por el contrario, expuso la Superintendencia de Notariado y Registro. Luego de lo cual se hará referencia al concepto que, en relación con el tema, expidió el Consejo de Estado; y se concluirá con una relación de las pruebas que se decretaron durante la etapa de admisión de las demandas.

(i) La postura final del legislador sobre el tema se encuentra plasmada en el informe de la subcomisión que se nombró en la plenaria del Senado de la República, precisamente para abordar el estudio del tema del impacto de la ley respecto de los concursos en trámite, en particular, en el concurso notarial.

En la Gaceta del Congreso No. 305 de 2017, el Congreso refiere a la distinción que existe entre derechos adquiridos y meras expectativas, definiendo los primeros como “aquellos que se incorporan de modo definitivo al patrimonio de su titular y que quedan cubiertos de cualquier acto oficial que pretenda desconocerlos, pues la propia Constitución los garantiza y protege”; mientras que, los segundos, suponen la falta de acreditación de los requisitos de los cuales depende el nacimiento de un derecho, por lo que su situación puede ser modificada o extinguida por el legislador.

Con sujeción a lo anterior, y frente al caso en concreto, se afirma que la convocatoria a un concurso “se hace señalando los cargos que van a ser llamados a proveer y excepcionalmente se realizará una lista de elegibles indicando que los cargos que queden vacantes en el transcurso de un tiempo límite serán ocupados por quienes continúan en el orden descendente de puntaje.”[340] Para el legislador, mientras la primera situación genera derechos ciertos a quienes concursaron y obtuvieron el primer puesto en la lista de elegibles, en la segunda hipótesis “el nombramiento se deja sometido a una condición o a la generación de un hecho posterior, caso en el cual no se trata de derechos adquiridos, si no de meras expectativas, las cuales pueden ser modificadas por el legislador, siempre atendiendo [a] los parámetros de justicia y equidad contemplados en nuestra Carta Política”[341].

En este contexto, al entender que no existe realmente una vacante hasta que no opere la edad de retiro forzoso, como condición a la cual estaría sujeta la aplicación de lista de elegibles, se consideró que la ley no estaba afectando derechos adquiridos y que, por ende, podía aplicarse a todas las personas que desempeñan funciones públicas que -antes de su entrada en vigencia- no hayan cumplido 65 años, las cuales, con ocasión del nuevo límite, podrán continuar en sus cargos hasta los 70.

(ii) La Superintendencia de Notariado y Registro expuso que mediante Acuerdo No. 001 de 2015 se convocó a concurso de méritos, con el fin de proveer a nivel nacional la totalidad de las notarías que a la fecha se encontraran en interinidad o en encargo, las que se llegaren a crear durante el desarrollo del concurso y la vigencia de la lista de elegibles, y las que resultaren vacantes después del ejercicio de los derechos de carrera. A través de Acuerdo No. 026 de 2016, el Consejo Superior aprobó la lista definitiva de elegibles, concurso que tuvo un costo de \$ 6.768.631.724 pesos.

Para la Superintendencia, con el incremento de la edad de retiro forzoso en cinco años, no se producirán las vacantes esperadas por edad, situación “que vulnera ostensiblemente el principio de confianza legítima respecto de los integrantes de la lista de elegibles, en tanto reduce las posibilidades de ocupar una notaría[,] en razón a que la mayoría de ellas no quedarán vacantes durante [su] vigencia”[342].

Como producto de esta situación, se insiste, en que “no hay notarios activos que tengan más de 65 años (salvo los casos en los que está en curso el procedimiento para su retiro)”[343], por lo cual, en el fondo, como consecuencia de la modificación realizada, “no habría retiro de notarios por cumplimiento de edad de retiro forzoso hasta dentro de cinco años.”[344]

Dentro de este contexto, y en el curso del trámite legislativo, con el fin de preservar las condiciones bajo las cuales se realizó el concurso de méritos, la Superintendencia propuso incluir un párrafo transitorio, excluyendo su afectación con ocasión de la entrada en vigor de la ley, el cual no fue acogido por el Congreso[345].

(iii) El Gobierno Nacional le formuló un concepto al Consejo de Estado, en el que, entre otros temas, le preguntó sobre (a) la situación de las personas que alcanzaron la edad de retiro forzoso antes de la entrada en vigencia de la nueva ley, pero que, por diferentes razones, continuaban ejerciendo funciones públicas, y (b) la situación de los notarios que fueron retirados de sus cargos por haber llegado a la edad de retiro forzoso prevista en la legislación anterior, pero que seguían ejerciendo sus funciones mientras se nombraban las personas que los iban a reemplazar, frente a los derechos de quienes participaron en el último concurso público para el nombramiento de notarios y quedaron en los primeros lugares de la lista de elegibles.

Entre las distintas consideraciones expuestas por el Consejo de Estado[346], algunas de las cuales ya han sido reseñadas en esta providencia, cabe resaltar que, a partir de lo dispuesto en el artículo 4[347], se consideró que la Ley 1821 de 2016 carece de efectos retroactivos, pues para regular su entrada en vigor se consagró los efectos generales e inmediatos, a partir de su publicación ocurrida el 30 de diciembre de 2016.

Con ocasión de lo anterior, y al no haberse previsto un régimen de transición, se explicó que la consecuencia que se genera es que la ley “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).”

Así las cosas, en términos prácticos, la ley tendría dos consecuencias: (a) ampliar la edad de

retiro para las personas que estando cobijadas por la causal y no habiendo sido exceptuadas por el inciso segundo del artículo 1[348], no hubieran cumplido la edad prevista en la normatividad anterior (65 años), al momento de entrar a regir la Ley 1821 de 2016; y (b) someter a la nueva edad de retiro forzoso (70 años) a las personas que no habiendo cumplido esa edad al 30 de diciembre de 2016 y no encontrándose incursas en las excepciones previstas en el inciso segundo del artículo 1, no estaban sujetas a la causal de retiro forzoso por la edad, conforme a la legislación anterior.

Con fundamento en lo expuesto, se dio respuesta a las preguntas formuladas por el Gobierno Nacional, en primer lugar, señalando que respecto de quienes ya había operado la edad de retiro forzoso antes del 30 de diciembre de 2016, así siguieran en sus cargos por cualquier motivo, debían ser retirados efectivamente del servicio, dentro de los términos y condiciones que se señalan en la ley. Y, en segundo lugar, frente a su impacto en lo que atañe al concurso de notarios, se conceptualizó que:

“Tal como se explica en este concepto, la Ley 1821 de 2016 no produce ningún efecto en relación con las vacantes que se generaron antes de su entrada en vigencia, por haber llegado algunos notarios públicos a la edad de retiro forzoso. En consecuencia, tales vacantes deben ser provistas, en el orden que corresponda, con las personas que resultaron incluidas en la lista de elegibles.

Sin embargo, los notarios públicos que hayan cumplido o cumplan la edad de 65 años a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1821 quedan sujetos automáticamente a la nueva edad de retiro forzoso prevista en el artículo 1º de la Ley 1821 de 2016, por lo que, en esos casos, no se genera vacancia en la respectiva notaría al llegar a los 65 años de edad, ni sus titulares están obligados a retirarse del cargo antes de cumplir la nueva edad de retiro forzoso.”[349]

(iv) Finalmente, en el auto admisorio de la demanda, se solicitó oficiar al Procurador General de la Nación, a la Fiscalía General de la Nación y al Consejo Superior de la Judicatura para que informaran sobre el impacto que produjo la entrada en vigor de la Ley 1821 de 2016, respecto de los concursos de méritos que se estaban adelantando o se pensaban adelantar en dichas instituciones.

Al respecto, la Fiscalía General de la Nación señaló que no se encontraba adelantando ningún concurso de méritos y que, respecto de las Convocatorias 001 a 018 de 2008, la ley no ha tenido ningún impacto, “ya que ninguna de las personas que han sido nombradas desde el 30 de diciembre de 2016 ha superado la edad de 65 años”[350]. La Procuraduría manifestó que dicha entidad está adelantando actualmente dos concursos de méritos: “el primero, convocado mediante la Resolución 040 del 20 de enero de 2015, el cual está en etapa de período de prueba de conformidad con el artículo 2 ibídem; el segundo, convocado a través de Resolución 332 del 12 de agosto de 2015, que se halla en la etapa de conformación de la lista de elegibles. Ahora bien, en los mencionados actos administrativos se dispuso que uno de los requisitos generales para acceder a los cargos ofertados sería no estar incurso en la edad máxima de retiro forzoso (65 años), (...) vigente para la época de apertura de las convocatorias”[351]. Por lo anterior, señala que respecto de los citados concursos, “la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016 no ha tenido, hasta el momento,

impacto alguno, por cuanto la apertura de las convocatorias se realizó con anterioridad a la expedición de dicha norma”[352].

Por último, el Consejo Superior de la Judicatura señaló que la modificación realizada en la ley, en torno al incremento de la edad de retiro forzoso “puede originar la disminución de probabilidades de ingreso en propiedad de los aspirantes que participen en los diferentes concursos de méritos destinados a la provisión de cargos de carrera en propiedad de funcionarios y empleados de la Rama Judicial, toda vez que aquellos servidores judiciales que ostentan actualmente sus cargos en propiedad, [y que] estaban prontos a retirarse y les cobija dicha norma, pueden permanecer en los mismos, por cinco (5) años más. // Por lo anterior, en los procesos de selección de la Rama Judicial, es posible que algunos de los concursantes no logren su aspiración de ingreso en propiedad a los cargos de carrera judicial, en virtud a que se espera que con la expedición de la Ley 1821 de 2016, se produzcan menos vacantes durante el término de los cuatros años de vigencia de los respectivos registros de elegibles”[353].

4.7.4.3. En varias de sus sentencias, la Corte se ha referido a los conceptos de derechos adquiridos y meras expectativas, distinción terminológica que, en el caso bajo examen, adquiere una especial consideración. Precisamente, en la Sentencia T-832A de 2013[354], se dijo que “[u]na persona tiene un derecho adquirido cuando ha cumplido la totalidad de los requisitos exigidos para el reconocimiento del mismo; [mientras que, se] estará ante una mera expectativa cuando no reúna ninguno de los presupuestos de acceso a la prestación”. Así las cosas, al tiempo que las meras expectativas carecen de amparo en la resolución de casos concretos, los derechos adquiridos gozan de una poderosa salvaguarda por haber ingresado al patrimonio de su titular.

Como se advierte de lo anterior, estos conceptos operan cuando las personas pueden verse afectadas con ocasión de un tránsito legislativo, como se alega en el asunto bajo examen, en el que se pone de presente la presunta afectación de un derecho adquirido, con ocasión de la disminución de las vacantes que se destinarán a ser utilizadas con las listas o registros de elegibles de los concursos públicos adelantados antes de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016, las cuales estaban produciendo efectos, con miras a garantizar el acceso al desempeño de las funciones públicas, de acuerdo con el principio del mérito.

Es verdad que quienes ingresan a una lista o registro de elegibles adquieren derechos concretos y específicos, que ya no pueden ser tratados como meras expectativas. En efecto, como previamente se explicó, existe un derecho adquirido de los concursantes, que se operativiza a partir del lugar que se ocupó dentro de dicha lista y el número de plazas o vacantes a proveer. Así, quienes la conforman tienen el derecho constitucional a ser nombrados en los cargos ofrecidos en el concurso, de acuerdo con el orden de precedencia.

En la medida en que la acusación se enfocó en el concurso de notarios, allí se advierte que el Acuerdo No. 001 de 2015, “por el cual se convoca, se fijan las bases y el cronograma del concurso de méritos público y abierto para el nombramiento de notarios en propiedad e ingreso a la carrera notarial”, expedido por el Consejo Superior de la Carrera Notarial, dispone, en el artículo 1, que la convocatoria a concurso de méritos para proveer el cargo

de notario en propiedad, comprende la totalidad de las notarías que a la fecha de expedición del citado acto administrativo se encontraban en interinidad o encargo, “las que se llegaren a crear durante el desarrollo del concurso y la vigencia de la lista de elegibles, o las que resulta[ren] vacantes después del ejercicio de los derechos de carrera”[355]. A continuación, se enlistan de forma concreta las notarías de primera (32), segunda (23) y tercera (78) categoría a ocupar.

Como se puede apreciar, en el citado acto administrativo, se hizo una relación específica de las notarías vacantes a proveer (133), al mismo tiempo que se dispuso un componente de asignación de naturaleza variable, referente a las que se llegaren a crear durante el desarrollo del concurso y la vigencia de la lista de elegibles o las que resultaren vacantes después del ejercicio de los derechos de carrera. Este último concepto se explica en el artículo 178 del Decreto 960 de 1970, en donde se señala que “[l]a permanencia en la carrera está subordinada a la continuidad en el servicio, salvo el caso de licencia”, siendo derechos derivados de pertenecer a la carrera notarial los siguientes:

“1.- Derecho a permanecer en la misma notaría dentro de las condiciones del presente estatuto.

2.- Derecho a participar en concursos de ascenso.

3.- Preferencia para ocupar, a solicitud propia y dentro de la misma circunscripción político-administrativa, otra notaría de la misma categoría que se encuentre vacante.

4.- Prelación en los programas de bienestar social general y en los de becas y cursos de capacitación y adiestramiento.”[356]

Para el ejercicio del derecho de preferencia, se requiere que la notaría pretendida se encuentre vacante “por la concreción de las circunstancias taxativas establecidas en la ley conforme a las cuales se presenta una falta absoluta de notario”, como lo son, la muerte, la renuncia o el llegar a la edad de retiro forzoso.

A partir de lo expuesto, se observa que aun cuando las personas incluidas en la lista de elegibles proferida dentro del concurso notarial tienen un derecho adquirido derivado del lugar que ocuparon dentro de dicha lista, las únicas personas que tenían, a su vez, la posibilidad real de ser inscritas en el régimen de carrera, sin discusión alguna, eran las que ocuparon específicamente los lugares correspondientes a los cargos destinados a proveer de forma directa, esto es, las 133 notarías vacantes, pues el resto se sujetó a un componente variable o condición, como lo sería el que se creen nuevas notarías o que se produzca una vacante por el ejercicio de los derechos de carrera, como ocurriría, por ejemplo, cuando se hace uso del derecho de preferencia, por la concreción de la falta absoluta de un notario.

De esta manera, según se deriva de la situación expuesta, el que existan derechos adquiridos en torno a lista, no significa que esa misma situación se predique respecto del derecho de ser inscrito en el régimen de carrera, puesto que, para tal efecto, se requiere que existan vacantes, y que se produzca el nombramiento en el puesto que fue objeto de oferta, para iniciar el período de prueba o los requisitos que analógicamente se prevean en

el ordenamiento jurídico.

Para esta Corporación, en línea con lo expuesto, es claro que la provisión de cargos en la función pública se realiza sobre la existencia de vacantes, de suerte que, mientras tal fenómeno no ocurra, se está en presencia de una mera expectativa, la cual es susceptible de modificación por medio de la ley.

Así las cosas, para que confluja un derecho adquirido en el ingreso al servicio público por medio de listas o registros de elegibles, se requiere acreditar que: (i) la persona participó en un concurso de méritos; (ii) que el nombre fue incluido en la lista de elegibles y (iii) que existe en efecto una vacante para ser designado. Este último supuesto sólo se entiende como acreditado cuando se trata de espacios previamente disponibles en la función pública, más no cuando para su asignación se requiere acreditar un componente de naturaleza variable, pues en dicho escenario lo que acaece es una mera expectativa.

En el caso de la convocatoria realizada para los notarios, cuya explicación se extiende al resto de concursos que se encuentren en situaciones análogas, lo anterior significa que existe un derecho adquirido al nombramiento en el orden de la lista de elegibles respecto de las 133 notarías que se encontraban en interinidad o encargo cuando se expidió el Acuerdo No. 001 de 2015, sin embargo tal condición no se predica de las sujetas a un componente variable, como aquellas que llegarían a tal situación por la renuncia, por el ejercicio del derecho de preferencia o por llegar el notario a la edad de retiro forzoso, en las que, por estar atadas a sucesos sobrevinientes, de naturaleza contingente, mientras no se produzca el hecho que genera la vacante, las circunstancias que permiten su ocurrencia son susceptibles de modificación o cambio legal, ya que no se afecta derecho adquirido alguno. Ello es lo que precisamente ocurrió en el caso bajo examen, en donde, como lo mencionó el Consejo de Estado, las personas que no habían llegado a la edad de retiro forzoso antes de la entrada en vigor de la Ley 1821 de 2016, podían continuar en sus cargos hasta llegar al máximo de los 70 años, sin que se produzca, por tal decisión, la vacante esperada (de carácter accidental) y, por ende, se activase a favor del aspirante el derecho adquirido a ser nombrado.

En este sentido, si bien es cierto que la existencia de un concurso y de una lista de elegibles vincula al Estado e incluso al legislador, como se advirtió con la cita a la Sentencia C-1040 de 2007[357], tal oponibilidad depende de la existencia de un verdadero derecho adquirido, lo cual, como ya se explicó, no acontece en esta oportunidad. Por lo demás, obsérvese que mientras en dicha ocasión lo que se hizo por el Congreso fue impactar de manera particular en la ley que regulaba el concurso para el acceder a la carrera especial notarial y por esa vía alterar los resultados de un procedimiento de selección en curso, en el asunto bajo examen, por el contrario, se adoptó una medida de carácter general que aplica a toda persona que desempeñe una función pública, como se dispone en el artículo 1[358], sin que se advierta una intención de modificar las reglas de la convocatoria

Por lo anterior, en la medida en que la disponibilidad o las vacantes son las que sujetan la existencia del derecho adquirido a ser inscrito en el régimen de carrera, y no la incorporación como tal en una lista de elegibles, la Sala Plena concluye que, en el asunto sub-judice, no se desconoció con la expedición de la Ley 1821 de 2016, la citada garantía

constitucional prevista en el artículo 58 de la Constitución, en armonía con lo consagrado en los artículos 125 y 131, junto con los principios de buena fe, confianza legítima e igualdad, más aún, cuando el artículo 3 de la ley en cita, dispone que su rigor normativo no modifica el sistema de ingreso a ningún cargo público[359].

5. Síntesis

Dada la diversidad de las razones expuestas para solicitar la declaratoria de inconstitucionalidad de los preceptos acusados, tanto por motivos de forma como de fondo, la Corte procedió a realizar una identificación global de los cargos propuestos, los cuales se agruparon en cuatro, a saber: (i) violación del principio de publicidad, respecto de varias actuaciones realizadas a lo largo del trámite legislativo que concluyó con la aprobación del proyecto que dio origen a la Ley 1821 de 2016; (ii) desconocimiento de las reglas de convocatoria a sesiones extraordinarias, al considerar que el decreto que permitió esa instancia de actuación, se profirió por fuera del término y de las condiciones constitucionales habilitadas para el efecto; (iii) vulneración de los principios de racionalidad de la ley y de mérito en el acceso a la función pública, en armonía con el derecho a la renovación laboral, por cuanto la ley impugnada carece de un objetivo constitucional válido, restringe la idoneidad del servicio únicamente al factor edad e impide que tenga aplicación el derecho al relevo generacional que surge del artículo 40.7 del Texto Superior; y finalmente, (iv) infracción de los artículos 125 y 131 de la Constitución, aunado a la violación de los derechos adquiridos y los principios de buena fe, confianza legítima e igualdad, toda vez que el cambio realizado por el Congreso en la edad de retiro forzoso (65 a 70 años) desconoció la firmeza de varias listas de elegibles, que crearon derechos subjetivos de carácter particular y concreto, y que, como parte de las reglas del concurso de méritos para el acceder al servicio público, no podían ser alteradas ni modificadas por el legislador.

(i) En cuanto al primer cargo relacionado con la supuesta violación del principio de publicidad, la Corte descartó la procedencia de los vicios alegados, en primer lugar, al concluir que la aprobación de las actas no es un requisito que haga parte de las formalidades que acompañan el proceso de discusión y aprobación de una iniciativa legislativa, por lo que la demora de tres sesiones que se presentó en la adopción del Acta No. 20 del 9 de noviembre de 2016, como hecho sobre el cual se edificó uno de los cargos, no constituye un vicio de procedimiento susceptible de afectar la validez de la Ley 1821 del año en cita. Por lo demás, tampoco se incurrió en un vicio de tal naturaleza, por la circunstancia de que en el Senado se haya rendido ponencia para cuarto debate, sin que tal acta haya sido aprobada formalmente por la instancia competente, esto es, por la Comisión Séptima de dicha Cámara, pues no se trata de un requisito que se exija para su elaboración y presentación, en los términos del artículo 175 de la Ley 5ª de 1992.

En segundo lugar, luego de un examen sistemático de los artículos 47.3, 97, 115 y 176 de la Ley 5ª de 1992, se concluyó que no existe ningún precepto de orden constitucional o legal que imponga el deber de dar lectura en sede de plenaria a conceptos jurídicos que sean proferidos por instancias administrativas, como lo son el Ministerio del Trabajo y la Superintendencia de Notariado y Registro, por lo que, a juicio de esta Corporación, no se está en presencia de una omisión que dé lugar a la configuración de un vicio de

procedimiento en la Ley 1821 de 2016. Por el contrario, lo que se advirtió es que, en relación con dichos documentos, de manera previa a la votación de la iniciativa, se cumplió con el deber de divulgación a través del medio oficial dispuesto para el efecto, en los términos del artículo 2 de la Ley 1431 de 2011, pues su publicación se realizó en las Gacetas del Congreso Nos. 1077 y 1107 de 2016, respectivamente. A esta misma conclusión se llegó, en lo que atañe al otro reparo formulado, consistente en que no se dio a conocer el articulado que se sometía a discusión y votación en el último debate en la plenaria del Senado, ya que el texto fue puesto a consideración en dicha instancia legislativa previa publicación en la Gaceta del Congreso No. 1034 de 2016.

En tercer lugar, si bien la Corte encontró que se omitió la lectura del informe rendido por la subcomisión nombrada en la plenaria del Senado para estudiar la solicitud de archivo de la iniciativa presentada por la Superintendencia de Notariado y Registro, y que dicha omisión tuvo un impacto en el curso del proyecto, pues el informe fue incorporado como una proposición modificativa del mismo, debiendo ser objeto de lectura en los términos dispuestos en el artículo 125 de la Ley 5ª de 1992, se estaba en presencia del fenómeno de la carencia de objeto, ya que la expresión que había sido incluida en el proyecto como consecuencia de dicha instancia de concertación, esto es, “salvo quienes a tal momento ya hubieran cumplido 65 años de edad”, y que estaría afectada en su constitucionalidad, nunca fue aprobada por el Congreso de la República para convertirse en ley, puesto que la misma fue retirada de la iniciativa en sede de conciliación.

Finalmente, frente a los dos informes de conciliación que se radicaron durante el trámite del proyecto, la Corte consideró que no cabía examinar si la presentación del primer informe podía o no coincidir en el tiempo con la aprobación de la iniciativa en la plenaria del Senado, pues aun cuando ello pudiese llegar a ser considerado como un vicio de procedimiento en el trámite de la ley (CP art 161), el mismo tendría que entenderse como convalidado, a partir de la corrección formal realizada con la radicación y publicación del segundo informe en un día distinto. Por lo demás, se determinó que no existe prohibición constitucional o reglamentaria que impida sustituir el informe de conciliación, en especial, si se tiene en cuenta que la competencia de las comisiones se vincula con la necesidad de resolver controversias y presentar un texto unificado, por lo que es posible realizar ajustes con miras a preservar la identidad de lo aprobado o con el propósito de superar las discrepancias existentes, teniendo como límite el momento en que las plenarios asuman el estudio del tema a través del respectivo debate, siempre que se haya cumplido con el deber de publicar el informe por lo menos con un día de anticipación.

(ii) En lo que respecta al cargo por desconocimiento de las reglas de convocatoria a sesiones extraordinarias, este Tribunal llegó a la conclusión de que no existe prohibición ni en el Texto Superior, ni en el Reglamento del Congreso, que le impida al Presidente de la República, en su condición de Jefe de Gobierno, adicionar las materias que son objeto de discusión en sesiones extraordinarias y que pudieron ser delimitadas inicialmente al formularse la convocatoria. Por el contrario, la realización del principio democrático, vinculado con el acto de creación normativa, justifica la existencia de tal competencia, cuando lo que se busca es culminar un proceso legislativo, respecto del cual existe un interés abstracto de aprobación, que se materializa en lograr la eficacia de la labor legislativa y con ello obtener los fines que explican la expedición de cada ley. Para esta

Corporación, es claro que, así como el Presidente tiene competencia para convocar a sesiones extraordinarias en cualquier momento, también tiene la atribución de adicionar en cualquier tiempo los decretos expedidos con dicho fin, ya sea en su dimensión temática o temporal.

Visto lo anterior, en el asunto sub-judice, si bien se expidió inicialmente un decreto de convocatoria (7 de diciembre de 2016), en el que tan sólo se incluyeron dos proyectos, nada impedía al Gobierno Nacional proceder a su modificación con la promulgación de un nuevo decreto (21 de diciembre de 2016), en el que se adicionó el proyecto sobre la edad de retiro forzoso, para ser aprobado en el mismo término inicialmente dispuesto para adelantar la función legislativa de forma extraordinaria. Tal actuación en nada vulneró los mandatos de la Constitución, sobre todo cuando, como en este caso, la adición se dio dentro del escenario que se buscó con la convocatoria, referente a concluir el trámite legislativo de algunas iniciativas, pues en relación con el proyecto que se convirtió en la Ley 1821 de 2016, lo único que estaba pendiente era la etapa de conciliación, habiéndose ya publicado el informe que sobre el particular se asignó a la comisión designada para el efecto.

Un elemento importante de análisis derivado del tránsito legislativo, es que cuando se realizó la convocatoria a las sesiones extraordinarias, el Gobierno todavía no tenía certeza sobre el avance de la iniciativa, al punto que motivó su adición, ya que dicha circunstancia tan sólo ocurrió cuando se dio el aval al proyecto en la plenaria del Senado de la República el día 14 de diciembre de 2016, y se procedió a radicar el informe de conciliación al día siguiente de esa actuación. De esta manera, tal adición se dio sobre la base de un hecho futuro, desconocido al momento de realizarse la convocatoria, y era el referente a que la iniciativa ya se encontraba a un paso de lograr su aprobación final. De ahí que, a juicio de este Tribunal, no cabe afirmar, como lo hace uno de los accionantes, que existió un comportamiento “antiético” por parte del Gobierno Nacional.

Por último, la adición se incorporó en el Decreto 2087 de 2016, respecto del cual se cumplió con el requisito de publicidad en el Diario Oficial, en el que los asuntos a tratar siempre fueron precisos y concretos, en el que no se amplió el tiempo previsto para el desarrollo de las sesiones extraordinarias y en el que la actuación del Congreso tan sólo se activó durante la etapa de receso de los períodos ordinarios, sin que en ella se haya visto afectada la libre expresión de la regla de la mayoría.

(iii) En lo referente al cargo relacionado con la vulneración de los principios de racionalidad de la ley y de mérito en el acceso a la función pública, en armonía con el derecho a la renovación laboral, la Corte consideró que la ley se justifica en varios objetivos válidos desde el punto de vista constitucional, que en nada afectan el derecho al retiro digno. Así, por una parte, señaló que al ampliar la edad, se aumenta la probabilidad de que las personas puedan cumplir con los requisitos para acceder a una pensión, al permitir que tengan un mayor tiempo para completar las semanas mínimas de cotización o ampliar la base requerida de su ahorro pensional, en beneficio de los derechos a la seguridad social y al mínimo vital. Lo anterior adquiere una especial relevancia frente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en el que se aumentó el número mínimo de semanas de cotización de 1000 a 1300, con ocasión de la expedición de la Ley 797 de 2003. Y, por la otra, porque al subsistir el deber de cotización en el artículo 2 de la Ley 1821 de 2016, se

obliga a quien decida continuar desempeñando funciones públicas, a tener necesariamente que seguir contribuyendo al régimen de seguridad social, lo que permitirá mejorar la sostenibilidad financiera del sistema e, incluso, preservar aportes por solidaridad que terminarán generando un efecto de ampliación de cobertura del derecho a la seguridad social.

Adicionalmente, la modificación en la edad de retiro forzoso, de 65 a 70 años, simplemente prorroga el tiempo posible en el que las personas podrán seguir desempeñando funciones públicas, pero bajo ninguna circunstancia sustituye o deroga la demostración de las calidades académicas, la experiencia, la idoneidad moral o las competencias que se requieren para acceder o permanecer en un empleo, a partir de los requerimientos de mérito que, respecto del ejercicio de cada atribución pública, se dispongan en la Constitución o en la ley. La continuidad no depende entonces únicamente del factor edad, sino del conjunto de condiciones que existan en el ordenamiento jurídico, las cuales no fueron afectadas por la entrada en vigor de la Ley 1821 de 2016.

Por último, si bien es cierto que un aumento en la edad de retiro forzoso afecta en abstracto el relevo entre generaciones, tal impacto, en el asunto sub-judice, no deja de representar un retraso en la aplicación de dicha prerrogativa y no una eliminación de la misma. En efecto, aunque la Corte en varias de sus sentencias ha hecho referencia al derecho de renovación generacional, ello no quiere decir que la edad allí juzgada (65 años), se torne en un inamovible que escape a nuevas valoraciones legislativas, sobre la base de la existencia de criterios objetivos que permitan justificar el cambio que se produce y, por ende, el aplazamiento de las nuevas generaciones en el ingreso a la función pública. Al verificar los antecedentes de la Ley 1821 de 2016, se advierte que el señalamiento de la nueva edad de retiro forzoso se justificó en razones objetivas, entre las 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 financiera del sistema pensional y la alternativa de contar con recursos adicionales para fines de solidaridad.

Existe entonces un principio de razón suficiente en el cambio adoptado, que aun cuando retrasa una medida puntual que favorece a los jóvenes, bajo ninguna circunstancia la elimina del ordenamiento jurídico, y en la que, pese al impacto que se produce, en el fondo subyacen objetivos constitucionales de mayor significación. No sobra recordar que el artículo 54 de la Carta señala que es deber del Estado propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar, lo cual se complementa con lo dispuesto en el artículo 334, en el que dispone que una de las razones que justifican la intervención por parte del legislador en las actividades económicas, es la de dar pleno empleo a los recursos humanos.

(iv) Para finalizar, frente al cargo relacionado con el desconocimiento de los artículos 125 y 131 de la Constitución, aunado a la violación de los derechos adquiridos y los principios de buena fe, confianza legítima e igualdad, toda vez que, como ya se dijo, el cambio realizado por el Congreso en la edad de retiro forzoso desconoció la firmeza de varias listas de elegibles, esta Corporación concluyó que la provisión de cargos en la función pública se

realiza sobre la base de la existencia de vacantes, de suerte que, mientras tal fenómeno no ocurra, se está en presencia de una mera expectativa, la cual es susceptible de modificación por medio de la ley. En este orden de ideas, se puntualizó que no cabe alegar que existe un derecho adquirido, en la medida en que para que ello confluya se requiere acreditar que (a) la persona participó en un concurso de méritos; (b) que el nombre fue incluido en la lista de elegibles y (c) que existe una vacante para ser designado.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- LEVANTAR la suspensión de términos decretada en este proceso mediante Auto 305 de 2017.

Segundo.- Declarar EXEQUIBLE la Ley 1821 de 2016, “por la cual se modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas”, por los cargos analizados.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Presidente

CARLOS LIBARDO BERNAL PULIDO

Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

Con impedimento aceptado

GLORIA STELLA ORTÍZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

Con impedimento aceptado

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

Con impedimento aceptado

MARTHA VICTORIA SACHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO

LUIS GUILLERMO GUERRERO PEREZ

A LA SENTENCIA C-084/18

LEY QUE REGULA EDAD DE RETIRO FORZOSO DE LAS PERSONAS QUE DESEMPEÑEN FUNCIONES PUBLICAS-Afectación en las vacantes con ocasión a su entrada en vigor (Salvamento de voto)

Magistrado Ponente:

Luis Guillermo Guerrero Pérez

Referencia: Expedientes D-11938 y D-11940

Con el acostumbrado respeto, me permito salvar parcialmente el voto en relación con el fallo adoptado mayoritariamente por esta Corporación en la sentencia de la referencia, de la cual soy ponente, de acuerdo con las razones que expongo a continuación:

1. No obstante que estoy de acuerdo con las decisiones proferidas referentes a que no se vulneró el principio de publicidad, ni se desconocieron las reglas de convocatoria a sesiones extraordinarias, ni se incurrió en una violación de los principios de racionalidad de la ley y de mérito en el acceso a la función pública, en armonía con el derecho a la renovación laboral, no comparto el examen propuesto en el último cargo, relativo a la infracción de los artículos 125 y 131 del Texto Superior, aunado a la vulneración de los derechos adquiridos y los principios de buena fe, confianza legítima e igualdad.

2. Para comenzar, cabe destacar que en la medida en que las convocatorias son parte de las bases de los concursos, a través de ellas se materializan los distintos elementos regulatorios que con nivel de certeza se consagran en la ley. Dentro de ellos se encuentra la

definición de la naturaleza o razón de ser de la vigencia de las listas o registros de elegibles, pues se entiende que por medio de ellas se cumplen dos cometidos: el primero, que se provean las vacantes para las cuales se convocó el respectivo concurso; y el segundo, que la administración pueda, durante su vigencia, hacer uso de la misma, para ocupar nuevas vacantes que se presenten o surjan en los cargos objeto de la convocatoria.

En este punto se justifica la alegación propuesta en las demandas acumuladas, tanto respecto del concurso de notarios, como en lo que se refiere a los concursos de la Rama Judicial, pues en ambas convocatorias se tiene como un componente variable, pero cierto, la ocurrencia de la edad retiro forzoso, que hace que necesariamente se tenga que acudir a las listas de elegibles vigentes para ocupar las vacantes que se derivan de la aplicación de dicha causal de retiro del servicio.

En el caso de los notarios, tal circunstancia fue advertida expresamente por la Superintendencia de Notariado y Registro en el curso del trámite legislativo, al señalar que, con ocasión de la expedición de la Ley 1821 de 2016, no se producirán las vacantes esperadas por edad, situación “que vulnera ostensiblemente el principio de confianza legítima respecto de los integrantes de la lista de elegibles, en tanto reduce las posibilidades de ocupar una notaría[,] en razón a que la mayoría de ellas no quedarán vacantes durante [su] vigencia”[360]. Y, en cuanto a la Rama Judicial, cuando con ocasión de las pruebas requeridas por esta Corporación, se manifestó que: “(...) en los procesos de selección (...), es posible que algunos de los concursantes no logren su aspiración de ingreso en propiedad a los cargos de carrera judicial, en virtud a que se espera que con la expedición de la Ley 1821 de 2016, se produzcan menos vacantes durante el término de los cuatro años de vigencia de los respectivos registros de elegibles”[361].

La afectación en las vacantes derivadas por el incremento de la edad de retiro forzoso, se explica por el efecto general e inmediato que tiene la ley impugnada ya que, como lo afirmó el Consejo de Estado[362], por virtud de su aplicación se produce igualmente un efecto retrospectivo, cuyo alcance cubre a todas las situaciones jurídicas que se iniciaron con la legislación anterior, pero que no se habían consolidado antes de la entrada en vigor de la Ley 1821 de 2016. De esta manera, todas las personas que antes del 30 de diciembre del año en cita, todavía no habían cumplido los 65 años, automáticamente pasaron a tener como nueva edad de retiro forzoso el tope de los 70 años.

Este cambio condujo a que, respecto de las listas de elegibles vigentes, ya no se producirían las vacantes esperadas por la ocurrencia de la citada causal de retiro forzoso.

3. En mi criterio, en el caso concreto, tal situación generaba un conflicto de intereses contrapuestos, por un lado, se encontraba que, con carácter general, la ley amplió la edad de retiro forzoso, lo que implicaba que, a partir de su vigencia, ya no resultaba exigible la terminación en el ejercicio de la función pública a los 65 años, y quienes a partir de esa fecha llegaran a esa edad, tendrían la posibilidad de continuar en sus cargos u oficios por cinco años más, con los beneficios intrínsecos que explicaban la expedición de la norma, por ejemplo, en lo referente al ahorro pensional. Y, por el otro, se hallaba la situación de quienes hacían parte de una lista de elegibles para la provisión de cargos en el servicio público, quienes quedarían afectados en sus derechos vinculados con el desarrollo del

concurso, puesto que, antes de la ley, era un hecho cierto que se producirían las vacantes de quienes llegasen a los 65 años.

Ante esta circunstancia, la pregunta que debió resolver la Corte es si se estaba en presencia de una mera expectativa o un derecho adquirido, en relación con las vacantes que todavía no se hubiesen producido, pero que necesariamente debían producirse en una fecha cierta, esto es, cuando el funcionario alcanzara la edad de retiro forzoso (prevista en los 65 años), durante el tiempo de vigencia de las listas o registros de elegibles.

A mi juicio, si bien el legislador puede disponer de la edad de retiro forzoso, al ser una de las materias que se encuentran dentro de su órbita de configuración, lo que no puede es invocar dicha competencia cuando ya existe una lista de elegibles vigentes, pues en tal caso las personas incluidas dentro de la misma, ya tenían un derecho adquirido a ser nombradas dentro del régimen de carrera, al momento de producirse la fecha de cierta del retiro forzoso de quienes venían desempeñando un cargo o función pública, la cual, pese a que se trataba de una fecha que se sabía que iba a ocurrir, fue modificada por parte del legislador con la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016, desconociendo una regla clara, indiscutible y subyacente al concurso, de la cual dependía, en parte, la generación de las vacantes que se suponía serían cubiertas con las convocatorias, tanto en el caso del concurso de los notarios, como en el de la Rama Judicial.

Con lo anterior, en mi opinión, se desconocieron los artículos 125 y 131 de la Constitución, ya que con la alteración de la citada regla se desconoció la imparcialidad y transparencia con la que debe actuar el Estado cuando realiza una convocatoria, pues con la modificación de la edad de retiro forzoso de 65 a 70 años, se cercenó -en la práctica- parte de los efectos previstos para las listas de elegibles, entre ellos, como se acreditó, en los concursos de notarios y de la Rama Judicial, al impedir que se produjeran las vacantes que, en el fondo, eran las llamadas a ser ocupadas con las personas que participaron, aprobaron y fueron seleccionadas para acceder a la función pública.

Con ello, también se desconoció la buena fe y la confianza legítima, toda vez que aun cuando el legislador tiene un importante margen de configuración normativa para señalar la edad de retiro, lo que no puede hacer es desconocer por esa vía las reglas de autovinculación y autocontrol que se derivan de la obligatoriedad de la convocatoria y de sus distintas etapas, generando cambios bruscos e intempestivos que lesionan los derechos de los aspirantes, que, como en este caso, tenían certeza de que ingresarían al servicio público, por el lugar ocupado en la lista de elegibles, una vez ocurriese el hecho cierto de la vacante derivada de que el titular de un cargo o de quien ejerce una función pública llegara a la edad de retiro forzoso.

Por último, estimó que la medida adoptada también lesionó el orden justo (CP art. 2), como fin constitutivo del Estado, toda vez que durante la vigencia de las listas de elegibles se decidió modificar las condiciones de retiro del servicio, dejando en vilo y sin ninguna protección, el derecho cierto que tenían las personas de ser nombradas dentro del régimen de carrera, al momento de producirse la salida, ya presupuestada, de quien venían desempeñando un cargo o función pública.

En este orden de ideas, a pesar de que la Ley 1821 de 2016 tiene en principio una vocación

general, como lo señaló la mayoría de la Sala, su aplicación y su declaratoria de exequibilidad, sin duda alguna, cercenó parte de los efectos prácticos previstos para las listas de elegibles, al impedir que se produzcan las vacantes que, en el fondo, estaban llamadas a ser ocupadas con las personas que participaron, aprobaron y fueron seleccionadas para acceder a la función pública, frente a cuales se predicaba la existencia de un derecho adquirido.

Tal comportamiento ya había sido por reprochado por esta Corporación en la Sentencia C-1040 de 2007[363], cuando declaró la inconstitucionalidad de varias disposiciones que habían sido objetadas, cuyo fin era el de afectar las bases del concurso de notarios que en esa época se encontraba en curso. En dicha providencia, la Corte señaló que la limitante respecto de la imposibilidad de modificar las reglas de la convocatoria no se limitan a la administración, sino que también incluyen al legislador, por lo que a esta autoridad le está prohibido no sólo cambiar los criterios de evaluación, sino igualmente disponer medidas que tornen inoperante, así sea de forma parcial, los resultados de los concursos. En dicha oportunidad, más allá de las normas objetadas, cabe recordar que esta Corporación extendió el alcance de su pronunciamiento, a la norma que refería a la entrada en vigor de la ley[364], para excluir de ella cualquier lectura o interpretación que pudiese llevar a considerar que, una vez sancionada, tenía la capacidad de afectar los concursos en trámite.

Dicho precedente fue el que, en mi criterio, debió adoptarse en el asunto sub-judice, ya que el problema de constitucionalidad derivado de la Ley 1821 de 2016, siguiendo los cargos examinados, no se encontraba en las normas sustantivas que refieren a la edad máxima de retiro, ni a su ámbito de aplicación, ni a los funcionarios exceptuados, ni a la articulación que se prevé con el régimen de seguridad social, y menos aún, a la cláusula de intangibilidad de las normas que rigen el servicio público, sino al momento en el cual entraba en rigor, respecto de los cambios que por ella se introducían.

En este sentido, la propuesta que se llevó a Sala Plena y que no fue acogida por sus integrantes, era la de declarar exequible la totalidad de la Ley 1821 de 2016, salvo el artículo 4, que se propuso declararlo condicionalmente exequible, en el entendido de que el aumento de la edad de retiro forzoso a los 70 años previsto en el artículo 1, en relación con las personas que a la fecha de promulgación de la Ley 1821 de 2016, se encontraban ocupando cargos o desempeñando oficios que impliquen el ejercicio de funciones públicas, respecto de los cuales existiesen listas o registros de elegibles vigentes, solo era aplicable una vez perdieran su vigencia. Este condicionamiento, además, tendría carácter retroactivo, a partir de la fecha de publicación de la ley.

Esto significaba que la edad de 65 años para tornar efectivo el retiro forzoso se mantendría en el caso de los concursos públicos que ya tenían listas o registros de elegibles, de suerte que no podían permanecer en sus cargos u oficios las personas que cumplieron dicha edad, con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016, y hasta tanto concluya la vigencia de dichas listas o registros. En efecto, para estos sujetos su situación no era la que se fijaba en la ley, sino en las listas que impactaban en los cargos que seguirían ocupando.

Por ello, también se propuso que, para asegurar la efectividad de los derechos adquiridos, las vacantes que se llegasen a causar por el condicionamiento propuesto, debían ser provistas con las listas o registros de elegibles vigentes al tiempo de expedición de la ley y que no habían vencido para la época en que se hayan producido o se produzcan las respectivas vacantes, aun cuando tales listas o registros hubiesen perdido su vigencia al momento de adopción de la sentencia por parte de este Tribunal.

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

[1] Cabe aclarar que durante el curso del proceso se expidió el Decreto 321 de 2017, a través del cual se corrigieron los artículos 1 y 4 de la Ley 1821 de 2016, por la existencia de errores caligráficos detectados por el Consejo de Estado, en la Sala de Consulta y Servicio Civil (radicación 11001-03-06-000-2017-00001-00). Tales yerros no afectan los argumentos expuestos en las demandas, ni los apartes que son parcialmente acusados, tal como se verá al explicar cada uno de los cargos propuestos.

[2] Sobre el particular, se expuso que: “La competencia del legislador para establecer y variar la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas, puede aplicarse a todos los cargos públicos, salvo a aquellos de origen constitucional, respecto de los cuales un principio o exigencia constitucional lo impida (...)”, como ocurre con los miembros de la Junta Directa del Banco de la República debido a la regla constitucional que se prevé para su composición, que admite la posibilidad de que los codirectores puedan prolongarse en el ejercicio del cargo incluso por doce años, por razones vinculadas con la necesidad de preservar la autonomía en la política fiscal y garantizar el esquema de frenos y contrapesos. Folios 276 y ss. del cuaderno principal.

[3] En uno de los apartes de la intervención se afirma que: “(...) La Ley 31 de 1992 al definir el ‘régimen legal propio’ del Banco de la República, se ocupó expresamente de la situación de sus trabajadores y muy especialmente de los miembros de su Junta, frente al régimen general, estableciendo puntos de contacto y de diferencia con las normas de alcance general. (...) De esta manera, se puede entrever que el legislador como parte de la autonomía constitucional del Banco, definió de manera específica un régimen de acceso, continuidad, permanencia y estabilidad para los miembros permanentes de su Junta, en el que no aplica como causal el cumplimiento de la edad de retiro forzoso. (...) Para derogar el actual ‘régimen legal propio’ se requiere que se dicte otra normativa que se ocupe directamente de la misma materia y que al hacerlo respete los parámetros constitucionales, entre ellos, el de asegurar la autonomía técnica”. Folio 283 del cuaderno principal.

[4] Sentencias C-717 de 2003, C-572 de 2004, C-888 de 2004, C-353 de 2006, C-292 de 2007, C-766 de 2013 y C-587 de 2014.

[5] Sentencia C-1052 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[6] En desarrollo de lo expuesto, por ejemplo, este Tribunal se ha abstenido de pronunciarse sobre nuevos cargos planteados por el Procurador General de la Nación, en las Sentencias C-130 de 2004, C-237A de 2004, C-211 de 2007, C-292 de 2007 y C-766 de 2013, al entender

que el alcance de su concepto se circunscribe a la acusación formulada por el demandante, esto es, a aquellos cargos que han sido objeto de valoración para su admisión por parte del órgano de control constitucional, y que también han sido materia de pronunciamiento por quienes voluntaria u obligatoriamente intervienen en el proceso.

[7] Se cita el artículo 2.211.1.7 del siguiente tenor literal: “Las personas que antes de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016 tuvieron 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”.

[8] Folios 563 y ss.

[9] M.P. Fabio Morón Díaz.

[10] M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

[11] “Artículo 35. Actas. De las sesiones de las Cámaras y sus Comisiones Permanentes, especialmente, se levantarán actas que contendrán una relación sucinta de los temas debatidos, las personas que han intervenido, los mensajes leídos, las proposiciones presentadas, las comisiones designadas, y las decisiones adoptadas. // Abierta la sesión, el Presidente someterá a discusión, sin hacerla leer, el acta de la sesión anterior, puesta previamente en conocimiento de los miembros de la Corporación, bien por su publicación en la Gaceta del Congreso, o bien mediante reproducción por cualquier otro medio mecánico. (...) Tratándose de la última sesión, el acta será considerada y aprobada antes de cerrarse la reunión, o facultarse a su Mesa Directiva para la debida aprobación. // Si el acta no estuviere totalmente elaborada para la sesión siguiente, el respectivo Secretario presentará y dará lectura a un acta resumida que servirá para el conocimiento y aprobación de la corporación o comisión.”

[12] Folio 4 del cuaderno principal.

[13] Folio 296 del cuaderno principal.

[14] Folio 296 del cuaderno principal.

[15] Folio 297 del cuaderno principal.

[16] Folio 450 del cuaderno principal.

[17] Folio 267 del cuaderno principal.

[18] El ciudadano Fabio César Amorocho Martínez también se refirió tangencialmente al principio de publicidad en escrito radicado el 25 de septiembre de 2017, pero lo hizo por fuera de las razones que motivan los cargos de inconstitucionalidad objeto de examen, de ahí que la irregularidad planteada no pueda ser objeto de análisis, más aún cuando ella se vincula con la demora en la divulgación de las Gacetas del Congreso que fueron solicitadas como parte de las pruebas requeridas en este proceso y que, al final de cuentas, fueron remitidas en su integridad.

[19] “Artículo 175. Contenido de la ponencia. En el informe a la Cámara Plena para segundo debate, el ponente deberá consignar la totalidad de las propuestas que fueron consideradas por la Comisión y las razones que determinaron su rechazo. La omisión de este requisito imposibilitará a la Cámara respectiva la consideración del proyecto hasta cuando sea llenada la omisión.”

[20] Folio 535 del cuaderno principal.

[21] Sentencia C-685 de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. La norma en cita dispone que: “Toda reunión de miembros del Congreso que, con el propósito de ejercer funciones propias de la Rama Legislativa del Poder Público, se efectúe fuera de las condiciones constitucionales, carecerá de validez; a los actos que realice no podrá dárseles efecto alguno (...)”.

[22] Folio 24 del cuaderno principal.

[23] Decreto 1994 de 2016, “Por el cual se convoca al Congreso de la República a sesiones extraordinarias”.

[24] Folio 25 del cuaderno principal.

[25] Decreto 2087 de 2016, “Por el cual se modifica el Decreto número 1994 de 2016, por el cual se convoca al Congreso de la República a sesiones extraordinarias”.

[26] Ibídem.

[27] Ibídem.

[29] Folio 26 del cuaderno principal.

[30] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[31] Folio 27 del cuaderno principal. Sobre el particular, cita los siguientes apartes de la Sentencia C-685 de 2011: “Así mismo, existe constancia, mediante certificaciones expedidas por el señor Subgerente de Producción de la Imprenta Nacional en el sentido de que el Decreto 4906 de diciembre 16 de 2009, publicado en el Diario Oficial 47.565 de esa misma fecha, fue recibido por esa entidad a las 10:45 p. m. de ese día 16 de diciembre, y de que el referido Diario Oficial, pese a la fecha que aparece en su encabezado, sólo estuvo a efectiva disposición del público el lunes 21 de diciembre a partir de las 8:00 a. m. Según estas precisiones, es claro entonces que[,] al momento de realizarse la sesión plenaria de cada una de las corporaciones legislativas, no se había producido aún la efectiva publicación del correspondiente decreto de convocatoria a sesiones extraordinarias.” // “Respecto de las posibilidades de corrección de este específico vicio procedimental, encuentra la Sala que en el presente caso no es posible subsanar el vicio que se presenta, por cuanto no es dable corregir una manifestación de voluntad que, por expresa manifestación constitucional, carece de cualquier atisbo de validez, en cuanto no se cumplió con el presupuesto que investía a las cámaras de la competencia para debatir y decidir en desarrollo de un procedimiento legislativo. Siendo esta la situación, y existiendo una consecuencia expresamente prevista por el texto constitucional –la carencia de validez y la

imposibilidad de atribuir efectos de algún tipo- no existe manifestación de voluntad del Congreso que deba ser corregida, por lo que no es la subsanación una acción posible para enmendar el error cometido.”

[32] El interviniente señala que se trata de las actas Nos. 194 (Cámara) y 53 (Senado), ambas del 22 de diciembre de 2016, y que fueron publicadas en las Gacetas Nos. 124 y 822 de 2017, respectivamente.

[33] Folio 513 del cuaderno principal.

[34] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Al respecto, entre otras, se transcribe el siguiente aparte de la providencia en cita: “Siendo este el escenario de análisis, la Corte debe optar por la interpretación que sea más respetuosa del ordenamiento jurídico y de los principios constitucionales que guían el actuar parlamentario. En esa medida se preferirá aquella que entiende que el llamado a sesiones extraordinarias puede hacerse en cualquier momento, es decir, incluso durante el período de sesiones ordinarias del Congreso; lógicamente, también podrá hacerse su convocatoria cuando el Congreso se encuentre en receso”.

[35] Folio 441 del cuaderno principal.

[36] Folio 264 del cuaderno principal.

[37] Folio 312 del cuaderno principal.

[38] Las normas en cita disponen que: “Artículo 138. El Congreso, por derecho propio, se reunirá en sesiones ordinarias, durante dos períodos por año, que constituirán una sola legislatura. El primer período de sesiones comenzará el 20 de julio y terminará el 16 de diciembre; el segundo el 16 de marzo y concluirá el 20 de junio. // Si por cualquier causa no pudiere reunirse en las fechas indicadas, lo hará tan pronto como fuere posible, dentro de los períodos respectivos. // También se reunirá el Congreso en sesiones extraordinarias, por convocatoria del Gobierno y durante el tiempo que éste señale. // En el curso de ellas sólo podrá ocuparse en los asuntos que el Gobierno someta a su consideración, sin perjuicio de la función de control político que le es propia, la cual podrá ejercer en todo tiempo.” “Artículo 149. Toda reunión de miembros del Congreso que, con el propósito de ejercer funciones propias de la Rama Legislativa del poder público, se efectúe fuera de las condiciones constitucionales, carecerá de validez; a los actos que realice no podrá dárseles efecto alguno, y quienes participen en las deliberaciones, serán sancionados conforme a las leyes.”

[39] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[40] Folio 537 del cuaderno principal.

[41] Folio 537 del cuaderno principal.

[42] Folio 8 del cuaderno principal.

[43] En este punto, la demanda recae sobre lo previsto en el artículo 2, conforme al cual: “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". Para mayor claridad, la norma a la cual se hace referencia establece lo siguiente: "Se considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión. El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones. (...)".

[44] Folio 9 del cuaderno principal.

[45] M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[46] La norma en cita dispone que: "Todo ciudadano tiene derecho a participación en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: (...) 7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse".

[47] Sobre el particular, se transcribe parte del documento y se resalta la conclusión, conforme a la cual: "(...) se considera que previo a establecer medidas legislativas que aumenten la edad de retiro forzoso, se debe propender por promover los (...) aspectos fundamentales antes mencionados [esto es, promover mecanismos adecuados para la vinculación efectiva de la población potencialmente productiva (15 a 64 años) y propender por la renovación en el empleo y el capital humano]. // Así las cosas, se sugiere no continuar con el trámite legislativo del proyecto, por cuanto transgrede el derecho a la renovación generacional, en la medida en la que restringe las oportunidades de los jóvenes a participar en el mercado laboral". Folio 11 del cuaderno principal.

[48] Se cita el concepto de dicha autoridad que reposa en la Gaceta del Congreso No. 90 de 2016.

[49] Folio 254 del cuaderno principal.

[50] M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[51] Folio 257 del cuaderno principal.

[52] Folio 258 del cuaderno principal.

[53] En virtud del alcance de este cargo, lo que se cuestiona son los siguientes apartes que se subrayan de los artículos 2, 3 y 4 de la Ley 1821 de 2016, conforme al texto original de la demanda: "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 párrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003". "Artículo 3. Esta ley no modifica el régimen de acceso a ningún cargo público, ni el de permanencia y retiro de los mismos, salvo en la edad máxima de retiro aquí fijada. Tampoco modifica las condiciones, requisitos, circunstancias y demás situaciones establecidas en el régimen general y los regímenes especiales que regulan el acceso al derecho a la pensión de jubilación." "Artículo 4.- La presente ley rige a partir de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, y en especial las contenidas en los Decretos-ley 2400 de 1968 (artículo 31), 3074 de 1968, y en los Decretos 1950 de 1973, 3047 de 1989 y 1069 de 2015 (artículos 2.2.6.1.5.3.1.3 y numeral 4 del artículo 2.2.6.3.2.3)."

[54] Folio 29 del cuaderno principal.

[55] En este punto el demandante alude a la Sentencia SU-913 de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez, en la que la Corte refirió a la existencia de trabas permanentes para tornar efectivo el mandato del concurso público previsto en la Constitución (CP art. 131), para acceder a la función pública notarial.

[56] Folio 29 del cuaderno principal.

[57] Sentencia SU-913 de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

[58] Folio 25 del cuaderno principal.

[59] Folio 12 del cuaderno principal. A manera de información se aclara que la lista de elegibles fue aprobada mediante Acuerdo No. 026 de 2016 del Consejo Superior de la Carrera Notarial y publicada en un diario de circulación nacional el 3 de julio del año en cita, por lo que si vigencia se extiende hasta el 2 de julio de 2018.

[60] Folio 13 del cuaderno principal. La accionante advierte que esta misma situación se presenta respecto de los concursos de jueces, fiscales y procuradores.

[61] Folio 301 del cuaderno principal.

[62] Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado del 8 de febrero de 2017, radicación No. 2326, CP: Álvaro NaménVargas.

[63] Folio 514 del cuaderno principal.

[64] Dentro de los problemas refiere a que en ningún momento la Ley 1821 de 2016 afecta o desconoce la obligación de proveer cargos públicos de carrera mediante el concurso de méritos, por lo que en ese punto la demanda desconoce la carga de certeza. A ello agrega que se invocan en la acusación los Acuerdos No. 01 de 2015 y 026 de 2016 del Consejo Superior de la Carrera Notarial, lo que conduce a omitir el cumplimiento de la carga de pertinencia, la cual exige que el reproche formulado sea de naturaleza constitucional.

[65] Para el interviniente la carga de suficiencia exige que el reproche recaiga sobre la totalidad de los destinatarios de la norma, y no sólo sobre alguno de ellos, como lo advirtió la Corte en la Sentencia C-1052 de 2001. En este contexto, manifiesta que la ley proyecta sus efectos sobre todos los servidores públicos, entre los que se encuentran los del magisterio, los funcionarios judiciales y numerosos empleados de la Rama Ejecutiva, así como quienes están adscritos a sistemas de carrera en los órganos de control, por lo que el universo de destinatarios superar con creces a los integrantes de la carrera notarial, los cuales representan una pequeña minoría.

[66] Consejo Superior de Carrera Notarial.

[67] Decreto 2054 de 2014, art. 4, incorporado en el Decreto 1069 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho.

[68] Folio 459 del cuaderno principal.

[69] Folio 462 del cuaderno principal.

[70] Folio 260 del cuaderno principal.

[71] *Ibídem*.

[72] Folio 260 del cuaderno principal.

[73] Folio 261 del cuaderno principal. Sobre el particular, el artículo 165 de la LEA] dispone que: “Artículo 165. Registro de elegibles. La Sala Administrativa de los Consejos Superior o Seccional de la Judicatura conformará con quienes hayan superado las etapas anteriores, el correspondiente Registro de Elegibles para cargos de funcionarios y empleados de carrera de la Rama Judicial, teniendo en cuenta las diferentes categorías de empleos y los siguientes principios: (...) La inscripción individual en el registro tendrá una vigencia de cuatro años. Durante los meses de enero y febrero de cada año, cualquier interesado podrá actualizar su inscripción con los datos que estime necesarios y con éstos se reclasificará el registro, si a ello hubiere lugar. (...)”.

[74] Folio 526 del cuaderno principal.

[75] Folio 527 del cuaderno principal.

[76] *Ibídem*.

[77] Folio 8 del cuaderno No. 6.

[78] Folio 10 del cuaderno No. 6.

[79] Folios 10 y 11 del cuaderno No. 6.

[80] En particular, en el artículo 1 del decreto en cita se establece que: “Señálase como edad de retiro forzoso para los notarios la edad de 65 años. El retiro se producirá a solicitud del interesado, del Ministerio Público, de la Superintendencia de Notariado y Registro o de Oficio, dentro del mes siguiente a la ocurrencia de la causal”.

[81] Expresamente, se manifestó que: “(...) este derecho adquirido [se refiere al de los aspirantes incluidos en la lista de elegibles] responde a los mandatos expresos de la Constitución que en sus artículos 125 y 131 disponen que el acceso a la carrera notarial debe hacerse mediante el concurso de méritos. Las personas que integran la lista de elegibles del Acuerdo 026 de 2016 consideraron bajo la legislación anterior un derecho que debe ser amparado bajo una interpretación armónica con la Constitución. De lo contrario, al evitar que se acceda al cargo público ofertado se vulnera el derecho al trabajo, a la igualdad y al debido proceso de los integrantes de la lista de elegibles”. Folio 16 del cuaderno 6.

[83] Folios 521 y ss. del cuaderno principal. Este escrito se encuentra dirigido al Procurador General de la Nación, quien a su vez lo remitió a la Corte. El resumen que aquí se realiza de la intervención se ajusta a las competencias que, en lo referente a la toma de decisiones, le asisten a esta Corporación.

[84] En el mismo sentido se encuentran dos solicitudes, la primera enviada directamente a la Corte con fecha del 11 de diciembre de 2017, y la segunda remitida por el señor Procurador General de la Nación el 17 de enero del año en curso. Cabe aclarar que, aun cuando en el primer escrito se pide decretar una medida de suspensión provisional, tal petición resulta improcedente, como lo advirtió la Corte en la Sentencia C-352 de 2017, M.P. Alejandro Linares Cantillo, al señalar que: “(...) es evidente que la competencia de la Corte Constitucional para suspender normas objeto de su control no se encuentra atribuida de manera clara o explícita, ni en la Constitución Política, ni en la Ley. Por otra parte, el hecho de que la Constituyente hubiere atribuido de manera explícita esta función a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, mientras que respecto de la Corte Constitucional hubiere guardado silencio, es significativo del hecho de que su intención no era la de atribuir esta función a este tribunal.”

[85] Folios 183 y 184 del cuaderno principal.

[86] Acuerdo No. 001 de 2015 del CSCN, art. 1.

[87] Folio 540 del cuaderno principal.

[88] “Los procesos que se adelanten ante la Corte Constitucional en las materias a que se refiere este título, serán regulados por la ley conforme a las siguientes disposiciones: (...) 3. Las acciones por vicios de forma caducan en el término de un año, contado desde la publicación del respectivo acto.”

[89] <http://jacevedo.imprenta.gov.co/tempDownloads/50D1021527278009077.pdf>

[90] Folios 1 y 22 del cuaderno principal.

[91] Se observa la firma de un total de 25 parlamentarios.

[92] Gaceta del Congreso No. 702 de 2015.

[93] Puntualmente, se dice que: “En el período 2009 se puso a consideración del Congreso una iniciativa semejante, el Proyecto de ley número 154 de 2010 Cámara, “por el cual se

desarrolla el artículo 233 de la Constitución Política de Colombia y se fija la edad de retiro forzoso para los magistrados de las altas Cortes”, de autoría de los honorables Representantes: Carlos Julio Bonilla Soto, José Edilberto Caicedo Sastoque, Yolanda Duque Naranjo, José Alfredo Gnecco Zuleta, Jack Housni Jaller, Jaime Rodríguez Contreras, Mario Suárez Flores. // En la legislatura 2013-2014 también se presentó por parte del Representante a la Cámara Rodrigo Lara Restrepo, el Proyecto de ley 085 de 2014 Cámara, “por medio de la cual se modifica la edad de retiro forzoso de los servidores públicos de la rama ejecutiva y de la rama judicial”. // Las anteriores iniciativas fueron archivadas”. Gaceta del Congreso No. 872 de 2015, p. 18.

[94] Gaceta del Congreso No. 872 de 2015, p. 18.

[95] Puntualmente, la Representante Ángela María Robledo Gómez señaló que: “Gracias señor Presidente, (...) yo quiero (...) dejar como constancia para que quede en el acta y sea presentado cuando haga trámite en el Senado esta solicitud que hice de apertura y quiero que quede como constancia, doctor Amín, porque hay una alerta, una alerta de los notarios y las notarías quienes aspiran, se hizo un concurso reciente con la Universidad Nacional, usted lo debe saber, y no les queda tan claro que la afirmación que usted hizo ayer al sustentar la ponencia positiva de que esto no era retroactivo y que no iba a afectar los concursos que ya se habían adelantado, hubiese quedado reflejado en el texto aprobado. // No tiene mi proposición ninguna pretensión de desvirtuar lo que se ha hecho, yo conozco las reglas de la democracia, pero sí quiero, señor Presidente, con todo respeto, que las proposiciones que radiqué, con su motivación, hagan parte del acta de hoy y queden como constancia para la discusión en las instancias pertinentes de Senado, gracias señor Presidente.” Gaceta del Congreso No. 871 del 10 de octubre 2016, p. 24.

[96] A continuación, se transcribe el texto en mención: “Artículo 1. La edad máxima de retiro del cargo para las personas que desempeñen funciones públicas, ya sea en régimen de carrera o libre nombramiento y remoción, en caso de que deseen continuar en el ejercicio de sus cargos, será de setenta (70) años, los cuales una vez cumplidos serán retirados del servicio y no podrán ser reintegrados. // Artículo 2. La presente ley no modifica la legislación sobre el acceso al derecho a la pensión de jubilación. Quienes a partir de su entrada en vigencia accedan o se encuentren en ejercicio de cualquiera de los cargos a los que hace referencia el artículo primero podrán permanecer voluntariamente en los mismos, pero con la obligación de seguir cotizando al régimen de seguridad social, tanto en salud como en pensión, aunque hayan completado los requisitos para acceder a la pensión de jubilación. A las personas que se acojan a la opción que ofrece la presente ley no les será aplicable 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. // Artículo 3. Esta ley no modifica el régimen de acceso a ninguno de los cargos a los que se hace referencia en el artículo primero, ni el de permanencia y retiro de los mismos, salvo en la edad máxima de retiro aquí fijada. Tampoco modifica las condiciones, requisitos, circunstancias y demás situaciones establecidas en el régimen general y los regímenes especiales que regulan el acceso al derecho a la pensión de jubilación. // Artículo 4. La presente ley rige a partir de su publicación en el Diario Oficial 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, 564 de 2006 (artículo 93),

1100 de 2008 (artículo 5), 1469 de 2010 (artículos 83 y 102) y 1069 de 2015 (artículos 2.2.6.1.5.3.13 y 2.2.6.3.2.3), el parágrafo 3 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.”

[97] Gaceta del Congreso No. 923 de 2016.

[98] Gaceta del Congreso No. 1110 del 7 de diciembre de 2016.

[99] Intervención del Senador Jesús Alberto Carrasquilla Salazar, visible en la Gaceta del Congreso No. 1110 de 2016, p. 31.

[100] A continuación, se transcribe el texto en mención: “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 1° del Decreto-ley 3074 de 1968. // 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, salvo quienes a tal momento ya hubieran cumplido 65 años de edad, 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. // Artículo 3. Esta ley no modifica el régimen de acceso a ningún cargo público, ni el de permanencia y retiro de los mismos, salvo en la edad máxima de retiro forzoso aquí fijada. Tampoco modifica las condiciones, requisitos, circunstancias y demás situaciones establecidas en el régimen general y los regímenes especiales que regulan el acceso al derecho a la pensión de jubilación. // Artículo 4. 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 números 1950 de 1973, 3047 de 1989 y 1069 de 2015 (artículos 2.2.6.1.5.3.13 y numeral 4 del artículo 2.2.6.3.2.3).”

[101] Ministerio de Justicia y del Derecho; Departamento Administrativo de la Función Pública; Unión Colegiada del Notariado Colombiano y ciudadanos Helí Abel Torrado Torrado y Javier Alberto Cárdenas Guzmán.

[102] Ministerio de Justicia y del Derecho; Departamento Administrativo de la Función Pública; Unión Colegiada del Notariado Colombiano y el ciudadano Helí Abel Torrado Torrado.

[103] Gaceta del Congreso No. 1034 del 22 de noviembre de 2016.

[104] Intervención de la Unión Colegiada del Notariado Colombiano y del ciudadano Helí Abel Torrado Torrado.

[105] Se agrupa en una sola irregularidad dos de las deficiencias invocadas por la

demandante.

[106] Ministerio de Justicia y del Derecho; Departamento Administrativo de la Función Pública; Unión Colegiada del Notariado Colombiano y el ciudadano Helí Abel Torrado Torrado.

[107] Folio 535 del cuaderno principal.

[108] El artículo 6 de la Ley 5ª de 1992 dispone que: “El congreso de la República cumple: 1. Función Constituyente, para reformar la Constitución Nacional mediante actos legislativos. (...)”.

[109] Sobre el particular, en la Sentencia C-557 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, la Corte señaló que: “[En] lo que toca con el tema de las leyes orgánicas como parámetros de análisis de constitucionalidad, esta Corporación en múltiples oportunidades ha señalado que por su especial naturaleza y la relevancia normativa que el Constituyente [les] otorgó (...), éstas constituyen parámetros de control de constitucionalidad en sentido lato, por mandato del artículo 151 Superior, en cuanto condicionan el ejercicio de la actividad legislativa y, por consiguiente, la validez de las leyes posteriores. Así, estas leyes de naturaleza supralegal por disposición de la propia Constitución no solamente constituyen un límite a la actuación de las autoridades sino también restringen la libertad de configuración legislativa, pues el Legislador ordinario necesariamente debe atenerse a lo establecido en ellas”. En el mismo sentido se pueden consultar, entre otras, las Sentencias C-283 de 1997, C-985 de 2006 y C-238 de 2010.

[110] Sentencia C-034 de 2009, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[111] “Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes”.

[112] “Por la cual se expiden normas sobre las Comisiones del Congreso de Colombia y se dictan otras disposiciones”.

[113] “Por la cual se establecen las excepciones a que se refiere el artículo 133 de la Constitución Política”, sobre la votación nominal y pública.

[114] Sentencia C-731 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Sentencia C-1124 de 2008. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[115] Sentencia C-551 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

[116] Sobre el particular, el artículo 214.2 de la Constitución establece que: “Los estados de excepción a que se refieren los artículos anteriores se someterán a las siguientes disposiciones: (...) 2. (...) Una ley estatutaria regulará las facultades del Gobierno durante los estados de excepción y establecerá los controles judiciales y las garantías para proteger los derechos, de conformidad con los tratados internacionales. (...)”.

[117] Sentencia C-737 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

[118] Sentencia C-134 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa.

[119] En diversas oportunidades, la Corte ha aplicado el principio in dubio pro legislatoris, según el cual en caso de duda razonable acerca de la ocurrencia de un vicio de procedimiento, aquélla debe ser resulta a favor de la decisión mayoritaria adoptada por un cuerpo deliberante, como lo es el Congreso de la República. Sobre este tema se pueden consultar, entre otras, las Sentencias C-031 de 2009, C-608 de 2010, C-941 de 2010, C-076 de 2012, C-332 de 2012, C-367 de 2012, C-457 de 2012 y C-786 de 2012.

[120] Véanse, entre otras, las Sentencias C-737 de 2001, C-872 de 2002, C-473 de 2004, C-131 de 2009, C-685 de 2011, C-730 de 2011 y C-537 de 2012.

[121] Sentencia C-737 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

[122] M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

[123] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[124] Ley 5ª de 1992, art. 2, núm. 2. La disposición en mención consagra que: “En la interpretación y aplicación de las normas del presente Reglamento, se tendrán en cuenta los siguientes principios: (...). 2. Corrección formal de los procedimientos. Tiene por objeto subsanar los vicios de procedimiento que sean corregibles, en el entendido de que así se garantiza no sólo la constitucionalidad del proceso de formación de las leyes, sino también los derechos de las mayorías y las minorías y el ordenado adelantamiento de las discusiones y votaciones”.

[125] La norma en cita establece que: “Parágrafo.- Cuando la Corte encuentre vicios de procedimiento subsanables en la formación del acto sujeto a su control, ordenará devolverlo a la autoridad que lo profirió para que, de ser posible, enmiende el defecto observado. Subsanado el vicio, procederá a decidir sobre la exequibilidad del acto”. En términos similares puede consultarse lo previsto en el artículo 202 de la Ley 5ª de 1992 y el artículo 45 del Decreto 2067 de 1991.

[126] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[127] En el aparte pertinente del artículo 160 del Texto Superior se dispone que: “(...) El aviso de que un proyecto será sometido a votación lo dará la Presidencia de cada cámara o comisión en sesión distinta a aquélla en la cual se realizará la votación”.

[128] M.P. María Victoria Calle Correa.

[129] Auto 031 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa. En este punto se hizo alusión directa a las Sentencias C-760 de 2001 y C-1248 de 2001.

[130] Esta posición se ha reiterado de forma unánime desde la Sentencia C-576 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, en donde se manifestó que: “(...) se debe entender que en materia de leyes que aprueban tratados o convenios internacionales, la condición esencial de subsanabilidad es que el Senado se haya pronunciado de tal forma que la Cámara donde por mandato constitucional ha de iniciarse el trámite de los proyectos de

leyes aprobatorias de un tratado ha expresado de manera completa su voluntad. Así, una de las etapas estructurales del trámite, v.gr., la aprobación por el Senado, habrá concluido a plenitud sin vicio alguno.” Énfasis por fuera del texto original.

[132] Véase, entre otras, las Sentencias C-872 de 2002, C-957 de 1999 y C-386 de 1996.

[133] Sentencia C-386 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[134] La relación entre el ejercicio de la función legislativa (a partir del conocimiento que otorga el principio de publicidad) y la forma como ella incluye la materialización del principio democrático ha sido expuesta por la Corte en los siguientes términos: “El principio de publicidad se encuentra inescindiblemente ligado a la participación democrática en la actividad parlamentaria, puesto que su debida observancia garantiza la materialización del principio democrático en la creación de los preceptos normativos. Por esta razón, la participación dentro del debate parlamentario debe entenderse no sólo como el correcto funcionamiento de un órgano del Estado, sino como (...) la participación de la sociedad misma en la producción de las normas.”. Sentencia C-298 de 2016, M.P. Alberto Rojas Ríos.

[135] Sentencia C-760 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra. En línea con lo expuesto, en la Sentencia C-557 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, este Tribunal expuso que: “(...) [l]as normas superiores y las legales de naturaleza orgánica que rigen el trámite de las leyes, buscan siempre que los congresistas conozcan a cabalidad el tenor literal de las disposiciones que se someten a su consideración y aprobación, y que aquello que es finalmente adoptado como ley sea expreso en su texto y de público conocimiento. Todas las disposiciones relativas a la publicación del proyecto de ley en el órgano de difusión del Congreso -Gaceta del Congreso-, a la publicación en el mismo del proyecto aprobado en primer debate, a la necesidad de que medie un lapso entre dicho debate y el segundo durante el cual los congresistas puedan conocer el texto y reflexionar sobre su contenido, al debate que debe darse respecto de las normas sometidas a la consideración de los legisladores, a la publicación del texto aprobado, y a la necesidad de reunir una comisión de conciliación que supere las divergencias literales aprobadas en una y otra Cámara, indican claramente que lo que corresponde a éstas es aprobar textos conocidos, explícitos, expresos e idénticos, que sólo así pueden devenir en leyes de obligatorio cumplimiento. Entonces, la posibilidad de aprobar textos implícitos o determinables, resulta completamente ajena a la voluntad del constituyente.”

[136] “Artículo 144. Publicación y reparto. Recibido un proyecto, se ordenará por Secretaría su publicación en la Gaceta de Congreso, y se repartirá por el Presidente a la Comisión Permanente Respectiva. (...)”.

[137] “Artículo 156. Presentación y publicación de la ponencia. El informe será presentado por escrito, en original y dos copias, al secretario de la Comisión Permanente. Su publicación se hará en la Gaceta del Congreso dentro de los tres (3) días siguientes (...)”.

[138] *Ibidem*.

[139] Ley 5ª de 1992, art. 114.

[140] “Artículo 115. Condición para las proposiciones. En la discusión de las proposiciones se tendrá, por consiguiente, en cuenta: 1. No se admitirá la modificación sustitutiva de todo el proyecto, y más que en la consideración de su aspecto formal lo deberá ser en su contenido material, es decir que no haya cambio sustancial en el sentido del proyecto. // 2. Propuesta una modificación no será admitida otra hasta tanto la respectiva Cámara no resuelva sobre la primera. 3. Negada una proposición de modificación continuará abierta la discusión sobre la disposición original. Sobre ella podrá plantearse una nueva y última modificación. 4. Cerrada la discusión, el Presidente preguntará: ¿Adopta la Comisión (o plenaria, según el caso) el artículo propuesto? Si se trata de un artículo original aprobado; pero si se aprueba una modificación, preguntará: ¿Adopta la Comisión (o plenaria, según el caso) la modificación propuesta? Aprobado el articulado de un proyecto, el Presidente dispondrá que el Secretario dé lectura al título del proyecto, y preguntará seguidamente: ¿Aprueban los miembros de la Comisión (o Corporación, si se trata en sesión plenaria) el título leído? A la respuesta afirmativa, el Presidente expresará: ¿Quieren los Senadores (o Representantes) presentes que el proyecto de ley (o de reforma constitucional) aprobado sea ley de la República (o acto legislativo)? // 5. Aprobada una modificación, se tendrá por rechazado el artículo original, y podrá intervenir para nuevas proposiciones.”

[141] M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[142] Textualmente, en la sentencia en cita se dijo que: “Si bien los actores, quien intervino por el Instituto Colombiano de Derecho Procesal y el Procurador General de la Nación, consideran que la ausencia de una doble lectura de las propuestas presentadas con relación a los artículos 14 y 16 de la Ley 1142 de 2007, conllevó a la ausencia de debate, la realidad es que nos encontramos ante una irregularidad que no afectó la garantía de la publicidad y el respectivo debate, como quiera que fue subsanada por la forma como fueron explicadas las propuestas, para proceder a la votación que en definitiva las negó; cumpliendo entonces con el fin perseguido por las instituciones procesales que regulan ese procedimiento”. “Visto lo anterior, la Sala concluye que no les asiste razón a los demandantes, ni a quienes respaldan la presunta inexecutable de las normas censuradas, como quiera que está demostrado que la aludida irregularidad fue subsanada durante el trámite de la Plenaria en la Cámara de Representantes de los artículos 14 y 16 del proyecto que se convertiría en Ley 1142 de 2007, pues la publicidad de las propuestas se adelantó mediante otros medios también idóneos.”

[143] Sobre la materia la doctrina ha dicho: “(...) conviene insistir en que el que la discusión parlamentaria deba ser pública se traduce en que ha de someterse a la observación crítica de los ciudadanos, cuya opinión seguirá siendo la única base reconocida del dominio público. Como sostiene Habermas, la opinión pública encarna en la soberanía popular y ésta, a su vez, presupone un principio de la propia verdad del Estado moderno. Todo ello en el bien entendido de que la opinión pública, mediada por la notoriedad pública crítica en una democracia de masas, debe relacionar los ámbitos comunicativos formados por las opiniones de las personas privadas, no organizadas, sin público, y por las opiniones formadas de las instituciones (asociaciones, administración y sobre todo partidos políticos), públicamente manifestadas”. ABELLÁN, Ángel Manuel, El estatuto de los parlamentarios y

los derechos fundamentales, Tecnos, Madrid, 1992, p. 157.

[144] El artículo 36 del Reglamento dispone que: “El Congreso pleno, el Senado y la Cámara de Representantes tendrán un órgano o medio oficial escrito de publicidad de sus actos, denominado Gaceta del Congreso. Los Secretarios de las Cámaras serán los directores de las secciones respectivas.”

[145] El artículo 71 de la Ley 5ª de 1992 señala que: “A las barras pueden ingresar libremente todas las personas, siempre que se trate de la celebración de sesiones públicas. Los presidentes regularán el ingreso, cuando así se exija, y controlarán esta asistencia”.

[146] El artículo 88 de la Ley 5ª de 1992 determina que: “Las sesiones de las Cámaras y sus Comisiones tendrán la más amplia publicidad y difusión por las oficinas de prensa y comunicaciones de cada Corporación. A través de programas semanales de televisión, comunicados periodísticos y transmisiones especiales de radiodifusión el Congreso se comunicará con el país para informar permanentemente sobre sus actividades. // Las Mesas Directivas de las Cámaras podrán contratar los servicios de televisión y radiodifusión privadas para transmitir en directo o diferido debates de especial importancia. La Radiodifusora Nacional a solicitud de las Mesas Directivas de las Cámaras transmitirá gratuitamente debates parlamentarios de especial importancia. (...)”.

[147] El artículo 70 del Reglamento establece que: “Los periodistas tendrán acceso libremente cuando no se trate de sesiones reservadas. Se dispondrá de un espacio especial y de medios que den las facilidades para la mejor información.”

[148] Sentencia C-158 de 1997, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[149] Por ejemplo, el artículo 157 de la Carta Política consagra que “ningún proyecto será ley sin (...) haber sido publicado oficialmente por el Congreso, antes de darle curso en la comisión respectiva (...)”. Y el artículo 161 ibídem señala que “Cuando surgieren discrepancias en las cámaras respecto de un proyecto, ambas integrarán comisiones de conciliadores conformadas por un mismo número de senadores y representantes, quienes reunidos conjuntamente, procurarán conciliar los textos, y en caso de no ser posible, definirán por mayoría. // Previa publicación por los menos con un día de anticipación, el texto escogido se someterá a debate y aprobación de las respectivas plenarias. Si después de la repetición del segundo debate persiste la diferencia, se considera negado el proyecto”. Subrayado por fuera del texto original.

[150] Dispone la norma en cita: “Son facultades de cada Cámara: (...) 4. Determinar la celebración de sesiones reservadas en forma prioritaria a las preguntas orales que formulen los congresistas a los ministros y a las respuestas de estos. El reglamento regulará la materia”. Énfasis por fuera del texto original.

[151] Sobre el particular se puede consultar la Sentencia C-1017 de 2012, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[152] Folios 91 a 100 del cuaderno No. 2.

[153] Folios 110 a 111 del cuaderno No. 2. En el acta consta la aprobación en los siguientes

términos: “Secretario, doctor Jesús María España Vergara: Punto tercero: consideración y aprobación de las actas: 1. Acta número 16 del 25 de marzo de 2016. // 2. Acta número 17 del miércoles 26 de octubre de 2016. // 3. Acta número 18 del miércoles 2 de noviembre de 2016. // 4. Acta número 19 del 8 de noviembre de 2016. // 5. Acta número 20 del miércoles 9 de noviembre de 2016. // 6. Acta número 21 del martes 15 de noviembre de 2016, de la legislatura 2016-2017, señor Presidente. // Presidente, honorable Senador Édinson Delgado Ruiz: Están en consideración las actas mencionadas, especifique cómo están las diferentes actas, quienes asistieron en lo pertinente. // Secretario, doctor Jesús María España Vergara: En el Acta número 16 hubo excusa de la honorable Senadora Sofía Gaviria, en el Acta número 16 hubo excusa de la honorable Senadora Pestana Rojas Yamina del Carmen. // En el Acta número 17, excusa de la Senadora Sofía Gaviria Correa, y aplicación de artículo 92 el Senador Antonio José Correa Jiménez. // En el Acta número 18, excusa de la Senadora Sofía Gaviria Correa y del Senador Eduardo Enrique Pulgar Daza. // En el Acta número 19, excusa de la Senadora Nadia Blel Scaff, excusa de la Senadora Sofía Gaviria Correa y excusa del Senador Jorge Iván Ospina Gómez. // En el Acta número 20, excusa de la Senadora Nadia Blel Scaff y de la Senadora Sofía Gaviria Correa. // Y en el Acta número 21 aplicación del artículo 92 en el caso del Senador Castilla Salazar Jesús Alberto. // Presidente, honorable Senador Édinson Delgado Ruiz: Bien, sírvase verificar la intención de votos con respecto a estas actas, señor Secretario. // Secretario, doctor Jesús María España Vergara: Con el mecanismo de votación ordinaria, la Comisión Séptima del Senado de la República aprueba las Actas números 16, 17, 18, 19, 20 y 21. Acaba de llegar el Senador Antonio José Correa que también aprueba las actas. Diez (10) votos aprueban las respectivas actas, la Secretaría hará las constancias del caso, las salvedades en cuanto a los Senadores que no asistieron a esas sesiones y que por tanto se abstienen de votar esas actas porque no asistieron, bien con excusa, bien con aplicación del artículo 92, señor Presidente. // Quedan aprobadas las Actas por diez (10) votos, Actas números 16, 17, 18, 19, 20 y 21, Legislatura 2016-2017.” Énfasis por fuera del texto original.

[154] “Proyecto de Ley No. 134 de 2016 Senado ‘por medio de la cual se dictan disposiciones en materia salarial y prestaciones de los miembros de las asambleas departamentales y se dictan otras disposiciones”. Folio 175 del cuaderno No. 2.

[155] Folio 179 del cuaderno No. 2.

[156] Folios 182 a 195 del cuaderno No. 2.

[157] En la Gaceta del Congreso No. 79 del 17 de febrero de 2017 se lee lo siguiente: “Secretario, doctor Jesús María España Vergara: Estaban en el Orden del Día consideración, discusión y aprobación de las Actas números: 1. Acta número 16 del martes 25 de octubre de 2016. // 2. Acta número 17 del miércoles 26 de octubre de 2016. // 3. Acta número 18 del miércoles 2 de noviembre de 2016. // 4. Acta número 19 del martes 8 de noviembre de 2016. // 5. Acta número 20 del miércoles 09 de noviembre de 2016. // 6. Acta número 21 del martes 15 de noviembre de 2016 de esta Legislatura. // La Secretaría pide excusa y le solicita al señor Presidente que autorice la exclusión de este punto de aprobación de actas, por cuanto el suscrito Secretario no ha tenido el tiempo suficiente para la revisión definitiva de las tres (3) últimas actas.” Folio 250 del cuaderno No. 2.

[158] Folios 162, 163 y 304 del cuaderno No. 2.

[159] Folios 63 y ss. del cuaderno No. 4.

[160] Su envío se realizó en medio magnético, el cual se encuentra en el folio 174 del cuaderno principal.

[162] Folios 162 y 163.

[163] Gaceta del Congreso No. 1110 del 7 de diciembre de 2016.

[164] Gaceta del Congreso No. 80 de 2017, pp. 9 y 10.

[165] CP arts. 145 y 146.

[166] Énfasis por fuera del texto original.

[167] CP arts. 157 y 160; Ley 5ª de 1992, arts. 144 y 156.

[168] Ley 5ª de 1992, arts. 89, 90 y 92.

[169] Ley 5ª de 1992, art. 174.

[170] El artículo 160 de la Constitución dispone que: "(...) Todo proyecto de ley o de acto legislativo deberá tener informe de ponencia en la respectiva comisión encargada de tramitarlo y deberá dársele el curso correspondiente." "(...) En el informe a la Cámara plena para segundo debate, el ponente deberá consignar la totalidad de las propuestas que fueron consideradas por la comisión y las razones que determinaron su rechazo". Por su parte, la Ley 5ª de 1992, en el artículo 157, establece que "[l]a iniciación del primer debate no tendrá lugar antes de la publicación del informe respectivo (...)" y, en cuanto al segundo debate, en el artículo 176, se señala que "[si] la proposición con la que termina el informe fuere aprobada, el proyecto se discutirá globalmente (...)".

[171] Folios 63 y ss. del cuaderno No. 4.

[172] En su integridad, la norma en cita dispone que: "Artículo 47. Deberes. Son deberes del Secretario General de cada Cámara: 1. Asistir a todas las sesiones. // 2. Llevar y firmar las actas debidamente. // 3. Dar lectura a los proyectos, proposiciones y demás documentos y mensajes que deban ser leídos en sesión plenaria. // 4. Informar sobre los resultados de toda clase de votación que se cumpla en la corporación. // 5. Elaborar las comunicaciones oficiales que deban ser enviadas por el Presidente. // 6. Informar regularmente al Presidente de todos los mensajes y documentos dirigidos a la corporación, y acusar oportunamente su recibo. // 7. Mantener organizado y actualizado un registro de entrega y devolución de los documentos y mensajes enviados a las respectivas comisiones. // 8. Coordinar la grabación de las sesiones plenarios y vigilar la seguridad de las cintas magnetofónicas y las actas. // 9. Entregar a su sucesor, por riguroso inventario, todos los documentos, enseres y demás elementos a su cargo. // 10. Dirigir la formación del archivo legislativo de cada legislatura y entregarlo a la oficina de archivo del Congreso, acompañado de un inventario general y un índice de las diversas materias que lo componen. // 11. Disponer la publicidad de la Gaceta

del Congreso. // 12. Expedir las certificaciones e informes –si no fueren reservados– que soliciten las autoridades o los particulares. // 13. Mantener debidamente vigilados y custodiados los expedientes sobre investigaciones que se adelanten en la corporación a los altos funcionarios del Gobierno, y darles el trámite debido. Así mismo, las actas y documentos que de ella emanen. // 14. Disponer, de acuerdo con la Presidencia, de las instalaciones locativas de la corporación cuando se lo requiera. // 15. Los demás deberes que señale la corporación, la Mesa Directiva, y los inherentes a la misma naturaleza del cargo.”

[173] “Artículo 97. Intervenciones. (...) Para hacer uso de la palabra se requiere autorización previa de la Presidencia. La Mesa Directiva fijará el tiempo de las intervenciones de cada uno de los oradores teniendo en cuenta la extensión del proyecto y la complejidad de la materia. El uso de la palabra se concederá de la siguiente manera: 1. Al (los) ponente(s) para que sustente(n) su informe, con la proposición o razón de la citación. // 2. A los voceros y los miembros de las bancadas, hasta por veinte minutos por grupo. Cuando la bancada represente al menos el veinte por ciento de las curules de la Cámara correspondiente, el tiempo de intervención podrá ampliarse hasta por diez minutos más. // 3. A los oradores en el orden en que se hubieren inscrito ante la Secretaría. Ninguna intervención individual, en esta instancia, podrá durar más de 10 minutos. // 4. Los servidores públicos que tengan derecho a intervenir. // 5. Los voceros de las bancadas podrán intervenir nuevamente y se cerrarán las intervenciones. // Ningún orador podrá referirse a un tema diferente del que se encuentra en discusión, y su desconocimiento obligará a la Presidencia a llamar la atención y suspender el derecho para continuar en la intervención. // Todos los oradores deben inscribirse ante la Secretaría hasta cinco minutos antes de la hora fijada para el inicio de la sesión. Harán uso de la palabra por una sola vez en la discusión de un tema. // En el trámite de las leyes y reformas constitucionales, sus autores y ponentes podrán intervenir cuantas veces sea necesario. // Los voceros podrán intervenir sin el requisito de inscripción previa.”

[174] “Artículo 125. Lectura de la proposición. Cerrada la discusión se dará lectura nuevamente a la proposición que haya de votarse”.

[175] Ley 5ª de 1992, arts. 134 y 158.

[176] Como ya se dijo, la norma en cita dispone que: “(...) Las actas de las sesiones plenarias, comisiones, los proyectos de acto legislativo, los proyectos de ley, las ponencias y demás información que tenga que ver con el trámite legislativo deberán ser publicados en la Gaceta del Congreso (...)”. Énfasis por fuera del texto original.

[177] Folios 129 y ss. del cuaderno No. 3 y folios 102 y ss. del cuaderno No. 4.

[178] En este sentido, por ejemplo, el artículo 164 de la Ley 5ª de 1992 consagra la figura de la suficiente ilustración, según la cual: “Discutido un artículo en dos sesiones, la Comisión, a petición de alguno de sus miembros, podrá decretar la suficiente ilustración, caso en el caso se votará el artículo sin más debate”.

[179] Dentro del contenido del orden del día se encuentra igualmente una referencia al trámite de los proyectos de ley, además de la posibilidad de realizar la convocatoria a

definir objeciones, correcciones de vicios subsanables o de votar iniciativas, sin incluir la necesidad de dar lectura a los distintos conceptos que puedan ser enviados durante el curso del iter legislativo. En particular, el artículo 79 de la Ley 5ª de 1992 dispone que: “Artículo 79. Asuntos a considerarse. En cada sesión de las Cámaras y sus Comisiones Permanentes sólo podrán tratarse los temas incluidos en el Orden del Día, en el siguiente orden: (...) 6. Lectura de ponencias y consideración a proyectos en el respectivo debate, dando prelación a aquellos que tienen mensaje de trámite de urgencia y preferencia, como los de iniciativa popular, y a los aprobatorios de un tratado sobre derechos humanos o sobre leyes estatutarias, y luego a los proyectos provenientes de la otra Cámara. // Los de origen en la respectiva Cámara se tramitarán en riguroso orden cronológico de presentación de las ponencias, salvo que su autor o ponente acepten otro orden. (...)”.

[180] Obsérvese como, en esa línea, en el aparte pertinente, el citado artículo 2 de la Ley 1431 de 2011 señala que: “(...) [L]as ponencias y demás información que tenga que ver con el trámite legislativo deberán ser publicados en la Gaceta del Congreso, órgano de publicación de la rama legislativa, (...) con esta publicación se dará por cumplido el requisito de publicidad. (...)”. Énfasis por fuera del texto original.

[181] Folio 68 del cuaderno No. 4.

[182] Gaceta del Congreso No. 305 del 5 de mayo de 2017.

[183] Constitución Política, “Artículo 133. Los miembros de cuerpos colegiados de elección directa representan al pueblo, y deberán actuar consultando la justicia y el bien común. El voto de sus miembros será nominal y público, excepto en los casos que determine la ley. (...)”. Ley 5ª de 1992, “Artículo 125. Lectura de la proposición. Cerrada la discusión se dará lectura nuevamente a la proposición que haya de votarse.” “Artículo 176. Discusión. El ponente explicará en forma sucinta la significación y el alcance del proyecto. Luego podrán tomar la palabra los oradores de conformidad con lo dispuesto en el artículo 97 del presente reglamento. // Si la proposición con la que termina el informe fuere aprobada, el proyecto se discutirá globalmente, a menos que un Ministro o miembro de la respectiva Cámara pidiera su discusión separadamente a alguno o algunos artículos.”

[184] Sentencias C-750 de 2013, C-930 de 2014 y C-337 de 2015.

[185] Ley 5ª de 1992, arts. 158 y 176.

[186] Folio 145 del cuaderno principal.

[187] Proyecto de Ley número 131 de 2016 Senado, 110 de 2015 Cámara, por medio del cual se modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas.

[188] Textualmente, en la exposición de la iniciativa se afirmó lo siguiente: “Muchas gracias Presidente. Este proyecto 131 Senado, 110 Cámara tiene como autores legisladores tanto de la Cámara como del Senado de diferentes partidos, tiene como objeto fundamental, modificar la edad de retiro forzoso a 70 años, son muy importantes estos proyectos y obedecen fundamentalmente a todo el proceso que hemos observado en Colombia, lo que

tiene que ver con la esperanza de vida fundamentalmente, en el año 68 cuando se determinó la edad de retiro forzoso a 65 años, mientras que la edad de retiro forzoso era 65 años, la esperanza de vida en ese año precisamente era de 60 años, teníamos una de retiro forzoso superior a la esperanza de vida, que teníamos nosotros los colombianos. // Hoy a raíz a toda la evolución que ha habido, de mejoramiento de las condiciones de vida, todo lo que tiene que ver con la salud pública y demás, la esperanza de vida en Colombia está en promedio de 73.5 años, ha sido una evolución muy importante, en las proyecciones que tenemos nosotros para el año 2050, la esperanza de vida en Colombia va a ser de 79.5 años que es muy importante, en esto hemos considerado y precisamente lo analizamos, en la discusión que vimos en la Comisión Séptima, que era muy fundamental precisamente avanzar en estos ajustes y modificaciones. // Por lo tanto, este proyecto, ahí está planteando como edad de retiro forzoso para todos los que prestan funciones públicas 70 años. Es un proyecto que tiene justamente 4 artículos, incluyendo la vigencia. El primero en la cual en forma taxativa se determina la edad de retiro forzoso de 70 años. El artículo segundo habla de que aquel colombiano hombre o mujer, que pueda o tenga su pensión puede optar si quiere, continuar laborando y, queda precisamente como en forma voluntaria la decisión de retiro en su momento. Y el artículo tercero hace mucho énfasis pues en todo lo que tiene que ver con las normas de acceso en la parte laboral, la permanencia, todo lo que tiene que ver con pensión, las cuales no se modifican, eso en línea general es la esencia de este proyecto y, vuelvo e insisto que es muy importante ver cómo se ha evolucionado en Colombia en lo que tiene que ver con la esperanza de vida.”

[189] Se observa la intervención de los Senadores Antonio Navarro Wolff, Antonio Guerra de la Espriella, Luis Emilio Sierra Grajales, William Jimmy Chamorro Cruz, Hernán Andrade Serrano, Luis Fernando Velasco, Carlos Enrique Soto Jaramillo y Antonio Ashton Giraldo.

[190] En este sentido, por ejemplo, se pronunció el Senador Antonio Navarro Wolff: “Señor Presidente, seguramente todas las oficinas recibieron una comunicación de la Superintendencia de Notariado y Registro, lo que dice la comunicación de la Superintendencia, es que hay un concurso de méritos en camino, en curso, en desarrollo para los notarios del país. La razón más importante por la cual se retiran notarios es porque llegan a la edad de retiro forzoso de 65 años y, al haber un concurso de méritos en desarrollo, se puede dar la situación de que personas que ganen el concurso y que están entonces con el derecho al cargo que va a quedar por retiro forzoso, se vean en una situación en la cual no hay retiro forzoso porque se prórroga el término de la permanencia de las personas, del notario en este caso en su cargo. // Entonces la Superintendencia para evitar que hubiera la situación de unos derechos adquiridos porque ganaron el concurso y, un derecho de los notarios que no se retiran porque se prolonga la edad de retiro forzoso, propone un párrafo o artículo transitorio, que dice que con respecto a los notarios la ley se aplicará a partir del 3 de julio del 2018. Entonces yo quiero poner esto en consideración del señor ponente y de la plenaria porque creo que es una argumentación razonable.” Por su parte, el Senador Hernán Andrade dijo que: “Muchas gracias Presidente, muchas gracias colegas y a usted Senador Coordinador Ponente, colega Édinson Delgado, en términos generales el proyecto me parece loable, necesario, conveniente para aquellas profesiones y aquellas actividades que requieren una sapiencia, una formación aquí hemos dado esa discusión (...) Pero me ha llegado la siguiente inquietud doctor Édinson, no sé si le habrá llegado a usted como Ponente. // Las personas que concursaron para Notarios, que están en

una lista, igual puede suceder para otros casos para Magistraturas, qué pasa con esas personas que han concursado Senadora Viviane y tienen un derecho para acceder a una carrera y aquí automáticamente estamos prorrogando la edad y, por lo tanto, dejando sin efecto esas listas de elegibles. Me llegó el caso de los Notarios, pero puede suceder para Magistrados que hayan concursado. Entonces yo quiero dejar esa como inquietud que me llegó por correo, y me pareció válida la inquietud. (...) Así (...) compartiendo la inquietud, dejo planteada esa situación que me llegó a la oficina. Muchas gracias colega Delgado.”

[191] Gaceta del Congreso No. 255 del 21 de abril de 2017.

[192] La norma en cita establece que: “Para el mejor desarrollo de la labor legislativa y administrativa, los Presidentes (...) de las Cámaras (...) podrán designar Comisiones Accidentales para que cumplan funciones y misiones específicas.”

[193] El informe se puede consultar en las páginas 99 y 100 de dicha Gaceta.

[194] Ley 5ª de 1992, arts. 66 y 79.

[195] En su integridad, la norma en cita dispone que: “Artículo 115. Condición para las proposiciones. En la discusión de las proposiciones se tendrá, por consiguiente, en cuenta: 1. No se admitirá la modificación sustitutiva de todo el proyecto, y más que en la consideración de su aspecto formal lo deberá ser en su contenido material, es decir que no haya cambio sustancial en el sentido del proyecto. // 2. Propuesta una modificación no será admitida otra hasta tanto la respectiva Cámara no resuelva sobre la primera. // 3. Negada una proposición de modificación continuará abierta la discusión sobre la disposición original. Sobre ella podrá plantearse una nueva y última modificación. 4. Cerrada la discusión, el Presidente preguntará: ¿Adopta la Comisión (o plenaria, según el caso) el artículo propuesto? // Si se trata de un artículo original aprobado; pero si se aprueba una modificación, preguntará: ¿Adopta la Comisión (o plenaria, según el caso) la modificación propuesta? // Aprobado el articulado de un proyecto, el Presidente dispondrá que el Secretario dé lectura al título del proyecto, y preguntará seguidamente: ¿Aprueban los miembros de la Comisión (o Corporación, si se trata en sesión plenaria) el título leído? // A la respuesta afirmativa, el Presidente expresará: ¿Quieren los Senadores (o Representantes) presentes que el proyecto de ley (o de reforma constitucional) aprobado sea ley de la República (o acto legislativo)? // 5. Aprobada una modificación, se tendrá por rechazado el artículo original, y podrá intervenir para nuevas proposiciones.”

[197] En el aparte pertinente, la disposición en cita consagra que: “Ningún proyecto será ley sin los requisitos siguientes: (...) 2. Haber sido aprobado en primer debate en la correspondiente comisión permanente de cada cámara. (...) 3. Haber sido aprobado en cada cámara en segundo debate. (...)”. Énfasis por fuera del texto original.

[198] MM.PP. Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra.

[199] Textualmente, se aprecia lo siguiente: “Con la venía de la Presidencia hace uso de la palabra el honorable Senador Édinson Delgado Ruiz: Sí, Presidente, para informarle a usted y a todos los miembros del Senado que este proyecto ya fue conciliado con la Subcomisión, Subcomisión que fue integrada por el doctor Honorio Miguel Henríquez, Antonio Navarro

Wolff, Antonio José Correa, Carlos Fernando Galán y el suscrito, igualmente señor”. Gaceta del Congreso No. 305 del 5 de mayo de 2017, p. 97.

[200] Gaceta del Congreso No. 305 del 5 de mayo de 2017, p. 98.

[201] Gaceta del Congreso No. 305 del 5 de mayo de 2017, pp. 98 y 99.

[202] Folio 145 del cuaderno principal.

[203] Sobre el particular, luego de referir a la jurisprudencia sobre el concurso de méritos y los derechos adquiridos se expuso lo siguiente: “Frente al caso en concreto y teniendo en cuenta las listas de elegibles vigentes ante la posibilidad de una reforma legal que varía la edad máxima de retiro, es necesario señalar que la convocatoria a un concurso se hace señalando los cargos que van a ser llamados a proveer y excepcionalmente se realizará una lista de elegibles indicando que los cargos que queden vacantes en el transcurso de un tiempo límite serán ocupados por quienes continúen en orden de descendente de puntaje. // Como se aprecia la primera situación genera derechos ciertos a quienes concursaron y obtuvieron el primer puesto en la lista de elegibles, razón por la cual esos derechos no podrán ser modificados por el legislador, caso contrario ocurre cuando el nombramiento se deja sometido a una condición o a la generación de un hecho posterior, caso en el cual no se trata de derechos adquiridos, si no de meras expectativas, las cuales pueden ser modificadas por el legislador siempre atendiendo [a] los parámetros de justicia y equidad contemplados en nuestra Carta Política”. Gaceta del Congreso No. 305 del 5 de mayo de 2017, p. 99.

[204] Al respecto, se dijo que: “Las modificaciones planteadas en el presente proyecto de ley se aplicarán hacia el futuro, esto es, a partir de la entrada en vigencia de la ley, de conformidad con lo señalado en el artículo 4 del proyecto, que trata sobre la vigencia y contiene las cláusulas derogatorias. // La edad máxima de retiro planteada en el presente proyecto se aplicará para quienes se encuentren en el desempeño de funciones públicas, no obstante, no se aplicará a quienes ya hayan cumplido 65 años una vez esta ley haya entrado en vigencia, debido a que las personas en mención cumplieron la edad con la norma anterior”. *Ibíd.*, p. 99.

[205] Textualmente, se expuso que: “Por último, frente a las inquietudes planteadas en la sesión de la plenaria sobre la irretroactividad de la ley, proponemos adicionar la siguiente expresión en el artículo segundo ‘salvo quienes a tal momento ya hubieren cumplido 65 años de edad’, con el fin de precisar en el texto que la aplicación de la misma se hará solamente para las personas que cumplan la edad una vez la misma haya entrado en vigencia y no con quienes la cumplan antes, ya que la vacancia de estos cargos se habrá producido con la normatividad actual que señala que quienes cumplan 65 años deberán ser retirados del cargo”. *Ibíd.*, p. 100.

[206] *Ibíd.* Énfasis por fuera del texto original.

[207] Gaceta del Congreso No. 1034 de 2016, p. 19.

[208] Tal circunstancia ha ocurrido en otros casos examinados por la Corte relacionados con

vicios de procedimiento, como se observa, por ejemplo, en la Sentencia C-653 de 2015, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, en donde este Tribunal encontró que los yerros del texto promulgado de la ley sobre acceso a información pública, que implicaban desconocer varios pronunciamientos de inconstitucionalidad de la Corte al momento de adelantar el control previo previsto en la Constitución respecto de las leyes estatutarias, habían sido enmendados por parte del Gobierno Nacional, a través de la expedición de un decreto de corrección, en los términos previstos en la Ley 4ª de 1913.

[209] La norma en cita dispone que: “Artículo 161. Cuando surgieren discrepancias en las Cámaras respecto de un proyecto, ambas integrarán comisiones de conciliadores conformadas por un mismo número de Senadores y Representantes, quienes reunidos conjuntamente, procurarán conciliar los textos, y en caso de no ser posible, definirán por mayoría. // Previa publicación por lo menos con un día de anticipación, el texto escogido se someterá a debate y aprobación de las respectivas plenarias. Si después de la repetición del segundo debate persiste la diferencia, se considera negado el proyecto.”

[210] El artículo 186 de la Ley 5ª de 1992 establece que: “Para efecto de lo previsto en el artículo 161 constitucional, corresponderá a los Presidentes de las Cámaras integrar las comisiones accidentales que sean necesarias, con el fin de superar las discrepancias que surgieren respecto del articulado de un proyecto (...)”.

[211] El artículo 187 de la Ley 5ª de 1992 dispone: “Estas Comisiones estarán integradas por miembros de las respectivas Comisiones Permanentes que participaron en la discusión de los proyectos, así como por sus autores y ponentes y quienes hayan formulado reparos, observaciones o propuestas en las Plenarias. // En todo caso las Mesas Directivas asegurarán la representación de las bancadas en tales Comisiones.”

[212] Dispone el artículo 188 de la Ley 5ª de 1992: “Las Comisiones accidentales de mediación presentarán los respectivos informes a las Plenarias de las Cámaras en el plazo señalado. En ellos se expresarán las razones acerca del proyecto controvertido para adoptarse, por las corporaciones, la decisión final.”

[213] CP art. 161.

[214] Ibídem.

[215] Ley 5ª de 1992, art. 189.

[216] Sentencia C-198 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[217] Gaceta del Congreso No. 1129 de 2016, p. 8.

[218] Gaceta del Congreso No. 1142 de 2016, p. 2.

[219] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas, concepto del 8 de febrero de 2017, radicación interna: 2326 y número único: 11001-03-06-000-2017-00001-00.

[220] Sentencia C-685 de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. La norma en cita

dispone que: “Toda reunión de miembros del Congreso que, con el propósito de ejercer funciones propias de la Rama Legislativa del Poder Público, se efectúe fuera de las condiciones constitucionales, carecerá de validez; a los actos que realice no podrá dárseles efecto alguno (...).”.

[221] Folio 24 del cuaderno principal.

[222] Decreto 1994 de 2016, “Por el cual se convoca al Congreso de la República a sesiones extraordinarias”.

[223] Folio 25 del cuaderno principal.

[224] Ibídem.

[225] Ibídem.

[226] Ibídem.

[227] Folio 26 del cuaderno principal.

[229] Folio 27 del cuaderno principal. Sobre el particular, cita los siguientes apartes de la Sentencia C-685 de 2011: “Así mismo, existe constancia, mediante certificaciones expedidas por el señor Subgerente de Producción de la Imprenta Nacional en el sentido de que el Decreto 4906 de diciembre 16 de 2009, publicado en el Diario Oficial 47.565 de esa misma fecha, fue recibido por esa entidad a las 10:45 p. m. de ese día 16 de diciembre, y de que el referido Diario Oficial, pese a la fecha que aparece en su encabezado, sólo estuvo a efectiva disposición del público el lunes 21 de diciembre a partir de las 8:00 a. m. Según estas precisiones, es claro entonces que[,] al momento de realizarse la sesión plenaria de cada una de las corporaciones legislativas, no se había producido aún la efectiva publicación del correspondiente decreto de convocatoria a sesiones extraordinarias.” // “Respecto de las posibilidades de corrección de este específico vicio procedimental, encuentra la Sala que en el presente caso no es posible subsanar el vicio que se presenta, por cuanto no es dable corregir una manifestación de voluntad que, por expresa manifestación constitucional, carece de cualquier atisbo de validez, en cuanto no se cumplió con el presupuesto que investía a las cámaras de la competencia para debatir y decidir en desarrollo de un procedimiento legislativo. Siendo esta la situación, y existiendo una consecuencia expresamente prevista por el texto constitucional –la carencia de validez y la imposibilidad de atribuir efectos de algún tipo– no existe manifestación de voluntad del Congreso que deba ser corregida, por lo que no es la subsanación una acción posible para enmendar el error cometido.”

[230] Ministerio de Justicia y del Derecho; Departamento Administrativo de la Función Pública; Unión Colegiada del Notariado Colombiano y ciudadanos Helí Abel Torrado Torrado y Javier Alberto Cárdenas.

[231] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[232] Folio 537 del cuaderno principal.

[233] En el aparte pertinente el artículo 138 de la Constitución dispone que: "(...) También se reunirá el Congreso en sesiones extraordinarias, por convocatoria del gobierno y durante el tiempo que éste señale. // En el curso de ellas sólo podrá ocuparse en los asuntos que el gobierno someta a su consideración, sin perjuicio de la función de control político que le es propias, la cual podrá ejercer en todo tiempo".

[234] Véanse, entre otras, las Sentencias C-595 de 1997, C-141 de 2010 y C-685 de 2011.

[235] "Artículo 139.- Las sesiones del Congreso serán instaladas y clausuradas conjunta y públicamente por el Presidente de la república, sin que esta ceremonia, en el primer evento, sea esencial para que el Congreso ejerza legítimamente sus funciones".

[236] Ley 5ª de 1992, art. 6.

[237] Decreto Único Reglamentario 1081 de 2015, "Por medio del cual se expide el Decreto Reglamentario Único del Sector Presidencia de la República."

[238] En el aparte pertinente se dispone que: "(...) También se reunirá el Congreso en sesiones extraordinarias, por convocatoria del Gobierno y durante el tiempo que éste señale. (...)". Énfasis por fuera del texto original.

[239] "Corresponde al Gobierno, en relación con el Congreso: (...) 2. Convocarlo a sesiones extraordinarias". Énfasis por fuera del texto original.

[240] Decreto 2893 de 2011, art. 2, núm. 13 y 14.

[241] "Artículo 65. Deber de publicación de los actos administrativos de carácter general. Los actos administrativos de carácter general no serán obligatorios mientras no hayan sido publicados en el Diario Oficial o en las gacetas territoriales, según el caso. (...) En caso de fuerza mayor que impida la publicación en el Diario Oficial, el Gobierno Nacional podrá disponer que la misma se haga a través de un medio masivo de comunicación eficaz."

[242] "Artículo 119. Publicación en el Diario Oficial. A partir de la vigencia de la presente ley, todos los siguientes actos deberán publicarse en el Diario Oficial: (...) c) Los decretos con fuerza de ley, los decretos y resoluciones ejecutivas expedidas por el Gobierno Nacional y los demás actos administrativos de carácter general, expedidos por todos los órganos, dependencias, entidades u organismos del orden nacional de las distintas Ramas del Poder Público y de los demás órganos de carácter nacional que integran la estructura del Estado. // Parágrafo. Únicamente con la publicación que de los actos administrativos de carácter general se haga en el Diario Oficial, se cumple con el requisito de publicidad para efectos de su vigencia y oponibilidad."

[243] Véase, al respecto, las Sentencias C-141 de 2010 y C-685 de 2011.

[244] "Toda reunión de miembros del Congreso que, con el propósito de ejercer funciones propias de la rama legislativa del poder público, se efectúe fuera de las condiciones constitucionales, carecerá de validez; a los actos que realice no podrá dárseles efecto alguno, y quienes participen en las deliberaciones, serán sancionados conforme a las leyes".

[245] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[246] Sentencia C-141 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Énfasis de acuerdo con el texto original.

[247] Énfasis por fuera del texto original.

[248] Folio 138 del cuaderno principal.

[249] Ibídem.

[250] <http://jacevedo.imprenta.gov.co/tempDownloads/50D0801528123092156.pdf>

[251] Folio 138 del cuaderno principal.

[252] Ambas disposiciones fueron citadas en las notas a pie 238 y 239 de esta providencia.

[253] Folio 141 del cuaderno principal.

[254] Folios 141 y 142 del cuaderno principal.

[255] Textualmente, se manifestó que: “[En cuanto a los motivos que llevaron a la expedición del Decreto 2087 de 2016] (...) me permito recordar que el Gobierno Nacional, en ejercicio de sus funciones como generador de políticas públicas, es el encargado de impulsar y promover medidas legislativas en beneficio de los colombianos. // Con ese objetivo, el Gobierno incluyó el proyecto que habría de convertirse en la Ley 1821 de 2016 en el lista de proyectos que debieron ser tramitados por el Congreso durante las sesiones extraordinarias convocadas entre el 17 y el 23 de diciembre de 2016. // Este proyecto ampli[a] (...) a 70 años la edad máxima para desempeñar funciones públicas en el Estado, sin reformar el régimen pensional vigente. La medida legislativa pretendió no solo aliviar el sistema pensional, sino ajustar la edad de retiro a las condiciones actuales de vida de los colombianos. // El Gobierno Nacional, en ejercicio de la facultad discrecional que le otorgan los artículos 138 y 200 de la Constitución, consideró conveniente dar un impulso al trámite de dicho proyecto en atención a la importancia e interés público de la iniciativa. // Ciertamente, cuando se reconoció un límite de edad para el ejercicio de funciones públicas, en 65 años, la esperanza promedio de vida de los colombianos era de 62 años para mujeres y de 58 para varones. No obstante, esa esperanza de vida ha aumentado en los últimos años. Según el Departamento Nacional de Estadísticas (DANE) se encuentra en 73.95 años. // La medida legislativa cuyo impulso se logró con el decreto de convocatoria a sesiones extras permitió también el incremento de cotizaciones voluntarias durante un período adicional de hasta cinco años, circunstancia que aumenta las contribuciones al fondo de pensiones y disminuye el retorno pensional por el mismo lapso, lo cual redundó en beneficio de la sostenibilidad pensional. // En conclusión, la Ley 1821 de 2016 es el reflejo de una política coherente con la realidad social, política y económica del país, en tanto que responde a la expectativa de vida actual de los Colombianos y contribuye a la sostenibilidad del sistema pensional. De allí el interés del Gobierno en darle un empuje adicional”. Folio

140 del cuaderno principal.

[256] Folio 70 del cuaderno No. 5.

[257] Gaceta del Congreso No. 822 del 26 de septiembre de 2017, pp. 7 y 8.

[258] Ibídem, p. 220.

[259] Gaceta del Congreso No. 124 del 7 de marzo de 2017, p. 14.

[260] Ibídem, p. 14.

[261] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[262] Ambas disposiciones fueron citadas en las notas a pie 238 y 239 de esta providencia.

[263] Véase, al respecto, el acápite 4.3 de esta providencia.

[264] Folio 140 del cuaderno principal.

[265] Folio 8 del cuaderno principal.

[266] En este punto, la demanda recae sobre lo previsto en el artículo 2, conforme al cual: “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”. Para mayor claridad, la norma a la cual se hace referencia establece lo siguiente: “Se considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión. El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones. (...)”.

[267] Folio 9 del cuaderno principal.

[269] Ministerio de Justicia y del Derecho; Departamento Administrativo de la Función Pública; Unión Colegiada del Notariado Colombiano y ciudadano Javier Alberto Cárdenas Guzmán.

[270] Intervenciones de la Confederación de Trabajadores de Colombia y del ciudadano Andrés Medida Pineda.

[271] Folios 17 a 21 del cuaderno principal.

[272] Sentencia C-351 de 1995, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[273] Sentencia C-563 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[274] En el aparte pertinente, la norma en cita dispone que: "(...) 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. (...)". Énfasis por fuera del texto original.

[275] Decreto 2400 de 1968, artículo 1.

[276] Tales empleos, según la norma en remisión, eran los siguientes: "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 sobrepase la edad de sesenta y cinco (65) años"

[277] M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[278] M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[279] Durante el tiempo de vigencia del Decreto 2400 de 1968, por ejemplo, el Consejo de Estado concluyó que a los miembros de la Junta Directiva del Banco de la República no cabe aplicarles la edad de retiro forzoso. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero ponente: William Zambrano Cetina, concepto del 2 de abril de 2013, radicación número: 11001-03-06-000-2013-00086-00(2142).

[280] "Así, para citar algunos ejemplos, el Decreto 2277 de 1979 (artículo 31), la estableció para los docentes oficiales; los Decretos 546 de 1971 (artículo 5º) y 1660 de 1978 (artículos 128 y 130), para los servidores judiciales y los empleados del Ministerio Público, lo cual fue ratificado posteriormente para los primeros por la Ley 270 de 1996 (artículos 149 numeral 4º, y 204); la Ley 106 de 1993 (artículo 149) y el Decreto 268 de 2000 (artículo 42), para los empleados de la Contraloría General de la República; el Decreto 3492 de 1986 (artículo 100) y luego, el Decreto 1014 de 2000 (artículo 32) y la Ley 1350 de 2009 (artículo 52), para los empleados de la Registraduría Nacional del Estado Civil; el Decreto 1260 de 1970 (artículo 184) y, posteriormente, el artículo 1º del Decreto 3047 de 1989, para los notarios públicos; el Decreto 262 de 2000 (artículos 158 numeral 11, y 171), para los empleados de la Procuraduría General de la Nación; el Decreto 407 de 1994 (artículo 49 literal h, y 60), para el personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), y el Decreto 1768 de 1994 (artículo 22), para los directores generales de las corporaciones autónomas regionales." Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Álvaro

Namén Vargas, concepto del 8 de febrero de 2017, radicación interna: 2326 y número único: 11001-03-06-000-2017-0001-00. Estos preceptos se complementaron con los artículos 41 y 55 de la Ley 909 de 2004, que se extendieron la causal de retiro forzoso por edad al conjunto de entidades descritas en el artículo 3 de la citada ley, incluyendo, entre otras, a la Comisión Nacional del Servicio Civil, a la Auditoría General de la República, a la Contaduría General de la Nación, a la Defensoría del Pueblo, etc.

[281] En la Sentencia C-351 de 1995, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, la Corte señaló que: “Como se ha señalado anteriormente, la Carta Política establece la edad de retiro forzoso como una de las causales de retiro para los magistrados de las altas Cortes. De ello no se puede colegir que, aunque para este caso concreto se haya fijado tal causal en la Constitución, ello sea excluyente para que, a través de la ley, dicha causal se extienda a otros servidores públicos, o que se establezca como regla general para todos ellos. Quedarían exceptuados aquellos de elección popular, para los cuales se establezca un período fijo, como es el caso del presidente y del vicepresidente de la República, de los miembros de cuerpos colegiados, de los gobernadores o de los alcaldes. En estos casos la razón es la de que no cabría determinar una edad de retiro forzoso para aquellos ciudadanos que por voluntad popular, expresada en las urnas, acto por excelencia a través del cual se expresa la soberanía del pueblo, sean elegidos para un período fijo, ya que mediante ese hecho el pueblo directamente está manifestando su deseo de que esa persona -el elegido- y no otra, ocupe el cargo correspondiente y lo desempeñe durante todo el período previamente señalado en la Carta Política. Para estos cargos la Constitución no prevé edad de retiro forzoso.” Énfasis por fuera del texto original.

[282] M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[283] Sentencia C-563 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[284] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas, concepto del 8 de febrero de 2017, radicación interna: 2326 y número único: 11001-03-06-000-2017-0001-00.

[285] Para mayor claridad, la norma a la cual se hace referencia establece lo siguiente: “Se considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión. El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones.”.

[286] M.P. Jaime Araujo Rentería.

[287] M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[288] Véanse, entre otras, las Sentencias C-530 de 1993, C-112 de 1996 y T-108 de 2012.

[289] En la Sentencia C-195 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, este Tribunal manifestó: “[P]or tanto, como base para determinar cuándo un empleo puede ser de libre

nombramiento y remoción, hay que señalar en primer término que tenga fundamento legal; pero, además, dicha facultad del legislador no puede contradecir la esencia misma del sistema de carrera, es decir, la ley no está legitimada para producir el efecto de que la regla general se convierta en excepción. En segundo lugar, debe haber un principio de razón suficiente que justifique al legislador para establecer excepciones a la carrera administrativa, de manera que la facultad concedida al nominador no obedezca a una potestad infundada. Y, por último, no hay que olvidar que por su misma naturaleza, los empleos que son de libre nombramiento y remoción son aquellos que la Constitución establece y aquellos que determine la ley (art. 125), siempre y cuando la función misma, en su desarrollo esencial exija una confianza plena y total, o implique una decisión política. En estos casos el cabal desempeño de la labor asignada debe responder a las exigencias discrecionales del nominador y estar sometida a su permanente vigilancia y evaluación”.

[290] M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

[291] Énfasis por fuera del texto original.

[292] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[293] Sentencia C-123 de 2013, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[294] Sentencia C-1122 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[295] Ibídem.

[296] Sentencia C-040 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

[297] M.P. Jaime Araujo Rentería.

[298] Gaceta del Congreso No. 702 de 2015.

[299] En línea con lo dispuesto en el artículo 1, según el cual: “(...) Una vez cumplidos [los 70 años], se causará el retiro inmediato del cargo que desempeñen [las personas que ejercen funciones públicas] sin que puedan ser reintegradas bajo ninguna circunstancia. (...)”.

[300] Sobre el particular se pueden consultar las Sentencias T-294 de 2013 y T-376 de 2016.

[301] Véanse, entre otras, las Sentencias T-496 de 2010, T-495 de 2011 y T-360 de 2017.

[302] En la exposición de motivos se sostiene que: “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 de vida actual 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. Esto es lo que se llama subsidio estatal a las pensiones, que castiga fuertemente la sostenibilidad económica del sistema pensional, especialmente a medida que los promedios de vida van

aumentando. // En cifras más precisas, por cada hombre de alto rango salarial que se retire forzosamente a los 65 años, debe calcularse un subsidio pensional de \$815.848.169, y por cada mujer, en las mismas condiciones, el subsidio es de \$1.044.167.199, subsidios que cubre actualmente el Estado con dineros del Tesoro General de la Nación. // Un estudio actuarial (...), permite apreciar que la permanencia en el cargo de estos servidores públicos con remuneraciones altas durante cinco años más, manteniendo sus cotizaciones al régimen de seguridad social, aunque ya hayan completado los requisitos de jubilación, disminuye a cero ese subsidio, en razón del mayor número de cotizaciones y el menor período en que se disfrutará de la pensión de jubilación. // Es por ello que el proyecto de ley establece que todas las personas amparadas por la nueva edad de retiro forzoso deberán seguir cotizando al régimen de seguridad social hasta el día de su retiro efectivo del cargo, aunque hayan consolidado previamente su derecho a gozar de una pensión de jubilación.” Gaceta del Congreso No. 702 de 2015, p. 6.

[303] Las alegaciones que se realizan en términos de eficiencia de la función pública, al no permitir la renovación laboral, se estudiarán más adelante dentro de esta misma providencia.

[304] Énfasis por fuera del texto original.

[305] M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[306] M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[307] Folios 119 y ss. del cuaderno principal

[308] Ibídem.

[309] Gaceta del Congreso No. 702 de 2015, p. 5.

[310] Folio 5 del cuaderno No. 4. Gráfica tomada de la intervención en el Congreso realizada por el Ministerio del Trabajo.

[312] Específicamente, en relación con este último, en la exposición de motivos se dijo que: “Así mismo, en cuanto al sistema de salud, los recursos adicionales que recibirá el sistema de seguridad social en salud le permitirán disponer de recursos adicionales en la cuenta de compensación dedicada a la solidaridad que permite generar un mejor nivel de atención y una mayor cobertura en el régimen subsidiado.” Gaceta del Congreso No. 702 de 2015, p. 7.

[313] Cifras tomadas de la intervención del Ministerio en el trámite legislativo de la iniciativa, las cuales aparecen publicadas en la Gaceta del Congreso No. 90 de 2016.

[314] Ministerio de Justicia y del Derecho; Departamento Administrativo de la Función Pública; Unión Colegiada del Notariado Colombiano y ciudadano Javier Alberto Cárdenas Guzmán.

[315] Expresamente, a manera de ejemplo, el Departamento Administrativo de la Función Pública sostiene que: “las reglas del concurso no se afectan por el aumento de la edad de

retiro forzoso, pues tanto antes como después de la expedición de la norma cuestionada, las plazas bien podrían reducirse respecto de las vacancias que se generaran durante el desarrollo del concurso y hasta la vigencia de la lista de elegibles, por las diferentes causales de retiro previstas distintas del retiro forzoso. Con todo, lo cierto es que la conformación de las listas de elegibles y la provisión de las notarías se sigue efectuando en los términos señalados en las normas del concurso, con lo cual no se vulnera el principio de confianza legítima y de buena fe”. Folio 514 del cuaderno principal.

[316] Intervenciones de los ciudadanos Andrés Medina Pineda, Lubin Fernando Nieves Meneses, Luis Alfonso Leal Núñez, Fabio César Amorocho Martínez, Jaime Córdoba Triviño, Jesús Aureliano Gómez Jiménez, Marlen López Forero, José David Manotas Cabarcas, Julieta Teresa Játiva, Juan David Eraso, Juan Cuasquer Caicedo, Yobana Villareal Burbano, Silvia Játiva Enríquez, Jairo Salas Ibarra, Nelson Rene Eraso y Fernando Játiva Ruano.

[317] Intervención del ciudadano Jaime Córdoba Triviño. Folio 10 del cuaderno No. 6.

[318] Ibídem. Folios 10 y 11 del cuaderno No. 6.

[319] Intervención del ciudadano Lubin Fernando Nieves Meneses. Folio 527 del cuaderno principal.

[320] Se trata de los ciudadanos Jesús Aureliano Gómez Jiménez, Marlen López Forero, José David Manotas Cabarcas, Julieta Teresa Játiva, Juan David Eraso, Juan Cuasquer Caicedo, Yobana Villareal Burbano, Silvia Játiva Enríquez, Jairo Salas Ibarra, Nelson Rene Eraso y Fernando Játiva Ruano.

[321] “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. (...)”.

[322] “(...) El nombramiento de los notarios en propiedad se hará mediante concurso. (...)”

[323] M.P. Carlos Gaviria Díaz.

[324] M.P. Antonio Barrera Carbonell.

[325] M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

[326] Sentencia T-730 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[327] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[328] Sentencia C-041 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

[329] La norma en cita disponía que: “Artículo 8. Adecuación. Cualquier concurso para notario que en la actualidad se esté desarrollando, deberá adecuarse a lo preceptuado en esta ley”.

[330] Para el efecto, se cita la Sentencia T-095 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[331] M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[332] La disposición en mención señalaba que: “Artículo 9. Vigencia. La presente ley rige a partir de su publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias”.

[333] Se refiere a la Sentencia C-421 de 2016, en la que esta Corporación ordenó adelantar el concurso público de notarios, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 131 del Texto Superior.

[334] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[335] M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[336] La norma objeto de control y que fue declarada inexecutable disponía que: “Artículo 1°. Adiciónese un párrafo transitorio al artículo 125 de la Constitución, así: // Párrafo transitorio. Durante un tiempo de tres (3) años contados a partir de la vigencia del presente acto legislativo, la Comisión Nacional del Servicio Civil implementará los mecanismos necesarios para inscribir en carrera administrativa de manera extraordinaria y sin necesidad de concurso público a los servidores que a la fecha de publicación de la Ley 909 del 2004 estuviesen ocupando cargos de carrera vacantes de forma definitiva en calidad de provisionales o de encargados del sistema general de carrera siempre y cuando cumplieran las calidades y requisitos exigidos para su desempeño al momento de comenzar a ejercerlo y que a la fecha de la inscripción extraordinaria continúen desempeñando dichos cargos de carrera. Igual derecho y en las mismas condiciones tendrán los servidores de los sistemas especiales y específicos de la carrera, para lo cual la entidad competente, dentro del mismo término adelantará los trámites respectivos de inscripción. // Mientras se cumpla este procedimiento, se suspenden todos los trámites relacionados con los concursos públicos que actualmente se están adelantando sobre los cargos ocupados por empleados a quienes les asiste el derecho previsto en el presente párrafo. // La Comisión Nacional del Servicio Civil deberá desarrollar, dentro de los tres (3) meses siguientes a la publicación del presente acto legislativo, instrumentos de calificación del servicio que midan de manera real el desempeño de los servidores públicos inscritos de manera extraordinaria en carrera administrativa. // Quedan exceptuados de estas normas los procesos de selección que se surtan en desarrollo de lo previsto por el artículo 131 de la Constitución Política y los servidores regidos por el artículo 256 de la Constitución Política, carrera docente y carrera diplomática consular.”

[337] M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

[338] M.P. Juan Carlos Henao Galindo.

[339] Énfasis por fuera del texto original.

[340] Gaceta del Congreso No. 305 de 2017, p. 99.

[341] *Ibíd.*

[342] Gaceta del Congreso No. 1077 de 2016, p. 23.

[343] *Ibíd.*

[344] *Ibíd.*

[345] El párrafo propuesto era del siguiente tenor: “Párrafo Transitorio (o Artículo Transitorio): Respecto de los Notarios, el artículo 1° de la presente ley se aplicará a partir del 3 de julio de 2018, fecha en que pierde vigencia la lista de elegibles producto del concurso convocado mediante Acuerdo 01 de 2015 del Consejo Superior de la Carrera Notarial. Entre tanto, se aplicará lo dispuesto por el artículo 2.2.6.1.5.3.13 del Decreto 1069 de 2015, cuya derogatoria operará a partir del 3 de julio de 2018.”

[346] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas, concepto del 8 de febrero de 2017, radicación interna: 2326 y número único: 11001-03-06-000-2017-00001.

[347] “Artículo 4.- <Artículo corregido por el artículo 1 del Decreto 321 de 2017. El nuevo texto es el siguiente:> La presente ley rige a partir de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, y en especial las contenidas en los Decretos-ley 2400 de 1968 (artículo 31), 3074 de 1968, y en los Decretos números 1950 de 1973, 3047 de 1989 y 1069 de 2015 (artículos 2.2.6.1.5.3.13 y numeral 4 del artículo 2.2.6.3.2.3).”

[348] Se trata de los funcionarios de elección popular y de los mencionados en el artículo 29 del Decreto-Ley 2400 de 1968.

[349] Énfasis por fuera del texto original.

[350] Folio 160 del cuaderno principal.

[351] Folio 146 del cuaderno principal.

[352] *Ibíd.*

[353] Folio 99 del cuaderno principal. En línea con lo expuesto, también vale la pena resaltar que el ciudadano Andrés Medina Pinedo sostuvo lo siguiente: “todos los inscritos y quienes presentaron el examen de la convocatoria 22, concurso de la Rama Judicial que empezó mucho antes que el de los notarios, tenían la confianza legítima durante el desarrollo de las diferentes etapas del proceso de selección (en promedio 5 años), que se generarían un mayor número de vacantes a las consolidadas al momento del inicio del mismo y que tendrían derecho a ellas, porque cuando quienes ocupaban esos cargos, [al cumplir] 65 años, [dejarían puestos disponibles] que deberían ser provist[os] por el registro en firme de la precitada convocatoria (...) Esa posibilidad era real y existía al momento de la inscripción [y perduró hasta cuando entró en vigor la ley impugnada]”. Más adelante resaltó que: “los concursantes tenían expectativas frente a las vacantes que se generarían con la edad de retiro forzoso establecida a los 65 años, regulación que estuvo vigente por casi 50 años y que la Ley 1821 no tuvo en cuenta, no estableció un régimen de transición para los concursantes que aspiran a ser jueces y magistrados y que tenían expectativas legítimas en las vacantes que obligatoriamente se generarían con la edad de retiro determinada desde hace más de cuatro décadas (...), es decir, en desarrollo del proceso de selección la ley cambió las reglas de forma abrupta y sin justificación suficiente, cercenaron esas

posibilidades (vacantes), vigentes al inicio del concurso y en su desenvolvimiento, afectando la confianza legítima que tenían los ciudadanos de hacer parte de la carrera judicial a través del mérito”. Folios 260 y subsiguientes del cuaderno principal.

[354] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[355] Folio 7 del cuaderno 3.

[356] El numeral 4 del artículo 178 del Decreto 960 de 1970 fue declarado exequible en la Sentencia C-153 de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, en el entendido de que dicha prelación no se refiere a la figura de los notarios de servicios.

[357] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[359] La norma en cita dispone que: “Artículo 3. Esta ley no modifica el régimen de acceso a ningún cargo público (...)”.

[360] Gaceta del Congreso No. 1077 de 2016, p. 23.

[361] Folio 99 del cuaderno principal.

[362] Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado del 8 de febrero de 2017, radicación No. 2326, CP: Álvaro Namén Vargas.

[363] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[364] La disposición en mención señalaba que: “Artículo 9. Vigencia. La presente ley rige a partir de su publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias”.